

The Opetchesaht, an Indian Band, and
Danny Watts, suing on his own behalf and
on behalf of all the members of the
Opetchesaht *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in right of Canada
and British Columbia Hydro and Power
Authority *Respondents*

and

**Union of British Columbia Indian
Chiefs** *Intervener*

and

**B.C. Tel, B.C. Gas Utility Ltd. and the
Greater Vancouver Sewerage and Drainage
District** *Interveners*

INDEXED AS: OPETCHESAHT INDIAN BAND V. CANADA

File No.: 24161.

1996: October 28; 1997: May 22.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and
Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Indians — Reserves — Permits to use Indian reserve
lands — Right-of-way — Validity of permit granting
public utility right-of-way for electric power transmis-
sion lines across Indian reserve — Right-of-way granted
for such period of time as required for purpose of trans-
mission line — Nature and duration of rights granted
under permit — Whether rights granted within scope of
s. 28(2) of Indian Act — Whether permit valid — Indian
Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 28(2), 37.*

In 1959, the Crown, with the consent of the Opetch-
esaht band council, granted Hydro a right-of-way for an
electric power transmission line across the band's

Les Opetchesaht, une bande indienne, et
Danny Watts, en son nom personnel et au
nom de tous les membres des
Opetchesaht *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et
British Columbia Hydro and Power
Authority *Intimées*

et

**Union of British Columbia Indian
Chiefs** *Intervenante*

et

**B.C. Tel, B.C. Gas Utility Ltd. et Greater
Vancouver Sewerage and Drainage
District** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DES OPETCHESAHT C.
CANADA

N° du greffe: 24161.

1996: 28 octobre; 1997: 22 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin,
Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

*Indiens — Réserves — Permis autorisant l'utilisation
de terres des réserves indiennes — Droit de passage —
Validité du permis conférant un droit de passage pour
des lignes de transmission d'énergie au-dessus de la
réserve indienne — Droit de passage accordé pour la
période où il est requis pour les fins de la ligne de trans-
mission d'énergie — Nature et durée des droits conférés
par le permis — Est-ce que ces droits pouvaient être
conférés en vertu de l'art. 28(2) de la Loi sur les
Indiens? — Le permis est-il valide? — Loi sur les
Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 28(2), 37.*

En 1959, la Couronne, avec le consentement du con-
seil de la bande des Opetchesaht, a concédé un droit de
passage pour une ligne de transmission à travers la

reserve "for such period of time as the ... right-of-way is required for the purpose of a transmission line. The permit issued to Hydro, under s. 28(2) of the *Indian Act*, gave Hydro "the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line", and the exclusive right to occupy the portions of the surface of the reserve where poles were erected, and that part of the air space where the wires were strung. The band retained the right to use and occupy the balance of the "right-of-way" area subject to specified restrictions. In 1992, the band applied to the Supreme Court of British Columbia under Rule 18A of the B.C. Rules of Court for a declaration that s. 28(2) did not authorize the grant of a right-of-way for electric power transmission lines over the reserve for an indefinite period of time. That section provides that "The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve or to reside 'or otherwise exercise rights on a reserve." The court allowed the application but the Court of Appeal set aside the judgment, concluding that s. 28(2) allowed grants of interests for periods having no predetermined termination date.

Held (Cory and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.: The permit granted to Hydro under s. 28(2) of the *Indian Act* is valid. The interests conveyed by the permit are analogous to an easement over the band's reserve lands, subject to termination when there is no longer a requirement for the power transmission right-of-way. Hydro's rights in the land are not exclusive. The band shares use of the right-of-way but they cannot erect buildings on it or interfere with Hydro's easement. While the statutory easement was granted for an indeterminate period, this is a period whose end is readily ascertainable. The easement will terminate when it is no longer required for a transmission line. Since the word "required" is used in the permit, the expiry of the permit is not solely dependant on Hydro's will. Whether the line is required is a justiciable issue.

In view of the overall context of s. 28(2), a period within the meaning of that section can be measured either by dates or by events. The end point of a permit

réserve de la bande «pendant la période où [il] est requis pour les fins» d'une ligne de transmission d'énergie. Ce permis, délivré à Hydro en vertu du par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*, accordait à Hydro «le droit de construire, d'exploiter et d'entretenir une ligne de transmission d'énergie électrique», le droit exclusif d'occuper les parties de la surface de la réserve où les pylônes étaient érigés ainsi que la partie de l'espace aérien où les fils étaient tendus. La bande conservait le droit d'utiliser et d'occuper le reste de la superficie visée par le «droit de passage», sous réserve de certaines restrictions. En 1992, la bande a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, en vertu de la règle 18A des Rules of Court de cette province, un jugement déclarant que le par. 28(2) ne permettait pas d'accorder, pour une période indéterminée, un droit de passage pour des lignes de transmission d'énergie au-dessus de la réserve. Aux termes de cette disposition, «Le Ministre peut, au moyen d'un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période d'au plus un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.» La cour a accueilli la demande, mais la Cour d'appel a annulé cette décision, statuant que le par. 28(2) permettait d'accorder des droits pour des périodes qui ne sont pas censées prendre fin à une date déterminée.

Arrêt (les juges Cory et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major: Le permis accordé à Hydro en vertu du par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens* est valide. Les droits conférés par le permis sont analogues à une servitude sur les terres de la réserve de la bande, sujette à résolution lorsque le droit de passage pour la ligne de transmission d'énergie n'est plus requis. Les droits d'Hydro sur les terres ne sont pas exclusifs. La bande partage l'utilisation du droit de passage, mais elle ne peut y ériger de constructions ou entraver l'usage de la servitude d'Hydro. Même si la servitude légale a été accordée pour une période indéterminée, il s'agit d'une période dont l'expiration est facilement déterminable. La servitude prendra fin lorsqu'elle ne sera plus requise pour la ligne de transmission. Comme le mot «requis» est utilisé dans le permis, l'expiration du permis ne dépend pas seulement de la volonté d'Hydro. La question de savoir si la ligne est requise est une question contentieuse.

Compte tenu du contexte global du par. 28(2), une période au sens de cette disposition peut être déterminée soit par des dates soit par des événements. Dans la

thus need not be defined in terms of a specific calendar date as long as it is ascertainable and does not constitute a grant in perpetuity. Here, the end point of the permit arises when the easement is no longer required for power transmission. Because the duration of the easement is a bounded and ascertainable event, that duration is a period.

As a general rule under s. 37 of the *Indian Act*, surrenders are required not only when the Indian band is releasing all its interest in the reserve forever, but also whenever any interest is given up for any duration of time. Section 37 must be read subject to other provisions in the *Indian Act* relating to land, however, including s. 28. Not only do these provisions demonstrate that there is a certain overlap between them and s. 37, but they also overlap each other. The proper question in this case is thus not whether the permit could have been granted under s. 37, but rather whether it was properly granted under s. 28(2). While s. 28(2) cannot apply any time a portion of the Indian interest in any portion of reserve land is permanently disposed of, Hydro was accorded limited rights of occupation and use for an indeterminate but determinable and ascertainable period of time. There was no permanent disposition of any Indian interest. Furthermore, the band and Hydro were obligated to share the rights of use and occupation of the land, with the limited exceptions of the area of ground giving support to the poles and the air space occupied by the poles. Consequently, the surrender requirement of s. 37 does not apply to the present permit and more importantly, no rights exceeding those authorized by s. 28(2) were granted. The indeterminate easement granted on the face of this permit is a disposition of a limited interest in land that does not last forever. The grant of limited indeterminate rights in reserve land is permissible under s. 28(2) as a question of law.

It is important that the band's interest be protected but the autonomy of the band in decision making affecting its land must also be promoted and respected. Depending on the nature of the rights granted, different levels of autonomy and protection are accorded by ss. 37 and 28(2). Section 37 applies where significant rights are being transferred and demonstrates a high degree of protection, in that the approval of the Governor in Council and the vote of all of the members of the band are required. Under s. 28(2), lesser dispositions are contem-

mesure où il est déterminable et ne constitue pas une concession à perpétuité, le point d'expiration d'un permis n'a pas besoin d'être défini en fonction d'une date spécifique. En l'espèce, il y a expiration du permis lorsque la servitude n'est plus requise pour la transmission d'énergie. Comme le terme du droit de passage est un événement déterminable, la durée de validité du permis est une période.

En règle générale, en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*, une cession est nécessaire, non seulement lorsque la bande indienne cède à jamais tous ses droits dans la réserve, mais aussi lorsqu'un droit est abandonné pour un certain temps. Cependant, l'art 37 doit être lu en corrélation avec les autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives aux terres, y compris l'art. 28. L'examen de ces dispositions démontre non seulement l'existence d'un certain chevauchement entre celles-ci et la règle générale établie à l'art. 37, mais aussi un chevauchement entre elles. En conséquence, la question qu'il faut se poser en l'espèce n'est pas de savoir si le permis aurait pu être accordé en vertu de l'art. 37, mais bien si le permis a été accordé à bon droit en vertu du par. 28(2). Même si le par. 28(2) ne peut s'appliquer dans les cas où il y a disposition permanente des droits des Indiens dans une partie des terres de la réserve, Hydro a obtenu des droits limités d'occupation et d'utilisation pour une période indéterminée mais par ailleurs déterminable et définissable. Il n'y a pas eu disposition permanente de quelque droit des Indiens. Par ailleurs, la bande et Hydro étaient obligées de partager les droits d'utilisation et d'occupation des terres, à l'exception des parties du sol soutenant les pylônes et de l'espace aérien occupé par ceux-ci. Par conséquent, l'obligation de cession prévue à l'art. 37 ne s'applique pas au présent permis et, fait plus important encore, aucun droit supérieur à ceux autorisés par le par. 28(2) n'a été accordé. La servitude d'une durée indéterminée, qui, aux termes du permis, a été accordée, constitue une disposition d'un droit foncier limité qui ne dure pas éternellement. En droit, le par. 28(2) permet d'accorder des droits limités pour une durée indéterminée sur des terres

situées dans une réserve.

Il est important de protéger les droits de la bande, mais il faut également favoriser et respecter son autonomie dans la prise des décisions concernant ses terres. L'article 37 et le par. 28(2) accordent, selon la nature des droits conférés, différents niveaux d'autonomie et de protection. L'article 37 établit un degré élevé de protection en ce qu'il exige à la fois l'approbation du gouverneur en conseil et le vote de tous les membres de la bande. Le paragraphe 28(2) vise des dispositions moins importantes, et le droit transféré doit avoir un caractère

plated and the interest transferred must be temporary. The permit in this case did not violate the balance between autonomy and protection struck by the *Indian Act*. This is not a case where surrender was required. The band council gave its consent to the permit following protracted negotiations. No claim of unfairness or an uneven bargain in this proceeding for summary judgment was advanced by the band.

Per Cory and McLachlin JJ. (dissenting): Section 28(2) of the *Indian Act* cannot be used to convey a right-of-way on reserve land for "such period of time as [it] is required for the purpose of an electric power transmission line". The easement or right-of-way was granted for an indeterminate period and has the potential to continue in perpetuity. An interest in a band reserve land which possesses the potential to continue in perpetuity can only be removed from a band by surrender and alienation with the consent of the entire band membership under s. 37 of the *Indian Act* or by the formal process of expropriation under s. 35 of the Act.

A court should only be satisfied with the plain meaning of a statute where that meaning is clear and consistent with a purposive reading of the statute as a whole. In interpreting statutes relating to Indians, ambiguities and "doubtful expressions" should be resolved in favour of the Indians. This principle applies equally to cases in which third parties are involved. The phrase "any longer period" in s. 28(2) is ambiguous. Its meaning depends on its context. To resolve this ambiguity, the broader context within which s. 28(2) was enacted, a context which includes the history of the *Indian Act*, the principles it incorporates, the policy goals it was enacted to achieve, and its function in the overall scheme of the Act, must be considered.

A contextual interpretation of s. 28(2) indicates that the phrase "any longer period" was intended to deal with "things of a temporary nature", not indefinite alienations which had the potential to extend far into the unforeseen future. Section 28 is concerned with the short-term, temporary use of the reserve by a person other than a band member. The phrase "any longer period" in s. 28(2), consistent with this interpretation, is best understood as a period defined in relatively short terms of months and years. This phrase relates to the earlier phrase "a period not exceeding one year", thus suggesting that what Parliament intended by "any longer period" was also a period capable of being expressed in finite calendar terms. An alienation which has the

temporaire. En l'espèce, le permis en cause ne rompt pas l'équilibre établi par la *Loi sur les Indiens* en matière d'autonomie et de protection. Il ne s'agit pas d'un cas où il fallait effectuer une cession. Le conseil de la bande a donné son consentement à la suite de longues négociations. La bande n'a pas, dans le cadre de la procédure en jugement sommaire, plaidé l'existence d'une injustice ou d'un marchandage inégal.

Les juges Cory et McLachlin (dissidents): Le paragraphe 28(2) de la *Loi sur les Indiens* ne peut être utilisé pour conférer un droit de passage sur une réserve «pendant la période où [il] est requis pour les fins de la ligne de transmission d'énergie électrique». La servitude ou le droit de passage a été accordé pour une période indéterminée et est susceptible de continuer à exister à jamais. Un intérêt dans les terres de la bande qui est susceptible d'exister à perpétuité ne peut être enlevé à la bande que par voie de cession et d'aliénation accomplies avec le consentement de l'ensemble des membres de la bande en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens* ou par la procédure formelle d'expropriation prévue à l'art 35 de la Loi.

Un tribunal ne devrait retenir le sens ordinaire des mots d'une loi que si cette interprétation est claire et compatible avec l'objet de celle-ci, dégagé de la lecture du texte dans son ensemble. Dans l'interprétation des lois relatives aux Indiens, toute «ambiguïté» doit profiter aux Indiens. Ce principe s'applique également dans les affaires mettant en cause des tiers. L'expression «pour toute période plus longue» au par. 28(2) est une expression ambiguë. Son sens dépend de son contexte. Pour résoudre cette ambiguïté, il faut tenir compte du contexte plus général dans lequel le par. 28(2) a été édicté, contexte qui inclut l'historique de la *Loi sur les Indiens*, les principes qu'incorpore cette disposition, les objectifs généraux qu'on visait à réaliser par son édicition et son rôle dans le régime global établi par la Loi.

Une interprétation contextuelle du par. 28(2) indique que l'expression «pour toute période plus longue» visait à permettre des «mesures de nature temporaire», non des aliénations d'une durée indéterminée, susceptibles de se prolonger indéfiniment. L'article 28 vise une utilisation courte ou temporaire de la réserve par une personne autre qu'un membre de la bande. Conformément à cette interprétation, la meilleure façon de définir l'expression «pour toute période plus longue» au par. 28(2) est de dire qu'il s'agit d'une période correspondant à un nombre relativement peu élevé de mois ou d'années. Cette expression se rattache à l'expression qui la précède: «pour une période d'au plus un an», ce qui indique que le législateur fédéral entendait que l'expression

potential to go on as long as anyone can foresee falls outside the scope of s. 28(2). For purposes of guidance in other cases, commitments longer than the two-year mandate of band councils should not be transacted through s. 28(2).

This interpretation of s. 28(2) which confines it to short-term uses of Indian land fits perfectly with the other sections of the *Indian Act* relating to land and with the broader theme of inalienability of Indian reserve land that runs through the Act as a whole. It is also consistent with the policy of the *Royal Proclamation, 1763* and the principle that the long-term alienation of interests in Indian lands may only be effected through surrender to the Crown and consent of the band membership as a whole under s. 37 of the *Indian Act* or by expropriation under s. 35.

Since s. 28(2) does not permit long-term, indefinite alienation of interests in reserve land, a declaration that the permit is void should be granted, but the operation of that declaration should be suspended for a period of two years to permit the parties and others in similar situations to renegotiate or make new arrangements.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Sevenoaks, Maidstone and Tunbridge Railway Co. v. London, Chatham and Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625; *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *In re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131; *Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.*, [1986] 1 C.N.L.R. 1, affd [1986] B.C.J. No. 407 (QL); *Canadian Pacific Railway Co. v. Town of Estevan*, [1957] S.C.R. 365; *The Queen v. Bolton*, [1975] F.C. 31; *Ouimet v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 672, affd [1979] 1 F.C. 55; *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445; *Cummins v. Keen* (1978), 82 D.L.R. (3d) 443; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Smith v.*

«pour toute période plus longue» soit aussi une expression pouvant être exprimée sous forme de durées déterminées. Une aliénation susceptible de se prolonger pendant aussi longtemps qu'on puisse imaginer n'est pas visée par le par. 28(2). À titre d'indications pour d'autres litiges, des engagements pour des périodes dépassant les deux ans que dure le mandat des conseils de bande ne devraient pas être conclus en vertu du par. 28(2).

Cette interprétation du par. 28(2), qui limite son application aux utilisations à court terme des terres indiennes, est parfaitement compatible, d'une part, avec les autres articles de la Loi qui touchent les terres, et, d'autre part, avec le principe général d'inaliénabilité des terres des réserves indiennes qui se dégage de l'ensemble de la Loi. Elle est aussi compatible avec le principe établi dans la *Proclamation royale de 1763*, et avec le principe selon lequel l'aliénation à long terme d'intérêts dans des terres indiennes ne peut être effectuée que par une cession en faveur de la Couronne et à laquelle consentent l'ensemble des membres d'une bande en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens* ou par une expropriation en vertu de l'art. 35.

Puisque le par. 28(2) ne permet pas l'aliénation à long terme, pour une durée indéterminée, de droits sur des terres situées dans une réserve, il y aurait lieu de déclarer que le permis est nul, mais l'effet de ce jugement déclaratoire serait suspendu pendant une période de deux ans pour permettre aux parties et à d'autres dans des situations similaires de renégocier leurs ententes ou d'en conclure de nouvelles.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *Canadien Pacifique Liée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Sevenoaks, Maidstone and Tunbridge Railway Co. c. London, Chatham and Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625; *Town of Lunenburg c. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386; *In re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131; *Canada (Attorney General) c. Canadian Pacific Ltd.*, [1986] 1 C.N.L.R. 1, conf. par [1986] B.C.J. No. 407 (QL); *Canadian Pacific Railway Co. c. Town of Estevan*, [1957] R.C.S. 365; *La Reine c. Bolton*, [1975] CF. 31; *Ouimet c. La Reine*, [1978] 1 CF. 672, conf. par [1979] 1 CF. 55; *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445; *Cummins c. Keen* (1978), 82 D.L.R. (3d) 443; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46;

The Queen, [1983] 1 S.C.R. 554; *Cuerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *The Queen v. Devereux*, [1965] S.C.R. 567.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Multiform Manufacturing Co., [1990] 2 S.C.R. 624; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Ouimet v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 672, affd [1979] 1 F.C. 55; *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445; *Colder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Indian Act, S.C. 1919, c. 56, s. 1.
British Columbia Rules of Court, Rule 18A.
Indian Act, R.S.C. 1906, c. 81, s. 48 [am. 1919, c. 56, s. 1; later partially rep. 1938, c. 31, s. 1].
Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 24, 28 [am. 1956, c. 40, s. 10], 35, 37, 38, 39(1) [*idem*, s. 11], 49, 50, 58 [rep. & sub. *idem*, s. 14].
Indian Act, R.S.C., 1985, c. 1-5.
Indian Act, S.C. 1951, c. 29, s. 57(c).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Royal Proclamation, 1763, R.S.C., 1985, App. II, No. 1.

Authors Cited

Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. Lands and Environment Branch. Lands, Revenues and Trusts. *Land Management and Procedures Manual*, May 1988.
Canada. House of Commons. Special Committee appointed to consider Bill No. 79, *An Act respecting Indians*. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 3, April 18, 1951, pp. 78, 80.

Smith c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 554; *Cuerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211; *The Queen c. Devereux*, [1965] R.C.S. 567.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Multiform Manufacturing Co., [1990] 2 R.C.S. 624; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Ouimet c. La Reine*, [1978] 1 CF. 672, conf. par [1979] 1 CF. 55; *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445; *Colder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.C (1985), ch. 1-21, art 12.
Loi des sauvages, S.R.C 1906, ch. 81, art 48 [mod. 1919, ch. 56, art 1; abrogé par la suite en partie par 1938, ch. 31, art 1].
Loi modifiant la Loi des sauvages, S.C. 1919, ch. 56, art 1.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. 1-5.
Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29, art 57c).
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 24, 28 [mod. 1956, ch. 40, art. 10], 35, 37, 38, 39(1) [*idem*, art. 11], 49, 50, 58 [abr. & rempl. *idem*, art. 14].
Proclamation royale de 1763, L.R.C. (1985), app. II, n° 1.
Rules of Court de la Colombie-Britannique, règle 18A.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Comité spécial institué pour étudier le Bill n° 79, *Loi concernant les Indiens*. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, 18 avril 1951, pp. 16, 18.
Canada. Chambre des communes et Sénat Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes institué pour étudier la *Loi des Indiens*. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 13, 16 juillet 1946, pp. 546 à 548.

Canada. House of Commons and Senate. Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons appointed to examine and consider the *Indian Act*. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 13, July 16, 1946, pp. 546-48.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*. Ottawa: The Commission, 1996.

Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, t. 5. Paris: Le Robert, 1976.

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

Jackson, Paul. *The Law of Easements and Profits*. London: Butterworths, 1978.

Oxford English Dictionary, vol. XI, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "period".

Reiter, Robert Alan. *The Fundamental Principles of Indian Law*, vol. II. Edmonton: First Nations Resource Council, 1990 (loose-leaf updated January 1994).

Webster's Third New International Dictionary. Springfield: Merriam-Webster, 1986, "period".

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 145, 41 B.C.A.C. 241, 66 W.A.C. 241, [1994] 5 W.W.R. 594, [1994] 4 C.N.L.R. 68, allowing the federal Crown's appeal from a judgment of Lander J., [1994] 1 C.N.L.R. 109, declaring invalid a ministerial permit issued under the *Indian Act*. Appeal dismissed, Cory and McLachlin JJ. dissenting.

Jack Woodward, Patricia Hutchings, Jane Woodward and Judith Sayers, for the appellants.

Gerald Donegan, Q.C., and *Robin S. Whittaker*, for the respondent Her Majesty the Queen in right of Canada.

J. Edward Gouge, Q.C., *Peter D. Feldberg* and *Line Laçasse*, for the respondent British Columbia Hydro and Power Authority.

Louise Mandell and *Brenda Gaertner*, for the interveners the Union of British Columbia Indian Chiefs.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir*. Ottawa: La Commission, 1996.

Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Terres et Environnement Terres, Revenus et Fiducie. *Guide de la gestion foncière et des procédures*, juillet 1990.

Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, t. 5. Paris: Le Robert, 1976.

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

Jackson, Paul. *The Law of Easements and Profits*. London: Butterworths, 1978.

Oxford English Dictionary, vol. XI, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «period».

Reiter, Robert Alan. *The Fundamental Principles of Indian Law*, vol. II. Edmonton: First Nations Resource Council, 1990 (loose-leaf updated January 1994).

Webster's Third New International Dictionary. Springfield: Merriam-Webster, 1986, «period».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 145, 41 B.C.A.C. 241, 66 W.A.C. 241, [1994] 5 W.W.R. 594, [1994] 4 C.N.L.R. 68, qui a accueilli l'appel interjeté par la Couronne fédérale contre une décision du juge Lander, [1994] 1 C.N.L.R. 109, qui avait déclaré invalide un permis ministériel délivré en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Pourvoi rejeté, les juges Cory et McLachlin sont dissidents.

Jack Woodward, Patricia Hutchings, Jane Woodward et Judith Sayers, pour les appelants.

Gerald Donegan, c.r., et *Robin S. Whittaker*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

J. Edward Gouge, c.r., *Peter D. Feldberg* et *Line Laçasse*, pour l'intimée British Columbia Hydro and Power Authority.

Louise Mandell et *Brenda Gaertner*, pour l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs.

George K. Macintosh, Q.C., and Robert P. Sloman, for the interveners B.C. Tel et al.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major J.J. was delivered by

¹ MAJOR J. — This appeal is from an application by Danny Watts on his own behalf and on behalf of all members of the Opetchesah (the "Band") for summary judgment under Rule 18A of the British Columbia Rules of Court. The appellants seek a declaration that s. 28(2) of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149 (hereinafter "*Indian Act*" (now R.S.C., 1985, c. 1-5)), did not authorize Her Majesty in right of Canada (the "Crown"), as represented by the Minister of Citizenship and Immigration, to grant in 1959 a right-of-way for power transmission lines over the Indian reserve known as Klehkoot I.R. No. 2 for an indefinite period of time to the British Columbia Power Commission ("Hydro").

² The chambers judge of the British Columbia Supreme Court found that s. 28(2) did not authorize the permit because it was for an indefinite period of time: [1994] 1 C.N.L.R. 109. Although the word "period" could denote a period of time defined in relation to events in certain contexts, in that of s. 28(2), it must take its content from the phrase "any longer period" which could only mean a specified period of years.

The British Columbia Court of Appeal allowed the appeal, concluding that s. 28(2) allowed grants of interests for periods having no predetermined termination date: (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 145, 41 B.C.A.C. 241, 66 W.A.C. 241, [1994] 5 W.W.R. 594, [1994] 4 C.N.L.R. 68. Taylor J.A., for the court, considered and concluded that the 1956 amendments, including those to s. 28(2), significantly changed the pre-existing scheme by giving band councils increased authority to speak and act on behalf of their members. The Court of Appeal

George K. Macintosh, c.r., et Robert P. Sloman, pour les intervenants B.C. Tel et autres.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MAJOR — Il s'agit en l'espèce d'un pourvoi contre une demande présentée par Danny Watts, en son nom personnel et au nom de tous les membres des Opetchesah (la «Bande»), en vue d'obtenir un jugement sommaire en vertu de la règle 18A des Rules of Court de la Colombie-Britannique. Les appelants sollicitent une déclaration portant que le par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149 (ci-après la «*Loi sur les Indiens*» (maintenant L.R.C. (1985), ch. 1-5)), n'autorisait pas Sa Majesté du chef du Canada (la «Couronne»), représentée par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, à concéder à la British Columbia Power Commission («Hydro»), en 1959, pour une période indéterminée, un droit de passage relativement à des lignes de transmission d'énergie au-dessus de la réserve indienne connue sous le nom de R.I. n° 2 de Klehkoot.

Le juge en chambre qui a entendu la demande en Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que le par. 28(2) n'autorisait pas la délivrance du permis visé, étant donné que celui-ci était accordé pour une période indéterminée: [1994] 1 C.L.N.R. 109. Bien que le mot «période» puisse, dans certains contextes, signifier une période définie en fonction d'événements, au par. 28(2), son sens doit être dégagé de l'expression «pour toute période plus longue», qui ne peut signifier qu'un nombre précis d'années.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel, statuant que le par. 28(2) permettait d'accorder des droits pour des périodes qui ne sont pas censées prendre fin à une date déterminée: (1994), 89 B.C.L.R. (2d) 145, 41 B.C.A.C. 241, 66 W.A.C. 241, [1994] 5 W.W.R. 594, [1994] 4 C.N.L.R. 68. Le juge Taylor, s'exprimant au nom de la cour, a examiné les modifications de 1956, y compris celles apportées au par. 28(2), et conclu qu'elles avaient modifié de façon importante le régime qui avait existé jusque-là en confiant aux

found that s. 28(2) created a third method of alienation, over and above the traditional surrender method (s. 37) and expropriation (s. 35). The Minister was authorized to grant rights of use and occupation under s. 28 that could also be granted under ss. 35 or 37 provided that grants under s. 28 did not amount to "transfer of title to, or ownership of, the land" (p. 155 B.C.L.R.).

This appeal raises two questions. What was the nature and the duration of the rights granted under the permit and were the rights granted by the permit capable of being granted under s. 28(2) of the *Indian Act*

I. Facts

In 1958 Hydro finished construction of a hydro-electric generating facility at Sproat Falls, British Columbia. A transmission line was needed to convey electricity from the new generating facility to consumers in Port Alberni, British Columbia, and elsewhere.

Between February and July 1958, Hydro negotiated with the Crown and the Band to acquire a right-of-way for the transmission line across the appellant Band's land, the Klehkoot Indian Reserve No. 2, Alberni district, C.L.S.R. Plan 5074. The negotiations were protracted, with a variety of proposals from each side, including yearly rental payments for a term of 20 years, free electricity for members of the Band, various offers on a per acre value, as well as expropriation under s. 35 of the *Indian Act*.

An agreement was concluded between the Crown and Hydro, with the consent of the Band council, for a right-of-way 150 feet wide over 7.87 acres of the 290 acres of reserve land on July 8, 1959. Total consideration for the right-of-way was

conseils de bande un pouvoir plus grand d'agir pour le compte de leurs membres. La Cour d'appel a statué que le par. 28(2) créait une troisième méthode d'aliénation, outre la méthode traditionnelle de cession (art. 37) et l'expropriation (art. 35). Les droits d'utilisation et d'occupation que le ministre était autorisé à concéder en vertu de l'art. 28 pouvaient également l'être en vertu de l'art. 35 ou 37, dans la mesure où ceux accordés en vertu de l'art. 28 n'emportaient pas un [TRADUCTION] «transfert du titre ou du droit de propriété sur le bien-fonds visé» (p. 155 B.C.L.R.).

Le présent pourvoi soulève deux questions. Quelles étaient la nature et la durée des droits conférés par le permis en cause, et est-ce que ces droits pouvaient être conférés en vertu du par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*?

I. Les faits

In 1958, Hydro a achevé la construction d'une centrale hydro-électrique à Sproat Falls, en Colombie-Britannique. Une ligne de transmission devait être aménagée pour acheminer l'électricité de la nouvelle centrale jusqu'aux consommateurs, à Port Alberni, en Colombie-Britannique, et ailleurs.

De février à juillet 1958, Hydro a négocié avec la Couronne et la Bande en vue d'acquiescer un droit de passage pour la ligne de transmission à travers les terres de la Bande appelante, la réserve indienne n° 2 de Klehkoot, district d'Alberni, plan 5074 des Archives d'arpentage des terres du Canada. Les négociations, qui ont été longues, ont donné lieu à diverses propositions et contre-propositions, notamment le paiement d'un loyer annuel pour une période de 20 ans, la fourniture gratuite d'électricité aux membres de la Bande, la présentation de diverses offres établies suivant une valeur à l'acre, et l'expropriation de terres en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*.

Le 8 juillet 1959, la Couronne et Hydro, avec le consentement du conseil de la Bande, ont conclu un accord concédant un droit de passage de 150 pieds de largeur sur 7,87 des 290 acres occupées par la réserve. La contrepartie totale pour ce droit

\$983.75, or \$125 per acre. This amount exceeded the \$75 per acre paid to the Band's neighbour, R.B. McLean Lumber Co., whose land was comparable. Other lands on the right-of-way were not comparable for purposes of valuation. There was no evidence that the Band was paid less than fair market value.

8

The permit between Hydro and the Crown dated July 8, 1959 provides in part:

NOW THEREFORE THIS AGREEMENT WITNESSETH that in consideration of the sum of Nine Hundred and Eighty-three Dollars and Seventy-five Cents (\$983.75) paid to the Minister by the Permittee [Hydro] (receipt whereof is hereby acknowledged), the Minister under authority of Section 28(2) of the Indian Act, Chapter 149, Revised Statutes of Canada, 1952, as amended, doth hereby grant the Permittee, its successors and assigns, the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line on the said lands being in the Klehkoot Indian Reserve number two, in the Province of British Columbia, and more particularly described as follows:

[description of the right-of-way covering 7.87 acres]

IT IS AGREED AND UNDERSTOOD that the afore-said permission is subject to the following stipulations, provisos and conditions, that is to say:

1. That the rights hereby granted may be exercised by the Permittee for such period of time as the said right-of-way is required for the purpose of an electric power transmission line.
2. That the Permittee shall pay all charges, taxes, rates and assessments whatsoever which shall during the continuance of the rights hereby granted be due and payable or be expressed to be due and payable in respect of the said electric power transmission line or the use by the Permittee of the said lands.
3. That the Permittee shall not assign the right hereby granted without the written consent of the Minister.
4. That it shall be lawful for the Minister or any person thereunto authorized by him at all reasonable times to enter upon the said lands for the purpose of examining the condition thereof.

de passage était 983,75 \$, ou 125 \$ l'acre. Ce montant était supérieur aux 75 \$ l'acre payés au voisin de la Bande, la R.B. McLean Lumber Co., dont les terres étaient comparables. D'autres terres visées par le droit de passage n'étaient pas comparables pour fins d'évaluation. Il n'a été présenté aucune preuve indiquant que la Bande a reçu une somme inférieure à la juste valeur marchande.

Le permis accordé à Hydro par la Couronne, en date du 8 juillet 1959, prévoit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] EN FOI DE QUOI, LE PRÉSENT DOCUMENT ATTESTE que, en contrepartie de la somme de neuf cent quatre-vingt-trois dollars et soixante-quinze cents (983,75 \$) payée au ministre par le titulaire [Hydro] (dont le premier accuse réception), le ministre, en vertu du paragraphe 28(2) de la Loi sur les Indiens, chapitre 149, Statuts révisés du Canada, 1952, et ses modifications, accorde au titulaire et à ses ayants droit le droit de construire, d'exploiter et d'entretenir une ligne de transmission d'énergie électrique sur les terres visées de la réserve indienne numéro deux de Klehkoot, dans la province de la Colombie-Britannique, décrite de la façon suivante:

[description du droit de passage d'une superficie de 7,87 acres]

IL EST ENTENDU ET CONVENU que cette permission est assujettie aux stipulations et conditions suivantes:

1. Le titulaire peut exercer les droits qui lui sont conférés par le présent accord pendant la période où le droit de passage est requis pour les fins de la ligne de transmission d'énergie électrique.
2. Le titulaire paie la totalité des charges, taxes, droits et cotisations exigibles ou qui le deviendront pendant la période de validité des droits conférés par le présent accord relativement à la ligne de transmission d'énergie électrique ou à l'utilisation qu'il fait des terres visées.
3. Il est interdit au titulaire de céder le droit conféré par le présent accord sans le consentement écrit du ministre.
4. Le ministre ou toute personne qu'il autorise à le faire peut, à tout moment convenable, pénétrer sur les terres visées pour en examiner l'état.

5. That the said lands shall be used for the purpose aforesaid and for no other purpose.
 6. That the Permittee, its servants, employees, and workmen shall have and enjoy the right to unload and store material on the said lands for the erection, operation and maintenance of the said electric power transmission line and to roll and unroll wires thereon, and to do all such other acts and things as may be necessary or requisite for the purpose of properly erecting, operating, maintaining and patrolling the said electric power transmission line.
 7. That the Permittee will not fence the said lands or any part thereof and Her Majesty is to be allowed free access to and use of the said lands except for building purposes and except insofar as it may be necessary for the Permittee to use the same for the purpose of constructing, operating, maintaining and patrolling the electric power transmission line.
 8. That the Permittee will at all times hereafter indemnify and keep Her Majesty indemnified against all actions, claims and demands that may be lawfully brought or made against Her Majesty by reason of any act or omission by the Permittee in the exercise or purported exercise of the rights hereby granted.
 9. That the Permittee may cut down any trees standing outside the said lands which in its opinion might in falling or otherwise endanger the conductors, wires, structures, equipment or other plant of the Commission, paying to the Minister reasonable compensation for the value of any trees so cut down.
5. Les terres visées ne peuvent être utilisées qu'à la seule fin susmentionnée.
 6. Le titulaire ainsi que ses préposés, employés et ouvriers ont le droit de décharger et d'entreposer du matériel sur les terres visées pour l'érection, l'exploitation et l'entretien de la ligne de transmission d'énergie électrique, d'y enrouler et dérouler des fils et d'accomplir toute autre chose nécessaire pour ériger, exploiter, entretenir et inspecter convenablement la ligne de transmission d'énergie électrique.
 7. Il est interdit au titulaire de clôturer les terres visées ou une partie de celles-ci, et Sa Majesté peut y accéder librement et les utiliser sauf pour y construire ou s'il est nécessaire pour le titulaire de les utiliser à des fins de construction, d'exploitation, d'entretien et d'inspection de la ligne de transmission d'énergie électrique.
 8. Le titulaire tient Sa Majesté indemne et à couvert des actions, réclamations et demandes pouvant être légalement présentées contre Sa Majesté en raison d'une action ou d'une omission faite ou censée faite par le titulaire dans l'exercice ou l'exercice présumé des droits conférés par le présent accord.
 9. Le titulaire peut abattre des arbres situés à l'extérieur des terres visées et qui, à son avis, risquent de tomber ou de nuire aux conducteurs, aux fils, aux pylônes, à l'équipement ou aux autres installations de la Commission, auquel cas il devra verser au ministre une indemnité raisonnable pour les arbres ainsi abattus.

IN WITNESS WHEREOF the Acting Director, Indian Affairs, on behalf of the Minister, has hereunto set his hand and the Permittee has caused these presents to be executed and its corporate seal to be affixed hereto by its proper officers duly authorized in that behalf.

The permit gave Hydro "the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line", and the exclusive right to occupy the portions of the surface of the reserve where poles were erected, and that part of the air space where the wires were strung. The Band retained the right to use and occupy the balance of the "right-of-way" area subject to specified restrictions related to the erection, operation, maintenance and patrol of the structures installed by Hydro. Hydro was allowed to use the lands as necessary for the purpose of constructing, operating, maintaining and patrolling the electric power transmission line. The

EN FOI DE QUOI le directeur intérimaire, Affaires indiennes, a apposé sa signature pour le compte du ministre, et le titulaire a fait signer et apposer son sceau par ses représentants compétents et dûment autorisés à le faire.

Le permis accordait à Hydro [TRADUCTION] «le droit de construire, d'exploiter et d'entretenir une ligne de transmission d'énergie électrique», le droit exclusif d'occuper les parties de la surface de la réserve où des pylônes étaient érigés ainsi que la partie de l'espace aérien où les fils étaient tendus. La Bande conservait le droit d'utiliser et d'occuper le reste de la superficie visée par le «droit de passage», sous réserve de certaines restrictions touchant l'érection, l'exploitation, l'entretien et l'inspection des structures installées par Hydro. Hydro était autorisée à utiliser les terres pour construire, exploiter, entretenir et inspecter la ligne de trans-

right-of-way conferred by the permit was "for such period of time as the said right-of-way is required for the purpose of an electric power transmission line". The rights granted in the permit were not assignable without the written consent of the Crown.

10 The record discloses that rights-of-way such as the one constituted in the present permit are commonplace. The permit in this appeal is typical of over a thousand similar arrangements made between native bands and utility and commercial entities across the country.

ii Some time prior to 1990, the Band decided that development of the reserve was required. It planned to build a private Band road, a reservoir access road and drainage ditch within the respondent Hydro's right-of-way. On March 6, 1990, the respondent Hydro, by letter, offered to consent to the construction provided, in part, that the Band agree to taking responsibility for any lost generation of power to third parties, that it submit to safety and construction concerns of the respondent Hydro and that the Band not interfere with the respondent Hydro's use of the right-of-way.

12 The appellants commenced an action against the respondents on March 13, 1992, seeking a declaration that the permit was void and of no force and effect, an order for possession of the lands subject to the permit and damages for trespass.

13 On October 16 and 17, 1992, the appellants applied to the Supreme Court of British Columbia for summary judgment under Rule 18A of the British Columbia Rules of Court for a declaration that s. 28(2) of the *Indian Act* does not authorize the Minister to grant a right-of-way for power transmission lines over the reserve for an indefinite period of time. On January 27, 1993, Lander J. of the Supreme Court allowed the application, declaring that the permit purporting to grant a right-of-way to Hydro for as long as "said right-of-

mission d'énergie électrique. Le droit de passage conféré par le permis était valide [TRADUCTION] «pendant la période où le droit de passage [était] requis pour les fins de la ligne de transmission d'énergie électrique». Les droits conférés par le permis ne pouvaient pas être cédés sans le consentement écrit de la Couronne.

Il ressort du dossier que les droits de passage du genre de celui constitué en l'espèce sont monnaie courante. Le permis en litige est typique de plus d'un millier de documents similaires conclus entre des bandes autochtones et des entités commerciales à travers le pays.

Quelque temps avant 1990, la Bande a décidé que des travaux d'aménagement devaient être effectués dans la réserve. Elle projetait de construire une route privée pour la Bande, une route d'accès à un réservoir et un fossé de drainage à l'intérieur de l'emprise constituant le droit de passage de l'intimée Hydro. Le 6 mars 1990, cette dernière a, par lettre, offert de consentir à ces travaux de construction, sous réserve notamment des conditions suivantes: que la Bande assume la responsabilité de toute perte de puissance motrice subie par des tiers; qu'elle respecte les préoccupations de l'intimée Hydro en matière de sécurité et de construction et qu'elle ne gêne pas l'utilisation du droit de passage par l'intimée Hydro.

Les appelants ont intenté une action contre les intimées le 13 mars 1992, sollicitant une déclaration que le permis était nul et sans effet, une ordonnance de mise en possession du bien-fonds visé par le permis ainsi que des dommages-intérêts pour intrusion.

Les 16 et 17 octobre 1992, les appelants ont demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, en vertu de la règle 18A des Rules of Court de la Colombie-Britannique, un jugement sommaire déclarant que le par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens* n'autorisait pas le ministre à conférer, pour une période indéterminée, un droit de passage pour des lignes de transmission d'énergie au-dessus de la réserve. Le 27 janvier 1993, le juge Lander de la Cour suprême a accueilli la demande, déclarant que le permis censé conférer à Hydro un

way is required for the purpose of an electric power transmission line" was not authorized by s. 28(2) of the *Indian Act*. On March 21, 1994, the Court of Appeal for British Columbia allowed the respondents' appeal.

H. Relevant Statutory Provisions

Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149

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

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

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

38. (1) A band may surrender to Her Majesty any right or interest of the band and its members in a reserve.

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

58. (1) Where land in a reserve is uncultivated or unused, the Minister may, with the consent of the council of the band,

(b) where the land is in the lawful possession of any individual, grant a lease of such land for agricultural or grazing purposes or for any purpose that is for the benefit of the person in possession,

droit de passage [TRADUCTION] «tant que le droit de passage est requis pour les fins de la ligne de transmission d'énergie électrique» n'était pas autorisé par le par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*. Le 21 mars 1994, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel des intimées.

H. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, en. 149

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

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

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. (1) Une bande peut abandonner à Sa Majesté tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres dans une réserve.

(2) Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

58. (1) Lorsque, dans une réserve, un terrain est inculte ou inutilisé, le Ministre peut, du consentement du conseil de la bande,

b) si le terrain est en la possession légitime d'un particulier, accorder la location de ce terrain à des fins de culture ou de pâturage ou à toute fin se trouvant au profit de la personne qui en a la possession;

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

(4) Notwithstanding anything in this Act, the Minister may, without a surrender

- (a) dispose of wild grass or dead or fallen timber, and
- (b) with the consent of the council of the band, dispose of sand, gravel, clay and other non-metallic substances upon or under lands in a reserve, or, where such consent cannot be obtained without undue difficulty or delay, may issue temporary permits for the taking of sand, gravel, clay and other non-metallic substances upon or under lands in a reserve, renewable only with the consent of the council of the band,

and the proceeds of such transactions shall be credited to band funds or shall be divided between the band and the individual Indians in lawful possession of the lands in such shares as the Minister may determine.

m. Analysis

is

Section 28(2) reads:

28_____

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

16

The appellants' submission is that because Hydro might require the right-of-way forever the permit granting the right-of-way is not for a "period". I disagree. A period within the meaning of s. 28(2) can be measured either by dates or events. In this appeal the right-of-way is only for the period it is required by Hydro for that purpose alone. It is not certain how long that period will be. However, when Hydro's need for the right-of-way comes to an end, that fact will be ascertainable. Because the duration of the right-of-way is a

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

(4) Nonobstant toute disposition de la présente loi, le Ministre peut, sans cession,

- a) disposer des herbes sauvages ou du bois mort sur pied ou du chablis, et
- b) avec le consentement du conseil de la bande, disposer du sable, du gravier, de la glaise et des autres substances non métalliques se trouvant sur des terres ou dans le sous-sol d'une réserve, ou lorsque ce consentement ne peut être obtenu sans obstacle ou retard indu, peut délivrer des permis temporaires pour la prise du sable, du gravier, de la glaise et d'autres substances non métalliques sur des terres ou dans le sous-sol d'une réserve, renouvelables avec le consentement du conseil de la bande seulement,

et le produit de ces opérations doit être porté au crédit des fonds de bande ou partagé entre la bande et les Indiens particuliers en possession légitime des terres selon les proportions que le Ministre peut déterminer.

HI. L'analyse

Voici le texte du par. 28(2):

28_____

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

Les appelants prétendent que, comme Hydro pourrait avoir besoin du droit de passage à perpétuité, le permis qui a accordé ce droit ne vise pas une «période». Je ne suis pas d'accord. La période visée au par. 28(2) peut être déterminée soit par des dates soit par des événements. Le droit de passage dont il est question dans le présent pourvoi n'est accordé que pour la période pendant laquelle Hydro a besoin de ce droit pour la seule fin prévue. Il est impossible de dire avec certitude combien de temps durera cette période. Cependant, lorsque le droit de passage ne sera plus requis par Hydro, ce fait sera déterminable. Comme le terme du droit de

bounded and ascertainable event, that duration is a period.

In determining whether s. 28(2) authorized the permit granted, three issues are raised. First, it is necessary to identify the nature and scope of the rights granted by the permit; second, whether the termination of the permit is defined by the happening of a reasonably ascertainable event; and finally, whether the permit constitutes a "sale, alienation, lease, or other disposition" under s. 37 of the *Indian Act* rather than a grant of rights under s. 28(2).

A. Nature of Rights Granted by the Permit

The respondent Hydro was granted "the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line". This included the right of support by the land surrounding the base of the power poles, occupation of air space where the poles and wires were found and permission to inspect, maintain or repair the pole line for as long as the requirement for the line existed.

Hydro characterizes the right-of-way as a right to cross the appellants' land for a specified purpose. Included in that right is the ability to erect towers and to prevent the Band from obstructing the right-of-way by any constructions on it.

The interests granted by the permit are analogous to an easement over the appellant Band's reserve lands, subject to termination when there is no longer a requirement for the power transmission right-of-way. See *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654.

The rights created by the permit are statutory in origin and as such, they may be unknown to the common law: see *Sevenoaks, Maidstone and Tunbridge Railway Co. v. London, Chatham and Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625, per Jessel, M.R., cited in *Town of Lunenburg v. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (N.S.S.C.), at p. 390.

passage est un événement déterminable, la durée de validité du permis est une période.

Pour déterminer si le par. 28(2) autorisait la délivrance du permis, il y a lieu d'examiner trois questions. Premièrement, quelle est la nature et l'étendue des droits conférés par le permis? Deuxièmement, est-ce que le permis prend fin lorsque survient un événement raisonnablement déterminable? Enfin, le permis constitue-t-il une «vente, une aliénation, une location ou une autre disposition» au sens de l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*, plutôt que la concession de droits en vertu du par. 28(2)?

A. La nature des droits conférés par le permis

L'intimée Hydro a obtenu [TRADUCTION] «le droit de construire, d'exploiter et d'entretenir une ligne de transmission d'énergie électrique». Ce droit comportait un droit d'appui sur le sol entourant la base des pylônes, un droit d'occupation de l'espace aérien où étaient installées les pylônes et les fils, ainsi que la permission d'inspecter, d'entretenir ou de réparer la ligne tant et aussi longtemps que celle-ci était nécessaire.

Hydro caractérise le droit de passage comme étant le droit de traverser les terres des appelants pour une fin précise. Ce droit comporte la possibilité d'ériger des pylônes et d'empêcher la Bande d'obstruer le droit de passage par des constructions.

Les droits conférés par le permis sont analogues à une servitude sur les terres de la réserve de la Bande, sujette à résolution lorsque le droit de passage pour la ligne de transmission d'énergie n'est plus requis. Voir *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654.

Les droits créés par le permis sont d'origine législative et, en tant que tels, pourraient bien être inconnus en common law: voir *Sevenoaks, Maidstone and Tunbridge Railway Co. c. London, Chatham and Dover Railway Co.* (1879), 11 Ch. D. 625, le juge Jessel, maître des rôles, cité dans *Town of Lunenburg c. Municipality of Lunenburg*, [1932] 1 D.L.R. 386 (C.S.N.-É.), à la p. 390.

17

18

19

20

21

22 In *Paul, supra*, the dispute was over a parcel of land in the Woodstock Indian Reserve used by Canadian Pacific Ltd. ("CP") under a 990-year lease. In 1975, the Indians who resided on the reserve disputed CP's claim to the use of the right-of-way and barricaded it to prevent the passage of trains. CP sought a permanent injunction to prevent future trespass. The band counterclaimed respecting title to the right-of-way. The trial judge granted the injunction on the basis that the railroad had acquired the "fee simple" to reserve land comprising a railway corridor. This Court upheld the injunction but found that CP did not have a fee simple title but a statutory right-of-way, i.e., an easement. See also P. Jackson, *The Law of Easements and Profits* (1978), at p. 189; *In re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131 (C.A.), at p. 163, per Lord Evershed, M.R., cited in *Paul, supra*, at p. 671.

23 It is of interest that Hydro's rights in the land here are not exclusive. The permit allows Hydro a right of support by the earth surrounding the base of the power poles and their anchors but the language of the permit in two ways demonstrates that the grant is of non-exclusive rights. The respondent Hydro can only use the land for the power transmission line and related maintenance purposes and the appellant Band retains the right to use the right-of-way. The Band's ability to use the land is restricted only in that they cannot erect buildings on it or interfere with the respondent Hydro's easement. Both Hydro and the Band share use of the right-of-way.

B. *The Termination of the Interest Conveyed*

24 The respondent Hydro submits that the permit on its face sets its duration or temporal boundary as the happening of an event. That is the future date when the power easement is no longer required.

Dans *Paul*, précité, le litige portait sur une parcelle de terrain qui était située dans la réserve indienne de Woodstock et utilisée par Canadien Pacifique Limitée («CP») en vertu d'un bail de 990 ans. En 1975, les Indiens qui habitaient la réserve ont contesté le droit de CP d'utiliser l'emprise et ils l'ont barricadée pour empêcher les trains de passer. CP a demandé une injonction permanente interdisant toute intrusion à l'avenir. La bande a présenté une demande reconventionnelle à l'égard du titre sur l'emprise. Le juge de première instance a accordé l'injonction pour le motif que la compagnie de chemin de fer avait acquis le «titre en fief simple» (*fee simple*) sur les terres de la réserve, y compris un corridor ferroviaire. Notre Cour a maintenu l'injonction, mais a statué que CP ne détenait pas un titre en fief simple, mais plutôt un droit de passage légal, c'est-à-dire une servitude. Voir aussi P. Jackson, *The Law of Easements and Profits* (1978), à la p. 189; *In re Ellenborough Park*, [1956] Ch. 131 (C.A.), à la p. 163, lord Evershed, maître des rôles, cité dans *Paul*, précité, à la p. 671.

Il importe de souligner que, en l'espèce, les droits d'Hydro sur les terres ne sont pas exclusifs. Le permis confère à celle-ci un droit d'appui sur le sol entourant la base des pylônes et leur ancrage. Cependant, le texte du permis démontre, de deux façons, que les droits conférés à Hydro ne sont pas exclusifs. Celle-ci ne peut utiliser les terres visées que pour la ligne de transmission d'énergie et son entretien, et la Bande appelante conserve le droit d'utiliser l'emprise. La seule restriction imposée à la Bande dans l'utilisation des terres visées est qu'elle ne peut y ériger de constructions ou entraver l'usage de la servitude de l'intimée Hydro. Hydro et la Bande partagent l'utilisation du droit de passage.

B. *La cessation du droit conféré*

L'intimée Hydro soutient qu'il ressort du texte du permis que sa durée, ou limite temporelle, est fonction de l'arrivée d'un événement. Il s'agit de la date à laquelle la servitude ne sera plus requise.

The appellants take a contrary position and claim that the rights granted to the respondent Hydro by the easement are indeterminate and potentially in perpetuity.

In my opinion, as previously stated, the statutory easement was granted for an indeterminate period. It was not known in 1959 nor is it now known exactly when the rights will terminate but clearly, the easement will terminate when it is no longer required for a transmission line. This is a period whose end is readily ascertainable.

The permit provides that the respondent Hydro is entitled to use the reserve lands in question for as long as it requires a transmission pole line to pass through the portion of the reserve over which it is currently constructed. It is not difficult to imagine a number of circumstances in which this requirement would expire. While all are speculative, there is the possibility that the generating station at Sproat Falls might be abandoned, that demographic changes in the area might affect the location, size and requirement of the transmission poles. More remote is the possibility of electricity being replaced by another energy source. It is obvious that technology has affected the way we live in ways that were earlier unimaginable. The example of the Canadian experience with the railways is apposite. Even 50 years ago, this country's railroads appeared to be a permanent fact of Canadian travel and transportation. Today, we have seen many railway lines abandoned in favour of airlines and highways.

Nor can the permit be characterized as perpetual « because its duration is purely under the control of the respondent Hydro. In *Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.*, [1986] 1 C.N.L.R. 1 (B.C.S.C.), affd [1986] B.C.J. No. 407 (C.A.), it was held that a grant of an interest in reserve land for so long as required for railway purposes was

Les appelants sont d'avis contraire, ils soutiennent que les droits conférés à l'intimée Hydro par la servitude le sont pour une période indéterminée, potentiellement à perpétuité.

25

À mon avis, comme je l'ai déjà mentionné, la servitude légale a été accordée pour une période indéterminée. On ne savait pas exactement en 1959, pas plus qu'aujourd'hui d'ailleurs, quand les droits prendront fin, mais de toute évidence la servitude prendra fin lorsqu'elle ne sera plus requise pour la ligne de transmission. Il s'agit d'une période dont l'expiration est facilement déterminable.

26

Le permis prévoit que l'intimée Hydro a le droit d'utiliser les terres de la réserve tant et aussi longtemps qu'elle a besoin de faire passer une ligne de transmission d'énergie à travers la partie de la réserve au-dessus de laquelle cette ligne est actuellement construite. Il n'est pas difficile d'imaginer des situations où ce besoin cesserait d'exister. Même si ce sont toutes des situations hypothétiques, mentionnons que la centrale électrique de Sproat Falls pourrait être abandonnée, que des changements démographiques pourraient survenir dans la région et entraîner la modification de l'emplacement, de la taille et de la nécessité des pylônes. Autre possibilité, plus vague encore, l'électricité pourrait être remplacée par une autre source d'énergie. Il est évident que les progrès technologiques ont changé la façon dont nous vivons, et ce d'une manière qui était inimaginable dans le passé. L'exemple, du chemin de fer au Canada est tout particulièrement à-propos. Il y a 50 ans à peine, le transport ferroviaire au Canada paraissait être un mode de déplacement et de transport appelé à rester de façon permanente. Aujourd'hui, on constate que bon nombre de lignes de chemin de fer sont abandonnées au profit de l'avion et l'automobile.

27

Il n'est pas non plus possible de dire que le permis a un caractère perpétuel du fait que sa durée dépend purement de la volonté de l'intimée Hydro. Dans la décision *Canada (Attorney General) c Canadian Pacific Ltd.*, [1986] 1 C.N.L.R. 1 (C.S.C.-B.), conf. par [1986] B.C.J. No. 407 (C.A.), il a été jugé que la concession d'un droit

not an interest determinable at the sole will of the railroad. The Court of Appeal found that the reserve land was no longer required for railway purposes, and that therefore, the transfer of the land from CP to its subsidiary, Marathon Realty Corporation, was void.

29

The duration of the easement in the instant case is similarly qualified. It endures only so long as the right-of-way is required for the purpose of an electric transmission line. The respondent Hydro has some discretion as to the decisions it makes with respect to the placement and utility of transmission lines. However, since the word "required" is used, it would be wrong to conclude that the expiry of the permit is solely dependant upon the will of the respondent Hydro. Whether the line is required is a justiciable issue: *Canadian Pacific Railway Co. v. Town of Estevan*, [1957] S.C.R. 365; *Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.*, *supra*. See also *The Queen v. Bolton*, [1975] F.C. 31 (T.D.), at p. 35.

C. *Does a "Period" in Section 28(2) Include an Indeterminate Length of Time?*

30

Prior to the amendment under which the impugned permit was granted, s. 28 allowed the Minister to grant permits of no longer than one year:

28_____

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

31

It was noted in Parliamentary Committee, and I agree, that under the above wording

... the minister, if he so desired or so chose, could grant permission for one year, and then at the end of that year, strictly in accordance with the wording of the subsection, he could grant permission for another year; because there is no statement in subsection (2) to the

sur des terres faisant partie d'une réserve pendant tout le temps requis pour les fins du chemin de fer ne constituait pas un droit résoluble au gré de la compagnie de chemin de fer seulement. La Cour d'appel a statué que ces terres n'étaient plus requises pour les fins du chemin de fer et, en conséquence, que leur transfert entre CP et sa filiale, Marathon Realty Corporation, était nul.

En l'espèce, la durée de la servitude peut être qualifiée de façon similaire. Elle ne dure que le temps pendant lequel le droit de passage est requis pour la ligne de transmission d'électricité. L'intimée Hydro a un certain pouvoir discrétionnaire pour décider de l'emplacement des lignes de transmission et de leur utilité. Cependant, comme le mot «requis» est utilisé, il serait erroné de conclure que l'expiration du permis dépend seulement de la volonté de l'intimée Hydro. La question de savoir si la ligne est requise est une question contentieuse: *Canadian Pacific Railway Co. c. Town of Estevan*, [1957] R.C.S. 365; *Canada (Attorney General) c. Canadian Pacific Ltd.*, précité. Voir aussi *La Reine c. Bolton*, [1975] C.F. 31 (1^{re} inst.), à la p. 35.

C. *Est-ce que le mot «période» au par. 28(2) vise également les périodes d'une durée indéterminée?*

Avant la modification en vertu de laquelle le permis contesté en l'espèce a été accordé, l'art. 28 autorisait le ministre à accorder des permis pour une période d'au plus un an:

28_____

(2) Le Ministre peut, au moyen d'un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période d'au plus un an, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

En comité parlementaire, on avait souligné, à raison selon moi, qu'en vertu du texte précité

... le ministre, s'il le désire, peut accorder un permis d'un an, puis, à la fin de l'année, en émettre un second pour une deuxième année, en conformité de la phraséologie du paragraphe; parce qu'il n'y a rien dans le paragraphe (2) qui spécifie que le ministre, à la fin de la pre-

effect that at the end of the first year he would have to obtain permission before granting a permit for a further year.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 3, of the Special Committee appointed to consider Bill No. 79, *An Act respecting Indians*, April 18, 1951, at p. 80.)

The amendment which was in force in 1959 (S.C. 1956, c. 40, s. 10), when the permit was issued, reads:

28____

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

This amendment limited the Minister's power to indefinitely renew permits beyond a period of one year and expanded the ability of the Band council to grant rights of occupation and use of reserve lands for periods longer than one year to third parties without a surrender.

The question is whether "any longer period" necessarily denotes a fixed number of years. There is nothing in s. 28(2) that limits it to granting only those rights that are expressed for a fixed period.

"Period" can be defined in a number of different ways depending on its context, as the case law aptly demonstrates. It could mean a fixed number of years or months: *Ouimet v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 672 (T.D.), at p. 684, aff'd [1979] 1 F.C. 55 (C.A.); *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445 (B.C.S.C.), at p. 447. However, "period" also denotes a length of time bounded by the happening of a certain event, capable of being ascertained: *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), vol. XI, at p. 558; *Webster's Third New International Dictionary* (1986), at p. 1680; *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (1976), t. 5, at p. 122; *Cummins v. Keen* (1978), 82 D.L.R. (3d) 443 (Sask. Q.B.), at p. 445. As the end point

mière année, doit en obtenir la permission avant d'émettre un permis pour l'année suivante.

(Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, du Comité spécial institué pour étudier le Bill n° 79, *Loi concernant les Indiens*, 18 avril 1951, à la p. 18.)

Voici le texte de la disposition modifiée, qui était en vigueur en 1959 (S.C. 1956, ch. 40, art. 10) lors de la délivrance du permis:

28____

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

Cette modification limitait le pouvoir du ministre de renouveler indéfiniment les permis pour des périodes de plus d'un an et élargissait la capacité du conseil de la Bande d'accorder à des tiers, sans qu'il y ait cession, des droits d'occupation et d'utilisation de terres faisant partie de la réserve pour des périodes de plus d'un an.

La question est de savoir si l'expression «pour toute période plus longue» s'entend d'un nombre déterminé d'années. Rien dans le par. 28(2) n'indique que cette disposition ne permet d'accorder que des droits exprimés en fonction d'une période déterminée.

Comme le démontre bien la jurisprudence, le mot «période» peut être défini de diverses façons selon le contexte. Il peut signifier un nombre déterminé d'années ou de mois: *Ouimet c. La Reine*, [1978] 1 CF. 672 (1^{re} inst.), à la p. 684, conf. par [1979] 1 CF. 55 (C.A.); *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445 (C.S.C.-B.), à la p. 447. Cependant, le mot «période» vise aussi une durée limitée par l'arrivée d'un certain événement déterminable: *Oxford English Dictionary* 2^e éd. 1989, vol. XI, à la p. 558; *Webster's Third New International Dictionary* (1986), à la p. 1680; *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (1976) t. 5, à la p. 122; *Cummins c. Keen* (1978), 82 D.L.R. (3d) 443 (B.R. Sask.), à la p. 445. Puisque

of the permit is a justiciable issue, it is only necessary to decide whether a period can, in addition to a fixed period, encompass a length of time that endures until certain other circumstances occur. In my opinion and in view of the overall context of s. 28(2), a period can be measured either by dates or events.

34 The end point of a permit need not be defined in terms of a specific calendar date as long as it is ascertainable. The only requirement is that the end of the period be capable of ascertainment so that it does not constitute a grant in perpetuity. In the instant case, the end point of the permit arises when the easement is no longer required for power transmission.

35 It is possible that a grant for perpetual duration might be disguised under the appearance of a defined period. A right-of-way to last as long as the sun shall shine and the rivers flow would obviously be a suspicious attempt to create a perpetual period under the guise of an ascertainable event. There could be a grant where the terminable event is so remote and uncertain that the period is, in fact, perpetual. That would be a matter of fact in the particular case

D. *Interaction of Section 37 and Section 28(2)*

36 The appellant Band submits that this right-of-way with its potentially lengthy duration should have been effected by way of surrender to the Crown pursuant to s. 37 of the *Indian Act* which states:

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

37 This appeal concerns reserve lands as distinguished from lands in which "traditional" or aboriginal title is claimed. In *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian*

le point d'expiration du permis est une question contentieuse, il suffit de décider si le mot «période» peut s'entendre, outre d'une période déterminée, d'un laps de temps qui se prolonge jusqu'à l'arrivée de certaines autres circonstances. À mon avis, compte tenu du contexte global du par. 28(2), une période peut être mesurée tant en fonction de dates qu'en fonction d'événements.

Dans la mesure où il est déterminable, le point d'expiration d'un permis n'a pas besoin d'être défini en fonction d'une date spécifique. La seule exigence est que la fin de la période soit déterminable et qu'elle ne constitue pas une concession à perpétuité. En l'espèce, il y a expiration du permis lorsque la servitude n'est plus requise pour la transmission d'énergie.

Il est possible qu'un droit concédé à perpétuité présente l'apparence d'une période définie. Ainsi, un droit de passage censé durer tant que brillera le soleil et que couleront les rivières serait de toute évidence une expression suspecte, visant à fixer une période perpétuelle tout en lui donnant l'apparence d'un événement déterminable. Il pourrait également y avoir concession d'un droit de passage dont le terme est fonction d'un événement si lointain et si incertain qu'il s'agirait, en fait, d'une période perpétuelle. Chaque cas serait une question de fait.

D. *Interaction de l'art. 37 avec le par. 28(2)*

La Bande appelante soutient que le présent droit de passage, potentiellement de longue durée, aurait dû être accordé par voie de cession à la Couronne, conformément à l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*:

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

Le présent pourvoi porte sur des terres d'une réserve et non sur des terres à l'égard desquelles un titre «traditionnel» ou ancestral est revendiqué. Dans *Bande indienne de la rivière Blueberry c.*

Affairs and Northern Development), [1995] 4 S.C.R. 344, McLachlin I. described Indian title in a reserve as being an incorporeal, personal right of perpetual usufruct. See also *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), at p. 54, *per* Lord Watson; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554. It specifically does not include either the beneficial or legal fee simple:

- The Bands do not have the fee in the lands; their interest is a limited one. But it is an interest which cannot be derogated from or interfered with by the Crown's utilization of the land for purposes incompatible with the Indian title unless, of course, the Indians agree.

(*Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 349, *per* Wilson J.)

Dickson J. (as he then was) described in *Guerin* (at p. 382) the Indians' interest as

a legal right to occupy and possess certain lands, the ultimate title to which is in the Crown. While their interest does not, strictly speaking, amount to beneficial ownership, neither is its nature completely exhausted by the concept of a personal right.

Dickson J. then went on to state that the Indian interest in land is personal in the sense that the Indian band itself is prohibited from directly transferring its interest to a third party. The general inalienability of the Indians' interest is the most salient feature of the *sui generis* interest (at p. 365):

Generally, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the Band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

Any sale or lease of land to a third party can only be carried out after a surrender has taken place, with the Crown then acting on the band's behalf to effectuate the transfer to third parties. The Crown prior to the surrender holds the fee simple to the land subject to the Indians' *sui*

Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1995] 4 R.C.S. 344, le juge McLachlin a décrit le titre indien sur une réserve comme étant un droit d'usufruit perpétuel, incorporel et personnel. Voir aussi *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.), à la p. 54, lord Watson; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554. De façon plus précise, ce droit n'inclut ni droit de propriété à titre bénéficiaire ni droit de propriété absolu en common law:

Les bandes n'ont pas la propriété absolue des terres; leur droit est limité. C'est cependant un droit auquel Sa Majesté ne peut porter atteinte ou qu'elle ne peut diminuer par l'utilisation des terres à des fins incompatibles avec le titre indien, à moins évidemment que les Indiens y consentent

(*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 349, le juge Wilson.)

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a décrit, dans *Guerin* (à la p. 382), le droit des Indiens sur les terres d'une réserve comme étant

le droit, en *common law*, d'occuper et de posséder certaines terres dont le titre de propriété est finalement détenu par Sa Majesté. Bien que leur droit n'équivaille pas, à proprement parler, à un droit de propriété à titre bénéficiaire, sa nature n'est pas définie complètement par la notion d'un droit personnel.

Le juge Dickson a poursuivi en affirmant que le droit des Indiens sur les terres est personnel, en ce sens qu'il est interdit à la bande indienne elle-même de le transférer directement à un tiers. L'inaliénabilité générale du droit des Indiens est la caractéristique la plus marquante de ce droit *sui generis* (à la p. 365):

De manière générale, les terres d'une réserve ne doivent être vendues, aliénées ou louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

La vente ou la location de terres à un tiers ne peuvent être réalisées qu'après une cession, la Couronne agissant alors pour le compte de la bande dans le cadre du transfert à ce tiers. Avant la cession, la Couronne détient le titre en fief simple sur les terres, sous réserve du droit *sui generis* des

generis interest. When a band surrenders land, or more correctly, its *sui generis* interest in land, to the Crown, the band's interest is said to merge in the fee held by the Crown. The Crown then holds the land free of the Indian interest. The Crown has a broad discretion in dealing with surrendered land but it is subject to an equitable obligation to deal with the land for the benefit of the Indians and subject to the terms of the surrender from the band: *Guerin, supra*, at pp. 353-54, *per* Wilson J., and at p. 385, *per* Dickson J.

Indiens. Lorsqu'une bande cède à la Couronne des terres ou, plus correctement, son droit *sui generis* sur des terres, on dit que le droit de la bande se fond au fief détenu par la Couronne. Celle-ci détient alors les terres, libres du titre indien. La Couronne détient un large pouvoir discrétionnaire relativement aux terres cédées, mais elle est assujettie à une obligation en *equity*, soit celle d'agir au profit des Indiens dans les opérations concernant les terres et conformément aux conditions de la cession consentie par la bande: *Guerin*, précité, aux pp. 353 et 354, le juge Wilson, et à la p. 385, le juge Dickson.

40 Surrenders may be absolute or qualified, conditional or unconditional. *Smith, supra*, at p. 568, makes clear that upon unconditional and absolute surrender the Indians' rights in the land disappear. However, surrenders may also release only partially or temporarily the interest of the Indians. The point here is that surrenders are required as a general rule not only when the Indian band is releasing all its interest in the reserve forever, but whenever any interest is given up for any duration of time. Indeed, this has been recognized by the jurisprudence of this Court:

That there can be a partial surrender of the "personal and usufructuary rights" which the Indians enjoy is confirmed by the *St. Catherine's Milling Company Limited v. The Queen* [(1888), 14 App. Cas. 46], in which there was retained the privilege of hunting and fishing; and I see no distinction in principle, certainly in view of the nature of the interest held by the Indians and the object of the legislation, between a surrender of a portion of rights for all time and a surrender of all rights for a limited time.

(*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, at p. 219, *per* Rand J.)

Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition. L'arrêt *Smith*, précité, à la p. 568, établit clairement qu'une cession sans condition éteint les droits des Indiens sur les terres. Cependant, une cession peut également n'écarter que partiellement ou temporairement les droits des Indiens. Il faut comprendre qu'une cession est en règle générale nécessaire, non seulement lorsque la bande indienne cède à jamais tous ses droits dans la réserve, mais aussi lorsqu'un droit est abandonné pour un certain temps. De fait, notre Cour a reconnu ce fait dans sa jurisprudence:

[TRADUCTION] La possibilité d'une cession partielle des «droits personnels et usufruitaires» dont jouissent les Indiens est confirmée dans l'arrêt *St. Catherine's Milling Company Limited c. La Reine*, [(1888), 14 App. Cas. 46], où le privilège de chasser et de pêcher était conservé; et je ne vois aucune distinction, du point de vue des principes, compte tenu surtout de la nature du droit détenu par les Indiens et de l'objet de la loi, entre la cession d'une partie des droits pour toujours et la cession de tous les droits pour une période limitée.

(*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211, à la p. 219, le juge Rand.)

41 That this is so is apparent from the face of s. 37. Section 37 is not restricted to sales or complete alienation of lands in a reserve from the Crown to third parties. Leases or other dispositions of "lands in a reserve" also require a surrender by the Indians of their interest to the Crown. Section 38 elaborates what exactly may be surrendered to the Crown:

Le fait qu'il en soit ainsi est apparent à la lecture de l'art. 37. Cet article ne vise pas seulement la vente ou l'aliénation complète à des tiers, par la Couronne, de terres dans une réserve. La location ou toute autre disposition de «terres dans une réserve» exigent aussi que les Indiens cèdent leurs droits à la Couronne. L'article 38 précise ce qui peut être cédé à la Couronne:

38. (1) A band may surrender to Her Majesty any right or interest of the band and its members in a reserve.

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

Section 38 provides that "any right or interest of the band and its members" in a reserve may be surrendered, obviously in reference to s. 37. The bundle of rights which may be surrendered is "any right or interest" in a reserve. Section 35, the expropriation power, specifies that the right to expropriate may similarly be exercised "in relation to lands in a reserve or any interest therein".

Also apparent on the face of s. 37 from the qualification at the beginning of s. 37 is the legislative intention that it operate in conjunction with and subject to other provisions of the *Indian Act*. There is in this qualification an express recognition that other provisions of the *Indian Act* also deal with sales, alienations, leases or other dispositions of lands in a reserve.

For example, there are exceptions to the general rule against alienation in the provisions of s. 58. In the *Indian Act* as it stood in 1959, ss. 58(1)(b) and 58(4)(b), respectively, allow the Minister with the consent of band council to grant to non-band members leases for agricultural or grazing purposes or permits to dispose of sand, gravel, clay and other non-metallic substances on or under reserve land. In the case of sand, gravel, clay and other non-metallic substances, the Minister may issue temporary one-time permits without the consent of band council, but these are renewable only with the approval of band council. The granting of land for agricultural purposes must envisage the possibility of a use or occupation by a non-band member to the complete exclusion of use by a band member and the permanent taking of the *fructus*. Also, in the case of taking of non-metallic substances, s. 58

38. (1) Une bande peut abandonner à Sa Majesté tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres dans une réserve.

(2) Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

Aux termes de l'art. 38, «tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres» dans une réserve peut-être abandonné, ce qui renvoie de toute évidence à l'art. 37. L'ensemble de droits qui peuvent être cédés est tout «droit ou intérêt» dans une réserve. L'article 35, qui établit le pouvoir d'expropriation, précise que le droit d'exproprier peut être exercé de façon analogue «relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent».

Il ressort en outre clairement de la réserve énoncée au début de l'art. 37 que le législateur entendait que cet article soit appliqué en corrélation avec les autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* et sous réserve de celles-ci. Cette réserve reconnaît expressément que d'autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* portent également sur la vente, l'aliénation, la location ou tout autre disposition de terres situées dans une réserve.

Par exemple, l'art. 58 prévoit des exceptions à la règle générale concernant l'interdiction d'aliénation. Dans le texte de la *Loi sur les Indiens* en vigueur en 1959, les al. 58(1)fc) et 58(4)b), respectivement, autorisaient le ministre, du consentement du conseil de la bande, à louer à des particuliers des terrains à des fins de culture ou de pâturage ou à disposer du sable, du gravier, de la glaise et des autres substances non métalliques se trouvant sur les terres d'une réserve ou dans le sous-sol de celle-ci. Dans le cas du sable, du gravier, de la glaise et des autres substances non métalliques, le ministre peut, sans le consentement de la bande, délivrer des permis temporaires, mais ceux-ci ne sont renouvelables qu'avec le consentement du conseil de la bande. Dans le cadre de la location de terres à des fins de culture, il faut envisager la possibilité que l'utilisation ou l'occupation par un non-membre de la bande ait pour effet d'en exclure complètement l'utilisation par un membre de la bande, et d'entraîner la jouissance des fruits de cette culture en permanence. De plus, dans le cas

42

43

contemplates a permanent disposition of what was part and parcel of reserve land.

45 Not only do the exceptions demonstrate that there is a certain overlap between them and the general rule in s. 37, but the exceptions also overlap each other. The overlap between s. 58 and s. 28(2) was recognised in *The Queen v. Devereux*, [1965] S.C.R. 567, at p. 572, where the lessor was an individual band member acting without consent of the band council. Judson J. held that there were two ways in which the defendant (non-Indian) in the case could have been in lawful possession of the land. It could have been either leased under s. 58(3) for the benefit of an Indian or occupied by permit under s. 28(2).

46 The practice of the Minister demonstrates that in his view, some sections of the *Indian Act* could be used interchangeably depending on the circumstances. The Agreed Statement of Facts dated May 16, 1996, illustrates that the practice which occurred in Canada after the 1956 amendments to the *Indian Act* was to grant power line rights-of-way across reserve lands both by way of surrender and conveyance (s. 37), expropriation (s. 35) and by permit (s. 28(2)).

47 The appellants argued that since the permit granted rights in perpetuity, this constituted a disposition of land made in violation of s. 37. Based on my earlier conclusion that the permit is not for perpetuity, s. 37 does not apply, at least not for the reason given by the appellants.

48 The question is whether the permit was properly granted under s. 28(2). Perhaps the easement in the permit could have been granted under s. 37, but that section must be read subject to other provisions in the *Indian Act*. The proper question is to decide the circumstances in which s. 28(2) could

des substances non métalliques, l'art. 58 prévoit qu'il peut y avoir disposition permanente de ce qui faisait partie des terres de la réserve.

L'examen des exceptions démontre non seulement l'existence d'un certain chevauchement entre celles-ci et la règle générale établie à l'art. 37, mais aussi un chevauchement entre les exceptions elles-mêmes. Le chevauchement entre l'art. 58 et le par. 28(2) a été reconnu dans *The Queen c. Devereux*, [1965] R.C.S. 567, à la p. 572, où le locateur était un membre d'une bande qui avait agi sans le consentement du conseil de la bande. Le juge Judson a conclu qu'il y avait deux situations où le défendeur (un non-Indien) aurait pu être en possession légitime de la terre: celle-ci aurait pu être louée au profit d'un Indien en vertu du par. 58(3) ou occupée en vertu d'un permis accordé en application du par. 28(2).

La pratique suivie par le ministre démontre que ce dernier est d'avis que certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* peuvent être utilisées de façon interchangeable, selon les circonstances. Il ressort de l'exposé conjoint des faits daté du 16 mai 1996 que, à la suite des modifications apportées en 1956 à la *Loi sur les Indiens*, la pratique au Canada était de conférer des droits de passage pour les lignes de transmission d'énergie à travers les terres des réserves par cession et transfert (art. 37), par expropriation (art. 35) et par permis (par. 28(2)).

Les appelants ont plaidé que, comme le permis accordait des droits à perpétuité, il s'agissait d'une disposition de terres faite en violation de l'art. 37. Puisque j'ai déjà conclu que le permis n'a pas été conféré à perpétuité, l'art. 37 ne s'applique pas, tout au moins pas pour la raison invoquée par les appelants.

La question est de savoir si le permis a été accordé à bon droit en vertu du par. 28(2). Peut-être que la servitude constituée par le permis aurait pu être accordée en vertu de l'art. 37, mais cet article doit être lu en corrélation avec les autres dispositions de la *Loi sur les Indiens*. La question à laquelle il faut répondre est plutôt de déterminer dans quelles circonstances le par. 28(2) ne peut

not apply, the default provision being the general rule in s. 37 against alienation without a surrender.

In my view, s. 28(2) cannot apply any time a portion of the Indian interest in any portion of reserve land is permanently disposed of. For example, before permission to extract minerals in a reserve is granted by the Minister, surrender is required. I would note that this would be true whether the right to exploit and extract minerals were granted forever or for limited duration under a lease. For example, the mineral rights could well be disposed of under a document entitled a "lease". One must always look to the true nature of the rights granted. Even if the right to extract were granted only temporarily under the lease, in fact such a grant would forever deprive the band of a resource which formed part of the reserve. Surrender of mineral rights has been required under successive *Indian Acts* before disposition thereof to third parties. However, exception was made of this during some 30 years in the First half of this century when the Superintendent General of Indian Affairs was empowered to issue leases to third parties without any form of band consent: *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1919, c. 56, s. 1, amending *Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81, s. 48, partially repealed S.C. 1938, c. 31, s. 1, and replaced S.C. 1951, c. 29, s. 57(c). Exceptions for certain non-metallic minerals are provided for in s. 58, as discussed above.

In the instant case, the respondent Hydro was accorded limited rights of occupation and use for an indeterminate but determinable and ascertainable period of time. There was no permanent disposition of any Indian interest. Furthermore, the Band and Hydro were obligated to share the rights of use and occupation of the land, with the limited exceptions of the area of ground giving support to the poles and the air space occupied by the poles. Consequently, the surrender requirement of s. 37

s'appliquer, la disposition applicable par défaut étant la règle générale prévue à l'art. 37, qui interdit l'aliénation de terres n'ayant pas fait l'objet d'une cession.

À mon avis, le par. 28(2) ne s'applique pas dans les cas où il y a disposition permanente des droits des Indiens dans une partie des terres de la réserve. Par exemple, il doit y avoir une cession avant que le ministre n'autorise l'extraction de minéraux dans une réserve. Je tiens à préciser qu'il en serait ainsi et ce, que le droit d'exploiter et d'extraire des minéraux soit conféré à perpétuité ou pour une durée limitée en vertu d'un bail. À titre d'exemple, il pourrait fort bien y avoir disposition de droits miniers en vertu d'un document intitulé «bail». Il faut toujours examiner la véritable nature des droits conférés. Même si le droit d'extraire des minéraux n'était accordé que temporairement en vertu du bail, une telle concession priverait à jamais la bande d'une ressource qui faisait partie de la réserve. Les diverses versions de la *Loi sur les Indiens* ont toujours exigé qu'il y ait une cession des droits miniers avant toute disposition de ceux-ci en faveur de tiers. Cependant, il y a eu une exception à cette règle pendant une trentaine d'années au cours de la première moitié du siècle; le surintendant général des Affaires indiennes était alors habilité à accorder des permis à des tiers sans obtenir d'aucune façon le consentement de la bande visée: *Loi modifiant la Loi des sauvages*, S.C. 1919, ch. 56, art. 1, modifiant la *Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81, art. 48, abrogé en partie par S.C. 1938, ch. 31, an. 1, et remplacé par S.C. 1951, ch. 29, al. 57c). Comme nous l'avons vu, l'art. 58 prévoit des exceptions dans le cas de certaines substances non métalliques.

En l'espèce, l'intimée Hydro a obtenu des droits limités d'occupation et d'utilisation pour une période indéterminée mais par ailleurs déterminable et définissable. Il n'y a pas eu disposition permanente de quelque droit des Indiens. Par ailleurs, la Bande et Hydro étaient obligées de partager les droits d'utilisation et d'occupation des terres, à l'exception des parties du sol soutenant les pylônes et de l'espace aérien occupé par ceux-ci. Par conséquent, l'obligation de cession prévue à l'art. 37

A

does not apply to the present permit and more importantly, no rights exceeding those authorized by s. 28(2) were granted. The indeterminate easement granted on the face of this permit is a disposition of a limited interest in land that does not last forever.

51 Surely it was intended that the band council could at least have the right to grant that type of easement. Surrender involves a serious abdication of the Indian interest in land and gives rise to both a broad discretion and an equally onerous fiduciary obligation on the Crown to deal with the Indian lands thus surrendered. The case law establishes that in the case of an unconditional and absolute surrender the Indian interest in land actually disappears: *Smith, supra*, at p. 568. In the case of a conditional and partial surrender, such as a surrender to lease, *Smith*, at p. 568, left open the question of whether such amounts to another form of use or benefit to the Indians or whether the consequence in law is that the Indians' rights are terminated.

52 The remaining question is whether the grant of rights for an indeterminate period conflicts with the policy of prohibiting use of reserve land by third parties absent approval of the Minister and band. This leads to a consideration of the policy behind the rule of general inalienability. Both the common law and the *Indian Act* guard against the erosion of the native land base through conveyances by individual band members or by any group of members. Government approval, either by way of the Governor in Council (surrender) or that of the Minister, is required to guard against exploitation: *Blueberry River Indian Band, supra*, at p. 370, per McLachlin J.

53 On the other hand, the *Indian Act* also seeks to allow bands a degree of autonomy in managing band resources for commercial advantage in the general interest of the band. Collective consent of the Indians, either in the form of a vote by the

ne s'applique pas au présent permis et, fait plus important encore, aucun droit supérieur à ceux autorisés par le par. 28(2) n'a été accordé. La servitude d'une durée indéterminée, qui, aux termes du permis, a été accordée, constitue une disposition d'un droit foncier limité qui ne dure pas éternellement.

On entendait certainement que le conseil de la bande puisse au moins avoir le droit d'accorder ce type de servitude. Une cession constitue une renonciation sérieuse au droit foncier cédé par les Indiens, et elle amène la Couronne à exercer un vaste pouvoir discrétionnaire et à assumer une obligation de fiduciaire tout aussi lourde à l'égard des terres indiennes ainsi cédées. Dans le cas d'une cession sans condition et absolue, la jurisprudence établit qu'il y a extinction du droit foncier des Indiens: *Smith*, précité, à la p. 568. En cas de cession conditionnelle et partielle, telle une cession pour location, dans *Smith*, à la p. 568, on n'a pas répondu à la question de savoir si une telle cession constitue une autre forme d'utilisation ou de bénéfice pour les Indiens, ou si la conséquence en droit d'une telle cession est l'extinction des droits des Indiens.

Il reste à déterminer si le fait d'accorder des droits pour une période indéterminée est incompatible avec le principe qui interdit l'utilisation des terres d'une réserve par des tiers sans l'approbation du ministre et de la bande visée. Cela nous amène à examiner les principes qui sous-tendent la règle d'inaliénabilité générale. Tant la common law que la *Loi sur les Indiens* visent à prévenir l'érosion de l'assise territoriale des Indiens qu'entraînerait la cession de terres par des membres ou groupes de membres d'une bande. Pour prévenir l'exploitation, le gouvernement doit donner son approbation, que ce soit par l'entremise du gouverneur en conseil (cession) ou du ministre: *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, à la p. 370, le juge McLachlin.

Par contre, la *Loi sur les Indiens* vise aussi à conférer aux bandes une certaine autonomie dans la gestion de leurs ressources, à des fins commerciales, dans l'intérêt général de la bande. Les Indiens doivent donner collectivement leur consen-

band membership (surrender) or by a resolution of the band council, is required to ensure that those affected by the transfer assent to it. The extent to which individual band members participate in the approval process depends on the extent to which the proposed disposition affects individual or communal interests. In the case of sales, dispositions and long-term leases or alienations permanently disposing of any Indian interest in reserve land, surrender is required, involving the vote of all members of the band. On the other hand in the case of rights of use, occupation or residence for a period of longer than one year, only band council approval is required.

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

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

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

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

With the twin policies of autonomy and protection in mind, s. 37 and s. 28(2) reflect that, depending on the nature of the rights granted, different levels of autonomy and protection are accorded. Section 37 demonstrates a high degree of protection, in that the approval of the Governor in Council and the vote of all of the members of the band are required. This indicates that s. 37 applies where significant rights, usually permanent and/or total rights in reserve land are being transferred. On the other hand, under s. 28(2), lesser dispositions are contemplated and the interest transferred must be temporary. It is evident from a review of this permit that it does not violate the

tement, que ce soit par un vote des membres de la bande (cession) ou par une résolution du conseil de la bande, de façon à garantir que les personnes touchées par le transfert y aient consenti. Le degré de participation des divers membres d'une bande au processus d'approbation varie selon que la disposition proposée touche des droits individuels ou collectifs. En cas de vente, de disposition et de location à long terme ou autre aliénation permanente d'un droit des Indiens sur les terres de la réserve, il doit y avoir une cession nécessitant le vote de tous les membres de la bande. Cependant, dans le cas des droits d'utilisation, d'occupation ou de résidence pour une période de plus d'un an, seule l'approbation du conseil de la bande suffit.

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

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

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

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

Tout en gardant à l'esprit ces deux principes d'autonomie et de protection, il convient de préciser que l'art. 37 et le par. 28(2) accordent, selon la nature des droits conférés, différents niveaux d'autonomie et de protection. En effet, l'art. 37 établit un degré élevé de protection en ce qu'il exige à la fois l'approbation du gouverneur en conseil et le vote de tous les membres de la bande. Cela indique que l'art. 37 s'applique lorsque des droits importants sur des terres de réserve, habituellement des droits permanents, complets, ou les deux, sont transférés. À l'opposé, le par. 28(2) vise des dispositions moins importantes, et le droit transféré doit avoir un caractère temporaire. Il ressort clairement

balance between autonomy and protection struck by the *Indian Act*. This is not a case where surrender, with all of its administrative and legal impositions was required in terms of the overall policy of the *Indian Act*.

56 This case was founded on a motion for summary judgment. It was common ground that the consent of the Band council had been given. The record confirms a protracted course of negotiations between the Band and the respondents. The appellants have advanced no claim of unfairness or an uneven bargain in this proceeding for summary judgment. Other legal and factual issues in the circumstances of granting this particular permit, such as the claims of undue influence and breach of fiduciary duty asserted in the appellants' amended statement of claim would require evidence and review at a trial and are not dealt with in this decision.

57 This appeal deals with the narrow issue of whether the permit was an indeterminate or perpetual grant of rights in reserve land and whether the provisions of s. 28(2) to grant indeterminate and limited rights violated the overall scheme of the *Indian Act*. I have concluded that the grant of limited indeterminate rights in reserve land is permissible under s. 28(2) as a question of law. There may be other legal and factual issues in the circumstances of granting this particular permit that require evidence and review at the trial and are not dealt with in this decision.

E. Motion to Strike

58 In addition to the issue of the validity of the permit, the appellants at the hearing brought a motion to strike certain portions of the factum of the interveners B.C. Tel et al. I would allow the motion in

de l'examen du permis en cause qu'il ne rompt pas l'équilibre établie par la *Loi sur les Indiens* en matière d'autonomie et de protection. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où, compte tenu de la politique générale établie par la *Loi sur les Indiens*, il fallait effectuer une cession, avec toutes ses formalités administratives et juridiques.

Le présent pourvoi repose sur une requête en jugement sommaire. Il est notoire que le conseil de la Bande avait donné son consentement. Le dossier confirme qu'il y a eu de longues négociations entre la Bande et les intimées. Les appelants n'ont pas, dans le cadre de la procédure en jugement sommaire, plaidé l'existence d'une injustice ou d'un marchandage inégal. D'autres questions de fait et droit concernant les circonstances de la délivrance du permis en cause, telles les prétentions d'influence indue et de manquement à l'obligation de fiduciaire plaidées par les appelants dans leur déclaration modifiée, exigent que l'on présente des éléments de preuve à leur égard et qu'on les examine dans le cadre d'un procès, et elles ne sont pas étudiées dans la présente décision.

Le présent pourvoi concerne la question restreinte de savoir si le permis avait pour effet de concéder, pour une durée indéterminée ou à perpétuité, des droits sur les terres de la réserve, et si les dispositions du par. 28(2) qui permettent de conférer des droits limités pour une durée indéterminée contreviennent au régime général établi par la *Loi sur les Indiens*. J'ai conclu que, en droit, le par. 28(2) permet d'accorder des droits limités pour une durée indéterminée sur des terres situées dans une réserve. Il est possible que d'autres questions de droit et de fait concernant les circonstances de la délivrance du permis en cause, qui ne sont pas étudiées dans la présente décision, exigent que l'on présente des éléments de preuve à leur égard et qu'on les examine dans le cadre d'un procès.

E. La requête en radiation

À l'audience, en plus de soulever la question de la validité du permis, les appelants ont présenté une requête en radiation de certaines parties du mémoire des intervenants B.C. Tel et autres. Je

part, striking out the last sentence of paragraph 24 of the factum only. The balance of the unproven factual assertions made by these interveners in their factum are issues better left to the trial judge if the matter goes to trial.

IV. Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Cory and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) —

I

The Opetchesaht people are an Indian band living on Vancouver Island in British Columbia. Like many of Canada's aboriginal peoples, they live on land which the government "reserved" for them many years ago. The reserve is the home of the Opetchesaht people, past, present and future. As such, it cannot be sold like private land. The *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149 (now R.S.C., 1985, c. 1-5), restricts the way reserve lands may be dealt with to the end of ensuring that they are preserved for the people and their descendants.

In 1959 the Crown and the band concluded an agreement with British Columbia Hydro giving Hydro the right to run an electrical transmission line across the Opetchesaht reserve. Pursuant to this agreement, the Crown with the agreement of the band council issued a permit to Hydro under s. 28(2) of the *Indian Act*. The permit gave Hydro "the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line" and to occupy the portions of the surface of the reserve where poles were erected and the air space where wires were strung "for such period of time as the said right-of-way is required for the purpose of an electric power transmission line".

suis d'avis d'accueillir cette requête en partie et d'annuler seulement la dernière phrase du paragraphe 24 du mémoire. Il est préférable, si cette affaire donne lieu à un procès, de laisser au juge qui le présidera le soin de statuer sur le reste des allégations non prouvées faites par ces intervenants dans leur mémoire.

IV. Le dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Cory et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) —

I

Les Opetchesaht sont une bande indienne qui vit sur l'île de Vancouver, en Colombie-Britannique. À l'instar de nombreux autres autochtones du Canada, les Opetchesaht vivent sur des terres que le gouvernement leur a «réservées» il y a de nombreuses années. Cette réserve est leur foyer passé, présent et futur. À ce titre, elle ne peut être vendue comme une terre privée. Dans le but d'assurer leur préservation pour leurs occupants et leurs descendants, la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 1-5), limite les actes qui peuvent être accomplis à l'égard des terres constituant une réserve.

En 1959, la Couronne et la bande ont conclu avec British Columbia Hydro («Hydro») un accord donnant à Hydro le droit de faire passer une ligne de transmission d'énergie électrique à travers la réserve des Opetchesaht. Conformément à cet accord, la Couronne, avec l'assentiment du conseil de la bande, a délivré un permis en vertu du par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*. Ce permis accordait à Hydro [TRADUCTION] «le droit de construire, d'exploiter et d'entretenir une ligne de transmission d'énergie électrique» et d'occuper les parties de la surface de la réserve où les pylônes étaient érigés ainsi que l'espace aérien où étaient tendus les fils «pendant la période où le droit de passage est requis pour les fins de la ligne de transmission d'énergie électrique».

59

60

61

62 Almost four decades later, the Opetchesaht people find they need to use Hydro's right-of-way to provide a private band road, a reservoir access road and a drainage ditch for the benefit of the people now occupying the reserve. They can do none of these things because the permit prohibits them. This led the band to re-examine how the permit came to be issued. They came to the conclusion that it was wrongly issued; the required procedure, in their view, was surrender and alienation under s. 37 of the *Indian Act*, a process of formality and deliberation requiring the consent of the band membership. They brought this action, seeking a declaration that the permit was void and an order for possession of the right-of-way and damages for trespass. The matter proceeded summarily on a question of law. The trial judge ruled in favour of the Opetchesaht band. The British Columbia Court of Appeal ruled against them. The band appealed to this Court.

63 The issue is one of importance for the Opetchesaht people, who want to use the land bound by the permit for new needs. But its significance extends much further. At stake is an issue of importance to all bands with reserve lands: the conditions limiting how and when Indian peoples can sell, lease or otherwise dispose of their lands and interests in those lands in ways that bind future generations.

64 My colleague Major J. concludes that Indian bands may dispose of interests in land for indefinite periods spanning many generations with only the consent of the Minister and the current band council. With great respect, I cannot agree. In my view, an interest in band lands such as the one here at issue, possessing as it does the potential to continue in perpetuity, can only be removed from the

Presque quatre décennies plus tard, les Opetchesaht constatent qu'ils ont besoin d'utiliser l'emprise d'Hydro pour construire une route privée pour la bande, une route d'accès à un réservoir et un fossé de drainage à l'intention des occupants actuels de la réserve. Ils ne peuvent réaliser aucun de ces aménagements car le permis le leur interdit. Cette situation a amené la bande à réexaminer les circonstances ayant entraîné la délivrance du permis. Elle est arrivée à la conclusion que ce permis avait été délivré à tort. De l'avis de la bande, la procédure qui aurait dû être suivie était une cession suivie d'une aliénation en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*, procédure comportant le respect de certaines formalités et la tenue de délibérations, et exigeant le consentement des membres de la bande. La bande a intenté la présente action, sollicitant un jugement déclaratoire portant que le permis était nul, une ordonnance de mise en possession de l'emprise ainsi que des dommages-intérêts pour intrusion. L'affaire a été décidée sommairement sur une question de droit. Le juge de première instance a donné gain de cause à la bande des Opetchesaht. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est prononcée contre la bande, qui se pourvoit devant notre Cour.

Il s'agit d'une question importante pour les Opetchesaht, qui désirent utiliser les terres visées par le permis pour répondre à des besoins nouveaux. Cependant, l'importance de cette question va beaucoup plus loin. En effet, le présent pourvoi soulève une question importante pour toutes les bandes ayant des terres de réserve: quelles sont les conditions limitant les circonstances et les modalités suivant lesquelles les Indiens peuvent, d'une manière ayant pour effet de lier les générations futures, vendre, louer ou aliéner de quelque autre façon leurs terres et leurs intérêts dans ces terres.

Mon collègue le juge Major conclut que des bandes indiennes peuvent, du seul consentement du ministre et du conseil de bande en place, céder leurs intérêts dans des terres pour des périodes de durée indéterminée, couvrant de nombreuses générations. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette conclusion. À mon avis, un intérêt dans les terres de la bande, tel celui dont il est question en

band by the formal process of expropriation under s. 35 or by surrender and alienation with the consent of the entire band membership under s. 37 of the *Indian Act*.

II

The inquiry must begin with a review of the provisions of the *Indian Act* which govern the way Indian bands may deal with their lands. The general rule is set out in s. 37, which provides that reserve lands can only be disposed of by surrender to the Crown:

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, «lienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

The surrender must be by the band, not its council, and may be absolute, qualified, conditional or unconditional:

38. (1) A band may surrender to Her Majesty any right or interest of the band and its members in a reserve.

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

Surrender is a formal process, accompanied by a formal vote by band members and other safeguards to ensure that the people understand and consent to the proposed alienation.

The *Indian Act* also provides for expropriation. This is also a formal process requiring the consent, not only of the Minister, but of the Governor in Council of Canada.

35. (1) Where by an Act of the Parliament of Canada or a provincial legislature Her Majesty in right of a province, a municipal or local authority or a corporation is empowered to take or to use lands or any interest therein without the consent of the owner, the power

l'espèce, qui est susceptible d'exister à perpétuité, ne peut être enlevé à la bande que par la procédure formelle d'expropriation prévue à l'art. 35 ou par voie de cession et d'aliénation accomplies avec le consentement de l'ensemble des membres de la bande en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*.

II

L'analyse doit commencer par un examen des dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui régissent les actes que peuvent accomplir les bandes indiennes à l'égard de leurs terres. La règle générale est énoncée à l'art. 37, qui indique qu'il ne peut être disposé des terres situées dans une réserve que par voie de cession à la Couronne.

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

La cession, qui doit être effectuée par la bande et non par son conseil, peut être absolue, restreinte, conditionnelle ou sans condition:

38. (1) Une bande peut abandonner à Sa Majesté tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres dans une réserve.

(2) Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

Une cession est une procédure formelle qui donne lieu, d'une part, à un vote officiel par les membres de la bande, et qui comporte, d'autre part, d'autres mesures destinées à garantir que les intéressés comprennent l'aliénation proposée et y consentent.

La *Loi sur les Indiens* établit également une procédure d'expropriation. Il s'agit là aussi d'une procédure formelle exigeant non seulement le consentement du ministre, mais également celui du gouverneur en conseil.

35. (1) Lorsque, par une loi du Parlement du Canada ou d'une législature provinciale, Sa Majesté du chef d'une province, une autorité municipale ou locale, ou une corporation, a le pouvoir de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement

may, with the consent of the Governor in Council and subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council, be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein.

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

67

The provisions for surrender and expropriation in the *Indian Act* may be contrasted with two provisions for dealing with reserve lands involving no formalities except the consent of the Minister and the band council. Section 58 permits the Minister with consent of the band council to enter into arrangement for exploitation of the land for agriculture, timber and non-mineral substances. Section 28, at the heart of this appeal, permits the Minister with the consent of the band council to authorize persons to "occupy", "use", "reside on" or "otherwise exercise rights on a reserve".

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

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

68

The issue on appeal is whether this section can be used to convey a right-of-way on reserve land for "such period of time as [it] is required for the purpose of an electric power transmission line". Can an alienation of reserve land as permanent as this be made simply by the Minister with the consent of the current band council? Or, absent expropriation, must the consent of the band membership

du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu'il est loisible à ce dernier de prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent

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

D est possible de comparer les dispositions en matière de cession et d'expropriation de la *Loi sur les Indiens* avec deux dispositions régissant l'utilisation des terres qui ne nécessitent aucune formalité, si ce n'est l'obtention du consentement du ministre et du conseil de la bande. L'article 58 permet au ministre, avec le consentement du conseil de la bande, de conclure une entente pour l'exploitation de terres à des fins de culture, de coupe de bois et d'exploitation de substances non minérales. L'article 28, disposition qui est au cœur du présent pourvoi, permet au ministre, avec le consentement du conseil de la bande, d'autoriser des personnes à «utiliser une réserve», à l'«occuper» et à «résider ou autrement exercer des droits sur une réserve».

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

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

La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si cette disposition peut être utilisée pour conférer un droit de passage sur une réserve [TRANSLATION] «pendant la période où le droit de passage est requis pour les fins de la ligne de transmission d'énergie électrique». Une aliénation de terres d'une réserve ayant un caractère aussi permanent que celle en cause peut-elle être faite simplement par le ministre avec le consentement du conseil de bande en place? Ou, en l'absence d'ex-

as a whole be obtained through the formal process mandated by s. 37 of the *Indian Act*!

m

I turn first to the duration of the right granted by the permit. I agree with Major J. that the easement or right-of-way was granted for an indeterminate period. As he states, "[i]t was not known in 1959 nor is it now known exactly when the rights will terminate" (para. 26). I also agree that the easement will terminate when Hydro no longer requires it for a transmission line. Major J. goes on to argue that the term is not "perpetual" in the sense of being totally within Hydro's control. I am also prepared to agree with this assertion, if "perpetual" is intended in the sense of a span of time which we may predict with certainty will never end.

At the same time, however, it must be acknowledged that the easement has the potential to continue forever (or at least until the world ends and its continuance becomes academic). In terms relevant to the concerns of the Opetchesaht people, it shows every promise of binding not only the current generation which never agreed to it, but many generations to come. The permit may without exaggeration be characterized as an alienation of reserve lands for an indefinite period, a period which has the potential to extend to future generations of the Opetchesaht people for as far forward as we can see. Is this, we must ask, the type of disposition Parliament intended to allow under the summary procedures of s. 28(2) of the *Indian Act* upon agreement between the Minister and the current band council? Or is it the sort of alienation of interest in land which Parliament sought to safeguard by the surrender and transfer provisions of s. 37 of the *Act*?

propriation, faut-il obtenir le consentement de l'ensemble des membres de la bande au moyen de la procédure formelle prévue à l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens*!

m

Je vais tout d'abord examiner la durée du droit conféré par le permis. Je suis d'accord avec le juge Major que la servitude ou le droit de passage a été accordé pour une période indéterminée. Comme l'affirme le juge Major, «[o]n ne savait pas exactement en 1959, pas plus qu'aujourd'hui d'ailleurs, quand les droits prendront fin» (par. 26). Je conviens aussi avec lui que la servitude prendra fin lorsque Hydro n'en aura plus besoin pour la ligne de transmission. Le juge Major poursuit en disant qu'il s'agit d'une période qui n'a pas un caractère «perpétuel», en ce sens qu'elle dépendrait purement de la volonté d'Hydro. Je suis également disposée à souscrire à cette affirmation, si le mot «perpétuel» est employé au sens d'un laps de temps dont nous pouvons prédire avec certitude qu'il ne prendra jamais fin.

69

Cependant, il faut en même temps reconnaître que la servitude est susceptible de continuer à exister à jamais (ou tout au moins jusqu'à la fin du monde, auquel cas sa continuité devient théorique). Pour exprimer la situation en fonction des préoccupations des Opetchesaht, la servitude liera selon toute probabilité non seulement la génération actuelle, qui n'y a jamais consenti, mais de nombreuses générations à venir. Le permis peut, sans exagération, être qualifié d'aliénation de terres d'une réserve pour une période indéterminée, susceptible de toucher des générations futures des Opetchesaht, pendant aussi longtemps qu'il est possible de l'imaginer. Il convient de se demander si c'est le type de disposition dont le Parlement entendait autoriser la réalisation, en vertu des procédures sommaires prévues au par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*, sur accord entre le ministre et le conseil de bande en place. Ou s'agit-il plutôt du type d'aliénation d'un intérêt dans des terres que le législateur fédéral a cherché à assujettir aux mesures de protection établies par les dispositions en matière de cession et de transfert prévues à l'art. 37 de la *Loi*?

70

71

The fact that the band can still use the land in many ways cannot be determinative. The fact is, the band cannot use it in ways it deems important to the welfare of the current generation. It cannot build houses on the land and it cannot put roads or a reservoir on the land. And the problem transcends the needs of this generation. Doubtless future generations of band members will have their own needs and their own proposals for the use of the land. If the respondents are right, the future generations will be precluded from doing so by a decision made by a temporary band council and a minister decades, not inconceivably centuries, before.

IV

72

This case turns on the interpretation of the *Indian Act*. It therefore behoves us to review the principles of statutory interpretation that should guide us.

General Principles Governing the Construction of Statutes

73

This Court has recently affirmed that the process of statutory interpretation requires that the intention of Parliament be ascertained first by considering the plain meaning of the words used in the statute, and has determined that where "the words used in a statute are clear and unambiguous, no further step is needed to identify the intention of Parliament" (*R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624, at p. 630; *Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1992] 1 S.C.R. 385, at p. 399).

74

However, s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. 1-21, is equally clear that a legislative enactment "shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects". Thus, it is apparent that a court should only be satisfied with the plain meaning of a statute where that meaning is clear and consistent with a purposive reading of the statute as a whole. Where the plain meaning is ambigu-

Le fait que la bande peut encore utiliser les terres de nombreuses façons ne saurait être déterminant. En effet, le fait est que la bande ne peut les utiliser de certaines façons qu'elle considère importantes pour le bien-être de la génération actuelle. Elle ne peut y construire de maisons ou y aménager des routes ou un réservoir. En outre, le problème transcende les besoins de la génération actuelle. Il ne fait aucun doute que les générations futures de la bande auront leurs propres besoins et leurs propres projets pour l'utilisation des terres. Si les intimées ont raison, ces générations futures seront empêchées de faire quoi que ce soit par suite d'une décision qui aura été prise par un conseil de bande temporaire et par un ministre des décennies, voire des siècles auparavant.

IV

Le présent pourvoi porte sur l'interprétation de la *Loi sur les Indiens*. Il nous appartient donc d'examiner les principes d'interprétation législative qui doivent nous guider.

Les principes généraux régissant l'interprétation des lois

Notre Cour a récemment confirmé que, dans l'interprétation d'un texte de loi, il faut d'abord dégager l'intention du législateur en donnant aux mots utilisés dans la loi leur sens ordinaire, et elle a statué que, lorsque «le texte de la loi est clair et sans ambiguïté, aucune autre démarche n'est nécessaire pour établir l'intention du législateur» (*R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624, à la p. 630; *Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1992] 1 R.C.S. 385, à la p. 399).

Cependant, l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. 1-21, établit en outre clairement que tout texte «s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet». En conséquence, il est manifeste qu'un tribunal ne devrait retenir le sens ordinaire des mots d'une loi que si cette interprétation est claire et compatible avec l'objet de celle-ci, dégagé de la lecture du texte dans son ensem-

uous, unclear or uncertain in scope, more is required.

Driedger on the Construction of Statutes (3rd éd. 1994), by R. Sullivan, at p. 131, surveys the terrain of statutory interpretation and condenses it into one "modern" rule: that courts must interpret legislation "in its total context, having regard to the purpose of the legislation, the consequences of its proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids", in order to further the achievement of the legislative purpose and to attain an outcome that is reasonable and just.

Construction of Statutes Relating to Indians

In interpreting statutes relating to Indians, ambiguities and "doubtful expressions" should be resolved in favour of the Indians: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. As La Forest J. stated in *Mitchell*, "in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them" (p. 143).

It is also important to note that this *Nowegijick* principle applies equally to cases in which third parties are involved. In *Mitchell* at p. 99, Dickson C.J., in concurring reasons which were not contradicted on this point, rejected the suggestion that the principle should be limited to cases involving solely the Crown and native peoples, stating that "[i]t is Canadian society at large which bears the historical burden of the current situation of native peoples and, as a result, the liberal interpretative approach applies to any statute relating to Indians, even if the relationship thereby affected is a private one."

ble. Lorsque le sens ordinaire présente des ambiguïtés, qu'il n'est pas clair ou que sa portée est incertaine, il faut pousser plus loin l'interprétation.

Dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), de R. Sullivan, à la p. 131, on examine le champ de l'interprétation législative et on le condense en une règle «moderne»: les tribunaux sont tenus d'interpréter un texte législatif [TRADUCTION] «dans son contexte global, en tenant compte de l'objet du texte en question, des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des sources acceptables d'aide extérieure», dans le but de favoriser la réalisation de l'objet du texte de loi et d'obtenir un résultat qui soit juste et raisonnable.

L'interprétation des lois relatives aux Indiens

Dans l'interprétation des lois relatives aux Indiens, toute «ambiguïté» doit profiter aux Indiens: *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. Comme l'a affirmé le juge La Forest dans *Mitchell*, «dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger» (p. 143).

Il est également important de souligner que le principe énoncé dans *Nowegijick* s'applique également dans les affaires mettant en cause des tiers. Dans l'arrêt *Mitchell*, à la p. 99, le juge en chef Dickson a, dans des motifs concourants qui n'ont pas été contredits sur ce point, rejeté l'argument voulant que l'application de ce principe devrait être limitée aux affaires mettant en cause seulement la Couronne et des peuples autochtones, affirmant que «[c]est la société canadienne dans son ensemble qui porte le fardeau historique de la situation actuelle des peuples autochtones et, par conséquent, l'interprétation libérale s'applique à toute loi visant les Indiens, même si les rapports touchés par ce moyen sont de nature privée.»

75

76

77

78 This brings us to the issue at the heart of this case: does the phrase "any longer period" encompass an indefinite and potentially interminable conveyance of an interest in reserve lands?

79 The respondents' argument may be stated syllogistically. The word "period" denotes a length of time bounded by the happening of an event which is certain or capable of being ascertained. In this case, the permit is for a period bounded by the end of Hydro's need for the easement for a power line; an event which is capable of being ascertained, if and when it ever occurs. Therefore the permit in question defines a "period" falling within the phrase "any longer period" in s. 28(2). It follows that the permit was validly granted under s. 28(2). Major J. accepts this argument and uses it as the principal plank in his disposition of the case.

80 The defect of this argument, with respect, is that it fails to consider the context and purpose of the section of the *Indian Act* being construed. Its major premise is informed exclusively by abstract dictionary definitions. But, as the principles of construction explored above suggest, dictionary or "plain" meanings suffice only where they are clear and consistent with a purposive reading of the statute as a whole. Every statute must be given such fair, large and liberal construction as best ensures the attainment of its objects. Nowhere is this more important than in statutes dealing with the rights of Indian peoples. When read in the context of the purpose of the Act, what seems at first blush to be a "plain meaning" may be revealed as not so plain after all. Ambiguities may appear, bringing into play subsidiary rules like the principle that in interpreting statutes relating to Indians, ambiguities and doubtful expressions should be resolved in favour of the Indians.

Cela nous amène à la question qui est au cœur du présent pourvoi: est-ce que l'expression «pour toute période plus longue» vise une cession, pour une durée indéterminée et potentiellement infinie, d'un droit dans les terres de la réserve?

L'argument des intimées peut être formulé de façon syllogistique. Le mot «période» évoque un laps de temps délimité par l'arrivée d'un événement certain ou déterminable. En l'espèce, le permis est accordé pour une période qui prendra fin lorsque Hydro cessera d'avoir besoin de la servitude pour sa ligne de transmission d'énergie, événement qui est déterminable, à supposer qu'il se matérialise. En conséquence, le permis en question fixe une «période», qui est visée par l'expression «toute période plus longue» figurant au par. 28(2). Il s'ensuit que le permis a été validement délivré en vertu du par. 28(2). Le juge Major accepte cet argument et l'utilise comme assise de principe afin de trancher le présent pourvoi.

En toute déférence, le défaut de cet argument est qu'il ne tient compte ni du contexte ni de l'objet de la disposition interprétée de la *Loi sur les Indiens*. La principale prémisse de cet argument repose exclusivement sur des définitions abstraites tirées de dictionnaires. Cependant, comme le suggèrent les principes d'interprétation examinés ci-dessus, l'utilisation du sens «ordinaire» des mots ou du sens qui leur est donné dans les dictionnaires ne suffit que dans les cas où le sens est clair et compatible avec l'objet de la loi, dégagé de l'interprétation du texte dans son ensemble. Chaque loi doit être interprétée de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet. Ce principe n'a jamais eu autant d'importance que dans les lois concernant les droits des Indiens. Interprété dans le contexte de l'objet de la Loi, un mot qui semble à prime abord être utilisé dans son «sens ordinaire» pourrait bien ne pas avoir un sens si ordinaire après tout. Il peut surgir des ambiguïtés faisant entrer en jeu des règles subsidiaires comme le principe selon lequel, dans l'interprétation des lois relatives aux Indiens, toute ambiguïté doit profiter aux Indiens.

This is the case here. As Major J. acknowledges, courts considering the meaning of "period" have defined it in a variety of different ways depending on the context. In particular, where the context so suggests, "period" has been held to designate a fixed number of years or months, an interpretation which would exclude the grant here at issue: *Ouimet v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 672 (T.D.), at p. 684, aff'd [1979] 1 F.C. 55 (C.A.); *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445 (B.C.S.C), at p. 447. It follows that at law, the phrase "any longer period" possesses no single "plain" meaning. Its meaning depends on its context. It is, in short, ambiguous. To resolve this ambiguity, we must consider the broader context within which s. 28(2) was enacted, a context which includes the history of the *Indian Act*, the principles it incorporates, the policy goals it was enacted to achieve, and its function in the overall scheme of the Act.

VI

The starting point in an assessment of the relationship between aboriginals and the Crown on the question of land is the *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C., 1985, App. II, No. 1. That document, affirmed by Hall J. in *Colder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 395, as an "Indian Bill of Rights", established as governing principles in Canada (1) the reservation of certain lands to Indians for their exclusive use and possession, and (2) the creation of a strict process for the purchase of Indian land:

And whereas it is just and reasonable, and essential to our Interest, and the Security of our Colonies, that the several Nations or Tribes of Indians with whom We are connected, and who live under our Protection, should not be molested or disturbed in the Possession of such Pans of Our Dominions and Territories as, not having been ceded to or purchased by Us, are reserved to them, or any of them, as their Hunting Grounds. . . .

C'est le cas en l'espèce. Comme le juge Major le reconnaît, les tribunaux qui ont examiné le sens du mot «période» l'ont défini de diverses façons selon le contexte. De façon plus particulière, lorsque cela ressortait du contexte, les tribunaux ont statué que le mot «période» désigne un nombre fixe d'années ou de mois, interprétation qui aurait pour effet d'exclure la concession visée en l'espèce: *Ouimet c. La Reine*, [1978] 1 CF. 672 (1^{re} inst.), à la p. 684, conf. par [1979] 1 CF. 55 (C.A.); *Re Bower* (1967), 60 W.W.R. 445 (C.S.C-B.), à la p. 447. Il s'ensuit que, en droit, l'expression «pour toute période plus longue» ne possède pas un seul sens «ordinaire». Son sens dépend du contexte. Bref, il s'agit d'une expression ambiguë. Pour résoudre cette ambiguïté, nous devons tenir compte du contexte plus général dans lequel le par. 28(2) a été édicté, contexte qui inclut l'historique de la *Loi sur les Indiens*, les principes qu'incorpore cette disposition, les objectifs généraux qu'on visait à réaliser par son édicton et son rôle dans le régime global établi par la Loi.

VI

La Proclamation royale de 1763, L.R.C (1985), app. II, n° 1, constitue le point de départ de tout examen des rapports entre les autochtones et la Couronne relativement à la question du territoire. Ce document, qui a été qualifié de «Déclaration des droits indiens» par le juge Hall dans *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la p. 395, a établi les principes directeurs suivants au Canada: (1) réserve de certaines terres en faveur des Indiens pour leur utilisation et possession exclusives; (2) création d'un mécanisme strict d'achat des terres indiennes:

Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre intérêt et la sécurité de Nos colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection, la possession entière et paisible des parties de Nos possessions et territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse...

And whereas great Frauds and Abuses have been committed in the purchasing Lands of the Indians, to the great Prejudice of our Interests, and to the great Dissatisfaction of the said Indians; In order, therefore, to prevent such Irregularities for the future, and to the end that the Indians may be convinced of our Justice and determined Resolution to remove all reasonable Cause of Discontent, We do, with the Advice of our Privy Council strictly enjoin and require, that no private Person do presume to make any purchase from the said Indians of any Lands reserved to the said Indians, within those parts of our Colonies where, We have thought proper to allow Settlement; but that, if at any Time any of the Said Indians should be inclined to dispose of the said Lands, the same shall be Purchased only for Us, in our Name, at some public Meeting or Assembly of the said Indians, to be held for that Purpose....

33

As a result of the *Royal Proclamation, 1763*, "lands could be surrendered only on a nation-to-nation basis, from the Indian nation to the British Crown, in a public process in which the assembled Indian population would be required to consent to the transaction" (*Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 1, at p. 261). The Report also notes that the "present *Indian Act* continues to reflect the land surrender procedure first set out in the *Royal Proclamation*" (p. 261).

84

The 1952 *Indian Act*, as amended by S.C. 1956, c. 40, reflects the surrender requirements established by the *Royal Proclamation*. Section 37 of the Act affirms the presence of the Crown as a go-between in transactions involving reserve land, stating that "lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart". Section 39(1) mandates that surrenders of reserve land must be made to the Crown, must be assented to by a majority of the electors of the band, and must be accepted by the Governor in Council. This requirement of band approval stands in contrast to the more limited requirements of ss. 28(2) and 58(1) for consent of the band council and Minister to the granting of a

Attendu qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les sauvages de Notre esprit de justice et de Notre résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement. Nous déclarons de l'avis de Notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter aux sauvages des terres qui leur sont réservées dans les parties de Nos colonies, où Nous avons cru à propos de permettre des établissements; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin . . .

Par suite de la *Proclamation royale de 1763*, «les terres ne pouvaient être cédées que de nation à nation, c'est-à-dire d'une nation indienne à la Couronne britannique, suivant un processus public qui prévoyait l'assentiment de la population indienne assemblée» (*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 1, à la p. 280). Il est également précisé dans le Rapport que, «[d]ans sa version actuelle, la *Loi sur les Indiens* reflète toujours la procédure de cession des terres établie à l'origine dans la *Proclamation royale*» (p. 280).

La *Loi sur les Indiens* de 1952, modifiée par S.C. 1956, ch. 40, exprime les exigences établies par la *Proclamation royale* en matière de cession. L'article 37 de la *Loi* confirme la présence de la Couronne à titre d'intermédiaire dans les opérations visant les terres d'une réserve, indiquant que «les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté». Aux termes du par. 39(1), toute cession des terres d'une réserve doit être faite à la Couronne, sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande et acceptée par le gouverneur en conseil. La nécessité de faire approuver la cession par la bande contraste avec les exigences plus limitées prévues aux par. 28(2) et 58(1), qui prévoient que la délivrance d'un permis ou d'un bail à des fins de culture ou

permit, or a lease for agricultural or grazing purposes.

The *Indian Act* provisions governing the surrender of reserve lands were created to strike "a balance between the two extremes of autonomy and protection. The band's consent was required to surrender its reserve. Without that consent the reserve could not be sold. But the Crown, through the Governor in Council, was also required to consent to the surrender": *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at p. 370. The protection of reserve lands for future generations may be seen as one of the fundamental purposes of the Act. Alienation was viewed as a grave matter, to be effected only in accordance with a highly scrutinized and strictly regulated procedure. The *Indian Act* confirms the general inalienability of Indian lands (s. 37) and safeguards the sanctity of reserve lands, by prohibiting their alienation except to the Crown, with the consent of the band membership as a whole.

The only other way Indian interests in reserve land can be permanently disposed of under the *Indian Act* is by expropriation. Where the greater public good so requires, interests in reserve land may be expropriated: s. 35. The procedure is strictly regulated and subject to consent of the Governor in Council, exercised by Cabinet, which owes the Indians a fiduciary duty to act in their best interests. The process is politically sensitive and open to public scrutiny.

Formal surrender and expropriation, however, are not the only way in which the *Indian Act* permits reserve land to be affected. The Act contains provisions allowing less significant dealings with reserve land by consent of the Minister and the band council. Section 58(3) permits Indians themselves to obtain leases: "The Minister may lease for the benefit of any Indian upon his application

de pâturage doit être approuvée par le conseil de la bande et le ministre.

Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à la cession des terres des réserves ont été créées pour établir «un équilibre entre les deux pôles extrêmes que constituent l'autonomie et la protection. Il fallait que la bande visée consente à la cession de sa réserve, à défaut de quoi celle-ci ne pouvait pas être vendue. Par ailleurs, il fallait également que la Couronne, par l'intermédiaire du gouverneur en conseil, consente à la cession»: *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, à la p. 370. Il est possible de considérer que la protection des terres des réserves pour les générations futures est l'un des principaux objets de la Loi. L'aliénation des terres était perçue comme une mesure grave, qui ne devait être effectuée que conformément à une procédure hautement transparente et strictement réglementée. La *Loi sur les Indiens* confirme l'inaliénabilité générale des terres des Indiens (art. 37) et garantit l'intégrité des terres des réserves en interdisant leur aliénation, sauf en faveur de la Couronne, avec le consentement de l'ensemble des membres de la bande.

L'expropriation est le seul mécanisme par lequel les droits des Indiens dans les terres des réserves peuvent faire l'objet d'une disposition permanente en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Lorsque l'intérêt supérieur du public l'exige, il peut y avoir expropriation de droits dans les terres des réserves: art. 35. Cette procédure est réglementée de façon stricte et exige le consentement du gouverneur en conseil, donné par le cabinet, qui a envers les Indiens l'obligation de fiduciaire d'agir dans leur intérêt. Il s'agit d'un mécanisme public et délicat du point de vue politique.

Cependant, les procédures formelles de cession et d'expropriation ne sont pas les seules mesures que la *Loi sur les Indiens* permet de prendre à l'égard des terres des réserves. En effet, la Loi renferme des dispositions permettant que soient faites, avec le consentement du ministre et du conseil de la bande, des opérations moins importantes sur les terres des réserves. Le paragraphe 58(3) permet à

85

86

87

for that purpose, the land of which he is lawfully in possession without the land being surrendered." Again, s. 58(4) permits leases for such uses of the land as grazing and extraction of non-metallic substances without a surrender. Although, as Major J. points out, s. 58 permits materials to be permanently removed from a reserve, it does not permit permanent structures on the land nor permanent legal encumbrance of the land limiting how it can be used in the future.

un Indien de louer des terres: «Le Ministre peut louer au profit de tout Indien, à la demande de celui-ci, la terre dont ce dernier est en possession légitime sans que celle-ci soit cédée». Rappelons que le par. 58(4) autorise la location, sans cession, de terres à des fins de pâturage et d'extraction de substances non métalliques. Même si, comme le souligne le juge Major, l'art. 58 permet d'enlever en permanence des substances d'une réserve, il n'autorise pas l'établissement de structures permanentes sur les terres ni la constitution de charges légales permanentes qui limiteraient la façon dont ces terres peuvent être utilisées dans l'avenir.

3 A final exception to the general rule of inalienability established by s. 37 of the *Indian Act* is found in s. 28 of the Act. Section 28, like s. 58, is concerned with a limited situation. It is the situation where a person other than a band member wishes to "occupy", "use" or "otherwise exercise rights on" a reserve. It was intended, it appears, to address situations of non-Indians or Indians from other bands who have business on a reserve: survey parties, traders, hunting parties. Such people might wish to lease a house from the band on a temporary basis, or simply to be permitted to enter the reserve to conduct their business; s. 28 was intended to permit this: Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons appointed to examine and consider the *Indian Act*, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 13, July 16, 1946, at pp. 546-48. During the debates in Committee on Bill No. 79, after which s. 28(2) obtained its original 1951 form, and before the phrase "any longer period" was incorporated into the Act, the Minister responsible for Indian Affairs noted that the purpose of that section was for "rights of way, occupation by construction gangs for roads, hydro lines, and so on; things that are of a temporary nature" (*Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 3, of the Special Committee appointed to consider Bill No. 79, *An Act respecting Indians*, April 18, 1951, at p. 78 (emphasis added)). Provided the period was under one year, the Minister alone might authorize the use. Since 1956, where the permit is for "any longer period", the band council must consent. The point is, s. 28 was intended to deal with "things of a temporary

Une dernière exception à la règle générale d'inaliénabilité établie par l'art. 37 de la *Loi sur les Indiens* figure à l'art. 28 de la Loi. Tout comme l'art. 58, l'art. 28 vise une situation limitée. Il s'agit du cas où une personne autre qu'un membre de la bande désire «occuper» une réserve, l'«utiliser» ou «autrement y exercer des droits». Il semble que cet article vise des situations où des non-Indiens ou encore des Indiens d'autres bandes exercent des activités dans une réserve: arpenteurs, commerçants, chasseurs. Ces personnes pourraient être intéressées à louer temporairement une maison d'une bande ou simplement à obtenir l'autorisation d'entrer dans une réserve pour y exercer leurs activités; l'art. 28 vise à permettre ce genre de choses: Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes institué pour étudier la *Loi des Indiens, Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 13, 16 juillet 1946, aux pp. 8 à 12. Au cours des débats en comité sur le Bill n° 79, après lesquels le par. 28(2) a été formulé dans sa version initiale de 1951, et avant l'introduction de l'expression «pour toute période plus longue» dans la Loi, le ministre responsable des Affaires indiennes avait affirmé que l'objet de cette disposition visait à permettre les choses suivantes: «droits de passage, occupation par les équipes de construction routière, fils électriques, etc., en somme des droits temporaires» (*Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, du Comité spécial institué pour étudier le Bill n° 79, *Loi concernant les Indiens*, 18 avril 1951, à la p. 16 (je souligne)). Si la période visée était inférieure à un an, le ministre était habilité à autoriser seul l'utilisation demandée. Depuis 1956, si le per-

nature", not indefinite alienations which had the potential to extend far into the unforeseen future.

The Department of Indian Affairs and Northern Development has acknowledged that s. 28 should be confined to temporary uses of Indian land. In its *Land Management and Procedures Manual* (1988), the Department states that expropriations pursuant to s. 35 are the appropriate means for achieving such things as "major highways, railways, and long distance fuel and energy transmission systems" because "[s]uch uses require that the expropriating body gain the exclusive right to use and occupy reserve lands" (p. 4). The manual goes on to recognize that in the past s. 28 had been wrongly used for permanent structures (at p. 4):

In the past, reliance was placed on the use of subsection 28(2) for the provision of rights of way for various utilities crossing through reserves to non-Indian lands. Since permanent installations or improvements such as roads, pipelines, electric and telephone cables and surface support structures are attached to the reserve land, it is inappropriate to grant a permit except in those circumstances where the sole purpose of the utility is to service reserve lands and the exclusive use of those lands is not required by the subject utility; [Emphasis in original.]

R. A. Reiter, *The Fundamental Principles of Indian Law* (1990 (loose-leaf)), vol. II, c. XI, takes the same view. Without making claims to legal certitude, he suggests that s. 28, as opposed to the alienation and surrender process of s. 37, should be confined to grants of non-exclusive use of roads and right-of-ways, utility lines used exclusively to service the reserve, and non-exclusive grazing or agricultural purposes. He adds that s. 28(2) permits

mis est accordé «pour une période plus longue», le conseil de la bande visée doit consentir à sa délivrance. Le point est que l'art. 28 visait à permettre des «mesures de nature temporaire», non des aliénations d'une durée indéterminée, susceptibles de se prolonger indéfiniment.

Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a reconnu que l'application de l'art. 28 devrait être limitée aux utilisations temporaires des terres indiennes. Dans son *Guide de la gestion foncière et des procédures* (1990), le ministère indique qu'une expropriation faite en conformité avec l'art. 35 est le moyen approprié de réaliser des ouvrages comme «[l]es grandes artères de circulation, les chemins de fer et les installations pour la transmission à distance de combustible et d'électricité» étant donné que, [TRADUCTION] «dans le cas de telles utilisations, l'organisme expropriant doit obtenir le droit exclusif d'utiliser et d'occuper des terres de la réserve» (p. 5 (le second passage correspond à une phrase du texte anglais du Guide qui n'a pas été rendue dans sa version française)). On y reconnaît ensuite que l'art. 28 a été utilisé à tort dans le passé pour l'aménagement de structures permanentes (à la p. 5):

Dans le passé, on a eu recours au paragraphe 28(2) pour accorder des droits de passage aux divers services d'utilité publique traversant des réserves pour rejoindre des terres non indiennes. Vu que des installations ou améliorations permanentes comme des routes, des pipelines, des lignes électriques et de téléphone et des ouvrages de support sont alors fixées à demeure sur des terres de réserve, la formule qui convient dans les circonstances n'est pas l'octroi d'un permis, sauf si le service d'utilité publique est destiné uniquement à la réserve et qu'il n'exige pas l'usage exclusif des terres visées. [Souligné dans l'original.]

R. A. Reiter, *The Fundamental Principles of Indian Law* (1990 (feuilles mobiles)), vol. II, ch. XI, est du même avis. Sans prétendre à la certitude juridique, l'auteur affirme que l'art. 28, par opposition au processus d'aliénation et de cession prévu à l'art. 37, ne devrait être utilisé que pour concéder le droit d'utiliser de manière non exclusive des routes et des droits de passage, des lignes de services d'utilité publique desservant unique-

"by definition are for a short duration,... for 1-2 years" (p. 31).

91 Viewed thus, s. 28 not only makes good sense, but fits perfectly with the other sections of the Act relating to land and with the broader theme of inalienability of Indian reserve land that runs through the Act as a whole. Section 28 was never intended to deal with major long-term alienations of Indian interests in their reserve lands. It was aimed rather at the short-term, non-exclusive occupant — the itinerant worker, service provider or agricultural lessee. The phrase "any longer period", consistent with this interpretation, is best understood as a period defined in relatively short terms of months and years. This makes sense in textual terms as well. The phrase "any longer period" relates to the earlier phrase "a period not exceeding one year". This suggests that what Parliament intended by "any longer period" was also a term capable of being expressed in finite calendar terms.

92 The question arises: how long is the short or temporary use contemplated by s. 28(2)? For the purposes of this case, it is unnecessary to decide this issue; certainly an alienation which has the potential to go on as long as anyone can foresee falls outside the scope of s. 28(2). However, for purposes of guidance in other cases, I would suggest that commitments longer than the two-year mandate of band councils should not be transacted through s. 28(2).

93 This interpretation is consistent with the policy of the *Royal Proclamation, 1763*, and the principle that the long-term alienation of interests in Indian lands may only be effected through surrender to

ment la réserve visée, des pâturages ou des terres cultivables. H ajoute que les permis délivrés en vertu du par. 28 [TRADUCTION] «sont, par définition, de courte durée, [...] soit pour un an ou deux» (p. 31).

Vu sous cet angle, l'art. 28 est non seulement logique, mais il est aussi parfaitement compatible, d'une part, avec les autres articles de la Loi qui touchent les terres, et, d'autre part, avec le principe général d'inaliénabilité des terres des réserves indiennes qui se dégage de l'ensemble de la Loi. L'article 28 n'a jamais eu pour objet de s'appliquer à d'importantes aliénations à long terme de droits des Indiens sur les terres de leur réserve. H visait plutôt les occupations non exclusives à court terme — les travailleurs itinérants, les fournisseurs de services ou les locataires agraires. Conformément à cette interprétation, la meilleure façon de définir l'expression «pour toute période plus longue» est de dire qu'il s'agit d'une période correspondant à un nombre relativement peu élevé de mois ou d'années. Cette interprétation est également logique en regard du texte de la loi. En effet, l'expression «pour toute période plus longue» se rattache à l'expression qui la précède: «pour une période d'au plus un an». Ce fait indique que le législateur fédéral entendait que l'expression «pour toute période plus longue» soit aussi une expression pouvant être exprimée sous forme de durées déterminées.

Se pose alors la question suivante: de quelle durée est l'utilisation courte ou temporaire envisagée au par. 28(2)? Pour les fins du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire de trancher cette question. Une aliénation susceptible de se prolonger pendant aussi longtemps qu'on puisse imaginer n'est certainement pas visée par le par. 28(2). Cependant, à titre d'indications pour d'autres litiges, je dirais que des engagements pour des périodes dépassant les deux ans que dure le mandat des conseils de bande ne devraient pas être conclus en vertu du par. 28(2).

Cette interprétation est compatible avec le principe établi dans la *Proclamation royale de 1763*, et avec le principe selon lequel l'aliénation à long terme d'intérêts dans des terres indiennes ne peut

the Crown and consent of the band membership as a whole. To accept the views of the respondents in this case is to accept that parties seeking to obtain long-term or indefinite interests in reserve lands short of outright ownership could use the s. 28 permit provisions to circumvent the surrender requirements of the *Indian Act* and proceed to dispose of long-term interests in land with only the consent of the transitory band council. It would be to attribute to Parliament the intention to establish two alternative and inconsistent ways for alienation of major interests in reserve lands — one strictly limited and regulated under s. 37, the other requiring only the approval of the Minister and the band council. Finally, it would attribute to Parliament the intention to accord the entire band membership the right to decide on alienation under s. 37, while depriving the membership of that power for transfers that may represent equally serious alienations under s. 28(2), and this despite the fact that s. 37 establishes consent of the band members as a condition of alienation not only of outright transfers of land, but of "leases" or other "dispositions". I cannot accept that these were Parliament's intentions.

If s. 28(2) is confined to leases and other arrangements for a finite calendar term not exceeding the usual mandate of the band council, long-term or perpetual interests in reserve land may be acquired only by alienation under the safeguards of s. 37 or by expropriation under s. 35. In either case, the interest of band members, present and future, finds significant protection. In the case of alienation, the band membership must be convinced of the appropriateness of the bargain. In the case of expropriation, the government must initiate, and the Cabinet approve, the drastic and politically sensitive process of expropriating reserve

être effectuée que par une cession en faveur de la Couronne et à laquelle consent l'ensemble des membres d'une bande. Accepter le point de vue des intimées en l'espèce équivaut à accepter que des parties cherchant à obtenir des droits à long terme ou d'une durée indéterminée dans des terres de réserve, sans acquérir tout à fait la propriété absolue, pourraient utiliser les dispositions relatives à la délivrance de permis de l'art. 28 pour contourner les exigences de la *Loi sur les Indiens* en matière de cessions, et disposer de droits à long terme dans les terres avec le seul consentement d'un conseil de bande qui ne fait que passer. Ce serait attribuer au législateur fédéral l'intention d'établir deux méthodes alternatives et incompatibles d'aliénation de droits importants dans les terres des réserves — l'une étant limitée et réglementée de manière stricte en vertu de l'art. 37, l'autre exigeant seulement l'approbation du ministre et du conseil de la bande. Enfin, ce serait imputer au législateur fédéral l'intention d'accorder à l'ensemble des membres de la bande le droit de décider d'une aliénation fondée sur l'art. 37, tout en les privant de ce pouvoir dans le cas de transferts susceptibles de constituer des aliénations aussi importantes en vertu du par. 28(2), et ce même si l'art. 37 fait du consentement des membres de la bande une condition d'aliénation, non seulement lorsqu'il y a transfert absolu de terres, mais aussi lorsque les terres sont louées ou qu'il en est autrement disposé. Je ne puis accepter que le législateur fédéral ait eu ces intentions.

Si le par. 28(2) ne vise que les baux et les autres arrangements conclus pour une période déterminée ne dépassant pas la durée habituelle du mandat du conseil de la bande, il ne sera possible d'acquérir des droits à long terme ou à perpétuité que par voie d'aliénation offrant les garanties de l'art. 37 ou par voie d'expropriation en vertu de l'art. 35. Dans un cas comme dans l'autre, les droits — des membres présents et futurs — d'une bande bénéficient d'une protection importante. En cas d'aliénation, les membres de la bande doivent être convaincus de l'opportunité du marché. En cas d'expropriation, le gouvernement doit décider de mettre en branle, décision qui doit être approuvée par le cabinet, le mécanisme radical et délicat du point de vue poli-

lands, constrained at every step by the Crown's duty to act in the best interests of the Indians.

95

A further consideration supporting limitation of s. 28(2) to temporary uses is the location of s. 28 within a portion of the *Indian Act* dealing with "Possession of Lands in Reserves", and setting out the unique concepts by which Indians may obtain, not ownership of band lands, but certificates of possession, or the even more transitory occupation of reserve land. Certificates of possession cannot be transferred to the band or another band member without ministerial approval (s. 24), nor can they be devised by will to persons not entitled to reside on a reserve (ss. 49-50). The strict conditions which are placed on possession and occupation of reserve lands reflect the *sui generis* nature of aboriginal rights in land, and in particular, the inability of Indians to hold and transfer fee simple estates. In this context, s. 28(2) allows a permit to be issued authorizing non-Indians to occupy or use a reserve, or to reside or otherwise exercise rights on a reserve. In contrast, s. 37 is placed under the heading "Surrenders", and contemplates the sale, alienation, lease, or other disposition of lands in a reserve.

96

I note finally that the construction of s. 28(2) which I suggest flows from a contextual reading of the Act is supported by the interveners. The Union of British Columbia Indian Chiefs. Despite the fact that this construction limits the power of Chiefs and councils, the Union argues that s. 28(2) should be construed to allow only short-term, temporary and non-permanent use of reserve land which is consented to by a band council, and can be reviewed by a subsequent band council at the conclusion of the permitted duration. Section 28(2) should not, it argues, allow long-term use of reserve lands without the consent of band members. The Union advocates an interpretation which confirms the authority of band members to collec-

tique que constitue l'expropriation des terres d'une réserve, tout en étant tenu, à chaque étape, de se conformer à l'obligation qu'a la Couronne d'agir dans l'intérêt des Indiens.

Une autre considération qui appuie la thèse limitant l'application du par. 28(2) aux utilisations temporaires est que l'art. 28 figure dans une partie de la *Loi sur les Indiens* qui traite de la «Possession de terres dans des réserves» et énonce les concepts uniques par lesquels les Indiens peuvent obtenir, non pas la propriété des terres d'une bande, mais bien des certificats de possession, ou même un certificat plus temporaire d'occupation de terres d'une réserve. Un certificat de possession ne peut être transféré à la bande ou à un autre membre de celle-ci sans l'approbation du ministre (art. 24), ni légué par testament à des personnes non autorisées à résider dans une réserve (art. 49 et 50). Les conditions strictes applicables à la possession et à l'occupation de terres situées dans une réserve reflètent la nature *sui generis* des droits fonciers des autochtones, tout particulièrement l'incapacité des Indiens de détenir et de transférer des domaines en fief simple. Dans ce contexte, le par. 28(2) permet que soit délivré un permis autorisant des non-Indiens à occuper ou à utiliser une réserve, à y résider ou à autrement y exercer des droits. À l'opposé, l'art. 37 figure sous la rubrique intitulée: «Cessions», et il porte sur la vente, l'aliénation, la location ou toute autre disposition des terres d'une réserve.

Enfin, je tiens à souligner que l'interprétation du par. 28(2) que je propose est fondée sur une interprétation contextuelle de la Loi à laquelle souscrit l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs. Même si cette interprétation limite le pouvoir des chefs et des conseils, l'Union soutient que le par. 28(2) devrait être interprété de façon à ne permettre qu'une utilisation à court terme, temporaire et non permanente des terres d'une réserve, à laquelle consent le conseil de la bande et qui peut être réexaminée par le conseil de bande suivant, à l'expiration de la période visée. L'Union prétend que le par. 28(2) ne devrait pas permettre l'utilisation à long terme des terres d'une réserve sans le consentement des membres d'une bande. L'Union

tively decide the long-term use of reserve lands, rather than one that grants to band councils the ability to enlarge or reduce the collective interest.

Applying contextual principles of statutory interpretation, I conclude that s. 28(2) of the *Indian Act* does not permit long-term, indefinite alienation of interests in reserve land. If one applies the principle that in cases of ambiguity, statutes should be interpreted in favour of Indians, this conclusion becomes inescapable in my view.

vi

I conclude that s. 28(2) of the *Indian Act* does not authorize a permit for a right-of-way over reserve lands that has the potential to extend indefinitely into the future and bind future generations of band members. For such an alienation to take place, consent of the band membership as a whole is required in conformity with s. 37 of the Act.

I cannot accept the respondents' assertion that since thousands of such permits exist, this Court should not find them to be unauthorized because it would not be in the public interest. Public interest cannot defeat the legal right of the Opetchesaht people to have the illegal permit set aside and regain full use of the land that it purports to remove. Nor can I accept the argument that a declaration of invalidity would place Hydro in an untenable position. Hydro is not left without remedies. It is open to the parties to renegotiate a new arrangement. In the end, if negotiations fail, Hydro has the right to seek expropriation of the right-of-way. It is at this point that the public interest in the maintenance of the right-of-way would be fully evaluated.

préconise une interprétation qui confirme le pouvoir des membres d'une bande de décider collectivement de l'utilisation à long terme des terres de leur réserve, et non une interprétation qui confère au conseil de la bande la capacité d'élargir ou de restreindre l'intérêt collectif.

Appliquant les principes contextuels d'interprétation législative, je conclus que le par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens* ne permet pas l'aliénation à long terme, pour une durée indéterminée, de droits sur des terres situées dans une réserve. Si on applique le principe selon lequel les lois doivent, en cas d'ambiguïté, être interprétées en faveur des Indiens, cette conclusion devient alors, à mon avis, inéluctable.

VU

Je conclus que le par. 28(2) de la *Loi sur les Indiens* n'autorise pas la délivrance d'un permis accordant un droit de passage sur des terres d'une réserve, droit dont la durée risque de se prolonger indéfiniment et de lier des générations futures de membres de la bande. Pour effectuer une telle aliénation, il faut obtenir le consentement de l'ensemble des membres de la bande, en conformité avec l'art. 37 de la Loi.

Je ne puis accepter l'argument des intimées voulant que, comme il existe des milliers de permis de ce genre, notre Cour ne devrait pas, pour le motif qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de le faire, conclure que ceux-ci ne sont pas autorisés. L'intérêt public ne peut écarter le droit qu'ont les Opetchesaht, en vertu de la loi, de faire annuler le permis illégal et de recouvrer la pleine utilisation des terres que ce permis est censé leur retirer. Je ne puis non plus accepter l'argument qu'une déclaration d'invalidité placerait Hydro dans une position intenable. Hydro n'est pas sans recours. Il est loisible aux parties de négocier une nouvelle entente. En bout de ligne, si les négociations échouent, Hydro a le droit de demander l'expropriation de l'emprise. C'est à ce moment que serait pleinement examiné l'intérêt du public dans le maintien du droit de passage.

97

98

99

While I would allow the appeal and grant a declaration that the permit is void, I would suspend the operation of that declaration for a period of two years to permit the parties and others in similar situations to renegotiate or make new arrangements: see *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.1 agree with Major J. that the final sentence of paragraph 24 of the factum of the interveners B.C. Tel et al. should be struck.

Appeal dismissed with costs, CORY and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Woodward & Company, Victoria.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in right of Canada: George Thomson, Ottawa.

Solicitors for the respondent British Columbia Hydro and Power Authority: Lawson Lundell Lawson & Mcintosh, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Union of British Columbia Indian Chiefs: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitors for the interveners B.C. Tel, B.C. Gas Utility Ltd. and the Greater Vancouver Sewerage and Drainage District: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Même si je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que le permis est nul, je suspendrais l'effet de ce jugement déclaratoire pendant une période de deux ans pour permettre aux parties et à d'autres dans des situations similaires de renégocier leurs ententes ou d'en conclure de nouvelles: voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721. Je suis d'accord avec le juge Major que la dernière phrase du paragraphe 24 du mémoire des intervenants B.C. Tel. et autres devrait être radiée.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges CORY et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs des appelants: Woodward & Company, Victoria.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada: George Thomson, Ottawa.

Procureurs de l'intimée British Columbia Hydro and Power Authority: Lawson Lundell Lawson & Mcintosh, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Union of British Columbia Indian Chiefs: Mandell Pinder, Vancouver.

Procureurs des intervenants B.C. Tel, B.C. Gas Utility Ltd. et Greater Vancouver Sewerage and Drainage District: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.