

**Roger Southwind, for himself and on behalf
of the members of the Lac Seul Band of
Indians and Lac Seul First Nation**

Appellants

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada

Respondent

and

**Attorney General of Saskatchewan,
Assembly of Manitoba Chiefs,
Tseshah First Nation,
Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc.,
Treaty Land Entitlement Committee of
Manitoba Inc.,
Anishinabek Nation,
Wauzhushk Onigum Nation,
Big Grassy First Nation,
Onigaming First Nation,
Naotkamegwanning First Nation,
Niisaachewan First Nation,
Coalition of the Union of British Columbia
Indian Chiefs,
Penticton Indian Band,
Williams Lake First Nation,
Federation of Sovereign Indigenous Nations,
Atikameksheng Anishnawbek First Nation,
Kwantlen First Nation,
Assembly of First Nations,
Assembly of First Nations Quebec-Labrador,
Grand Council Treaty #3,
Mohawk Council of Kahnawà:ke,
Elsipogtog First Nation,
Chemawawin Cree Nation and
West Moberly First Nations *Interveners***

**Roger Southwind, en son propre nom et au
nom des membres de la Lac Seul Band of
Indians et Lac Seul First Nation**

Appellants

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada

Intimée

et

**Procureur général de la Saskatchewan,
Assemblée de Manitoba Chiefs,
Tseshah First Nation,
Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc.,
Treaty Land Entitlement Committee of
Manitoba Inc.,
Nation Anishinabek,
Wauzhushk Onigum Nation,
Big Grassy First Nation,
Onigaming First Nation,
Naotkamegwanning First Nation,
Niisaachewan First Nation,
Coalition of the Union of British Columbia
Indian Chiefs,
Penticton Indian Band,
Williams Lake First Nation,
Fédération des nations autochtones
souveraines,
Première Nation Atikameksheng
Anishnawbek,
Kwantlen First Nation,
Assemblée des Premières Nations,
Assemblée des Premières Nations
Québec-Labrador,
Grand Council Treaty #3,
Mohawk Council of Kahnawà:ke,
Première Nation d'Elsipogtog,
Chemawawin Cree Nation et
West Moberly First Nations *Intervenants***

INDEXED AS: SOUTHWIND v. CANADA**2021 SCC 28**

File No.: 38795.

2020: December 8; 2021: July 16.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Aboriginal law — Fiduciary duty — Reserve land — Remedy — Equitable compensation — Part of First Nation's reserve land flooded to power hydroelectricity generation without consent of First Nation, without compensation and without lawful authorization — Claim filed against Canada for breach of fiduciary duty and of obligations under Indian Act and applicable treaty — Trial judge concluding that Canada breached fiduciary duty to First Nation and awarding equitable compensation for loss of flooded land — Whether trial judge erred in assessment of equitable compensation.

The Lac Seul First Nation (“LSFN”) is a Treaty 3 First Nation in Northern Ontario. Its reserve is located on the southeastern shore of Lac Seul. In 1929, a dam to power hydroelectricity generation to Winnipeg was completed pursuant to an agreement that Canada, Ontario and Manitoba had entered into. The project involved raising the water level of Lac Seul by 10 feet, or approximately 3 metres, to create a water reservoir. Canada was aware from the outset that flooding Lac Seul would cause considerable damage to the LSFN’s reserve. Despite repeated warnings about these impacts, the project advanced without the consent of the LSFN, without any compensation, and without the lawful authorization required. As a result of the project, almost one-fifth of the best land on the LSFN reserve was permanently flooded. The damage was extensive and included the destruction of homes, wild rice fields, gardens, haylands, and gravesites.

The LSFN submitted a claim for flooding damages in 1985. In 1991, S, for himself and on behalf of the members of the Lac Seul Band of Indians, filed a civil claim against Canada in Federal Court for breach of Canada’s fiduciary duty and its obligations under the *Indian Act* and Treaty 3.

RÉPERTORIÉ : SOUTHWIND c. CANADA**2021 CSC 28**

N° du greffe : 38795.

2020 : 8 décembre; 2021 : 16 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit des autochtones — Obligation fiduciaire — Terres de réserve — Réparation — Indemnisation en equity — Partie des terres de réserve d’une première nation inondée en vue de la production d’hydroélectricité sans le consentement de la première nation, sans indemnisation et sans autorisation légale — Action intentée contre le Canada pour manquement à l’obligation fiduciaire et aux obligations prévues dans la Loi des Indiens et le traité applicable — Juge de première instance concluant que le Canada a manqué à son obligation fiduciaire envers la première nation et accordant une indemnité en equity pour la perte des terres inondées — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans son évaluation de l’indemnité en equity?

La Lac Seul First Nation (« LSFN »), établie dans le nord de l’Ontario, a adhéré au Traité n° 3. Sa réserve est située sur la rive sud-est du lac Seul. En 1929, la construction d’un barrage hydroélectrique pour alimenter Winnipeg a été achevée aux termes d’un accord intervenu entre le Canada, l’Ontario et le Manitoba. Le projet comprenait l’élévation du niveau du lac Seul de 10 pieds, ou environ 3 mètres, afin de créer un réservoir d’eau. Le Canada savait dès le départ que l’élévation du niveau du lac Seul causerait des dommages considérables à la réserve de la LSFN. Malgré les nombreux avertissements au sujet de ces répercussions, le projet a été lancé sans le consentement de la LSFN, sans aucune indemnisation et sans l’autorisation requise en vertu de la loi. En raison du projet, près du cinquième des meilleures terres de la réserve de la LSFN a été inondé de façon permanente. Les dommages causés étaient importants et comprenaient la destruction de maisons, de cultures de riz sauvage, de potagers, de prairies de fauche et de tombes.

La LSFN a déposé une demande d’indemnité pour les dommages causés par l’inondation en 1985. En 1991, S, en son propre nom et au nom des membres de la Lac Seul Band of Indians, a déposé à la Cour fédérale une poursuite civile contre le Canada pour manquement à

The trial judge concluded that Canada failed to meet its fiduciary duty to the LSFN in respect of its reserve land and that the appropriate remedy was equitable compensation. The LSFN proposed various models of compensation at trial, and led evidence regarding agreements with another First Nation in contemporaneous hydroelectric projects (“Kananaskis Falls Projects”), which the trial judge distinguished. The trial judge valued the flooded land as if it had been lawfully expropriated according to general expropriation law. In doing so, he excluded the value of the land for hydroelectricity generation. He also assessed other calculable losses and non-calculable damages for a total award of \$30,000,000. On appeal, the LSFN challenged the trial judge’s evaluation of equitable compensation for the loss of the flooded lands. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal. A dissenting judge would have allowed the appeal, agreeing that the value calculated for the flooded land should have taken into account downstream hydroelectricity generation and concluding that the trial judge also made a legal error in distinguishing the Kananaskis Falls Projects.

Held (Côté J. dissenting): The appeal should be allowed. The award for equitable compensation is set aside and returned to the Federal Court for reassessment.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Canada breached its obligation to preserve and protect the LSFN’s interest in the reserve, which included an obligation to negotiate compensation for the LSFN on the basis of the value of the land to the hydroelectricity project. The LSFN is entitled to equitable compensation for the lost opportunity to negotiate for an agreement reflecting the value of the land to the hydroelectricity generation project.

The specific nature of the Crown’s fiduciary duty to Indigenous Peoples, especially over reserve land, informs how equitable compensation must be assessed. The Crown’s fiduciary duty is rooted in the obligation of honourable dealing and in the overarching goal of reconciliation between the Crown and the first inhabitants of Canada. The honour of the Crown — and the *sui generis* fiduciary duty to which it gives rise — is a vital component of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples. The Crown’s fiduciary duty structures the role

son obligation de fiduciaire et aux obligations que lui imposaient la *Loi des Indiens* et le Traité n° 3. Le juge de première instance a conclu que le Canada avait manqué à son obligation de fiduciaire envers la LSFN en ce qui a trait à ses terres de réserve et qu’une indemnité en equity constituait la réparation appropriée. La LSFN a proposé divers modèles d’indemnisation au procès, et a présenté des éléments de preuve concernant les accords conclus avec une autre première nation dans le cadre de projets hydroélectriques qui avaient eu lieu à la même époque (« projets des chutes Kananaskis »), que le juge de première instance a écartés. Celui-ci a évalué les terres inondées comme si elles avaient été expropriées légalement en vertu des règles générales du droit de l’expropriation. Ce faisant, il a exclu la valeur des terres pour la production hydroélectrique. Il a aussi évalué d’autres pertes calculables et des dommages non quantifiables, pour arriver à une indemnité totale de 30 000 000 \$. En appel, la LSFN a contesté l’évaluation faite par le juge de première instance de l’indemnité en equity pour la perte des terres inondées. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté l’appel. Une juge dissidente aurait accueilli l’appel, convenant que le calcul de la valeur des terres inondées aurait dû prendre en compte la production hydroélectrique en aval et concluant que le juge de première instance a aussi commis une erreur de droit en écartant les projets des chutes Kananaskis.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : L’appel est accueilli. L’octroi de l’indemnité en equity est annulé et renvoyé à la Cour fédérale en vue d’une nouvelle évaluation.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : Le Canada a manqué à son obligation de préserver et de protéger l’intérêt de la LSFN dans la réserve, qui comprenait l’obligation de négocier l’indemnité au nom de celle-ci en fonction de la valeur des terres pour le projet d’hydroélectricité. La LSFN a droit à une indemnité en equity pour la perte de la possibilité de négocier un accord qui reflète la valeur des terres pour le projet de production d’hydroélectricité.

La nature particulière de l’obligation de fiduciaire qu’a la Couronne envers les peuples autochtones, surtout en ce qui concerne les terres de réserve, influe sur la façon dont l’indemnité en equity doit être évaluée. L’obligation de fiduciaire de la Couronne repose sur son obligation de se conduire honorablement et sur l’objectif global de réconciliation entre la Couronne et les premiers habitants du Canada. L’honneur de la Couronne — et l’obligation de fiduciaire *sui generis* qui en découle — est une composante essentielle de la relation entre la Couronne et les peuples

voluntarily undertaken by the Crown as the intermediary between Indigenous interests in land and the interest of settlers.

The fiduciary duty itself is shaped by the context to which it applies, which means that its content varies with the nature and the importance of the right being protected. A strong fiduciary duty arises where the Crown is exercising control over a First Nation's land. In a case involving reserve land, the *sui generis* nature of the interest in reserve land informs the fiduciary duty. The importance of the interest in reserve land is heightened where it was set aside as part of an obligation that arose out of a treaty. The fiduciary duty imposes the following obligations on the Crown: loyalty, good faith, full disclosure, and, where reserve land is involved, the protection and preservation of the First Nation's quasi-proprietary interest from exploitation, including exploitation by the Crown itself. In the context of a surrender of reserve land, the Court has recognized that the duty also requires that the Crown protect against improvident bargains, manage the process to advance the best interests of the First Nation, and ensure that it consents to the surrender. In an expropriation, the obligation to ensure consent is replaced by an obligation to minimally impair the protected interest.

When the Crown breaches its fiduciary duty, the remedy will seek to restore the plaintiff to the position the plaintiff would have been in had the Crown not breached its duty. Equitable compensation is the preferred remedy when restoring the plaintiff's assets *in specie* is not available. It is a discretionary and restitutionary remedy that is assessed rather than precisely calculated. As its purpose is to make up the plaintiff's loss, it aims to restore the actual value of the thing lost through the fiduciary's breach, referred to as the plaintiff's lost opportunity. By restoring the beneficiary's lost opportunity, it deters wrongdoing and enforces the trust at the heart of the fiduciary relationship. While equitable compensation is equity's counterpart to common law damages, analogy with common law damages may not be appropriate given equity's purpose, which differs from the purpose of obligations through tort and contract.

autochtones. L'obligation fiduciaire de la Couronne structure le rôle qu'assume volontairement la Couronne à titre d'intermédiaire entre les intérêts autochtones sur les terres et l'intérêt des colons.

L'obligation de fiduciaire elle-même est façonnée par le contexte dans lequel elle s'applique, ce qui signifie que son contenu varie selon la nature et l'importance du droit à protéger. Une obligation de fiduciaire rigoureuse prend naissance lorsque la Couronne exerce un contrôle sur la terre d'une première nation. Dans une affaire portant sur des terres de réserve, la nature *sui generis* de l'intérêt dans ces terres influe sur l'obligation de fiduciaire. L'importance de l'intérêt sur les terres de réserve est accentuée lorsqu'elles ont été mises de côté dans le cadre d'une obligation découlant d'un traité. L'obligation de fiduciaire impose à la Couronne les devoirs suivants : la loyauté, la bonne foi, la communication complète de l'information et, lorsqu'il s'agit de terres de réserve, la préservation de l'intérêt quasi propriétaire de la première nation et la protection de celui-ci contre l'exploitation, y compris l'exploitation par la Couronne elle-même. Dans le contexte d'une cession de terres de réserve, la Cour a reconnu que l'obligation de fiduciaire exige également que la Couronne évite les marchés inconsidérés, qu'elle gère le processus de manière à favoriser le meilleur intérêt de la première nation et qu'elle s'assure que celle-ci consent à la cession. Dans le cas d'une expropriation, l'obligation d'obtenir le consentement est remplacée par l'obligation de porter le moins possible atteinte aux intérêts garantis de celle-ci.

Si la Couronne manque à son obligation de fiduciaire, la réparation visera à remettre le demandeur dans la position où il se serait trouvé n'eût été ce manquement. L'indemnité en equity constitue la réparation privilégiée si la restitution en nature des biens du demandeur est impossible. Il s'agit d'une réparation de nature discrétionnaire et restitutoire, qui est évaluée plutôt que calculée de façon précise. Comme son objectif est de compenser la perte du demandeur, elle a pour but de restituer la valeur réelle de ce qui a été perdu en raison du manquement à l'obligation de fiduciaire, à savoir la possibilité qu'a perdue le demandeur. En restituant au bénéficiaire la valeur de la possibilité perdue, elle décourage les actes fautifs et fait respecter la confiance qui est au cœur du rapport fiduciaire. Bien que l'indemnité en equity soit l'équivalent des dommages-intérêts en common law, l'analogie avec les principes de common law en matière de dommages-intérêts n'est peut-être pas appropriée en raison de l'objectif de l'equity, qui diffère de celui des obligations relatives à la responsabilité délictuelle et à la responsabilité contractuelle.

The proper approach to equitable compensation recognizes that the applicable rules will depend both on the nature of the fiduciary relationship and the fiduciary obligations. The trial judge must begin by closely analyzing the nature of the fiduciary relationship so as to ensure that the loss is assessed in relation to the obligations owed by the fiduciary. The loss must be caused in fact by the fiduciary's breach, and the causation analysis is not limited by foreseeability, that is, remoteness. While the fiduciary's breach must have caused, in fact, the plaintiff's lost opportunity, common law limiting factors developed in legal causation will not readily apply. There must be a close relationship between the fiduciary duty and the fiduciary remedy. Because equity assesses the loss at the date of trial and with the benefit of hindsight, it compensates the plaintiff for the lost opportunity, regardless of whether the opportunity could have been foreseen at the time of the breach. The benefit of hindsight means that the most valuable use of the asset between breach and date of trial is not always foreseeable at the time of breach. The assessment of equitable compensation is also guided by presumptions that equity makes against breaching fiduciaries.

In the instant case, the trial judge's reasons are tainted by legal errors reviewable on a correctness standard. The trial judge erred in concluding that a hypothetical expropriation — the minimum statutory obligation — would have fulfilled Canada's fiduciary obligations. This legal error impacted his assessment of equitable compensation because it led him to rely on general principles of expropriation law to value the loss and to conclude that compensation would not be assessed at a higher value than the minimum required under an expropriation. The fundamental error of the trial judge was that he focused on what Canada would likely have done instead of what Canada ought to have done as a fiduciary.

The fiduciary duty required more than compensation based upon expropriation principles in this case for three reasons. First, the presence of legal discretion to take or expropriate the land in the *Indian Act* did not define the obligations imposed by Canada's fiduciary duty. The fiduciary duty, not just the *Indian Act*, imposed substantive obligations on how Canada was to exercise its discretion over the reserve land. The provisions in the *Indian Act*

L'approche appropriée à l'égard de l'indemnisation en equity reconnaît que les règles applicables dépendent à la fois de la nature du rapport et des obligations fiduciaires. Le juge de première instance doit d'abord se livrer à une analyse approfondie de la nature du rapport fiduciaire de manière à ce que la perte soit évaluée en fonction des obligations auxquelles est tenu le fiduciaire. La perte doit découler dans les faits du manquement commis par le fiduciaire, mais la prévisibilité, c'est-à-dire l'éloignement, ne limite pas l'analyse du lien de causalité. Bien que le manquement du fiduciaire doive avoir causé, dans les faits, la perte de possibilité du demandeur, les facteurs limitatifs de la common law élaborés en matière de lien de causalité juridique ne s'appliqueront pas systématiquement. Il doit y avoir un lien étroit entre l'obligation de fiduciaire et la réparation fondée sur l'existence d'une obligation de fiduciaire. Étant donné qu'en equity, la perte doit être évaluée à la date du procès et avec le bénéfice de la rétrospective, l'equity indemnise le demandeur pour la perte de possibilité causée par un manquement, même si cette possibilité était prévisible au moment du manquement. Le bénéfice de la rétrospective signifie que l'utilisation la plus profitable des biens entre le moment du manquement et la date du procès n'est pas toujours prévisible au moment du manquement. L'évaluation de l'indemnité en equity est également guidée par les présomptions qu'établit l'equity à l'encontre des fiduciaires qui manquent à leurs obligations.

En l'espèce, les motifs du juge de première instance sont entachés d'erreurs de droit, lesquelles sont assujetties à la norme de la décision correcte. Le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'une expropriation — l'obligation minimale prévue par la loi — hypothétique aurait permis au Canada de s'acquitter de ses obligations de fiduciaire. Cette erreur de droit a eu une incidence sur son évaluation de l'indemnité en equity, puisqu'elle l'a amené à s'appuyer sur les principes généraux du droit de l'expropriation pour évaluer la perte et conclure que l'indemnité ne serait pas évaluée à une valeur plus élevée que le minimum requis dans le cadre d'une expropriation. L'erreur fondamentale du juge de première instance est qu'il s'est concentré sur ce que le Canada aurait vraisemblablement fait, plutôt que sur ce que le Canada aurait dû faire en tant que fiduciaire.

L'obligation de fiduciaire exigeait du Canada qu'il obtienne plus qu'une indemnité établie en fonction des principes d'expropriation en l'espèce pour trois raisons. Premièrement, l'existence du pouvoir discrétionnaire de s'approprier ou d'exproprier les terres prévus dans la *Loi des Indiens* ne définissait pas les devoirs qu'imposait l'obligation de fiduciaire du Canada. L'obligation de fiduciaire, pas seulement la *Loi des Indiens*, imposait au

accommodated the exercise of the Crown's fiduciary duty by recognizing the discretion of the Crown to negotiate, or the discretion of the Governor in Council to determine the terms of a taking or expropriation. There was therefore no conflict between the requirements of the *Indian Act* and the requirements imposed by the fiduciary duty. The equitable presumption of legality or lawfulness, which prevents breaching fiduciaries from reducing compensation by arguing that they would not have complied with the law, is of little assistance in determining either the fiduciary obligations or the assessment of loss. The presumption cannot be inverted and used to limit compensation by suggesting that the fiduciary is expected to do no more than what the law, not equity, requires. Moreover, Canada's legal powers to expropriate cannot be considered as a factor to limit compensation. Canada is not permitted to benefit from the very discretionary power over the LSFN which is the source of its fiduciary duty.

Second, the fiduciary duty required more than compensation based upon expropriation principles because the fact that the land was required for a public work did not negate the obligations imposed by Canada's fiduciary duty. The fiduciary duty continues to apply even if the land is needed for a public work. While the Crown can decide that a public work is in the public interest and should thus proceed, the manner in which it proceeds is subject to the fiduciary duty.

Third, the fiduciary duty required more than compensation based upon expropriation principles because the principles of expropriation law are fundamentally different than those underlying Indigenous interest in land. Expropriation law is not the appropriate legal framework governing historic breaches of the Crown's fiduciary duty to protect a First Nation's interest in reserve land. The fiduciary obligations in this case must reflect the nature of the interest, the impact of the loss on the First Nation, the importance of the relationship, and reconciliation, which is the overarching goal of the fiduciary duty itself, based in the honour of the Crown. In the context of an expropriation or taking, the Crown is required to minimally impair the protected interest. Where the Crown decides that reserve land is necessary for a public work and takes that land without the consent of the First Nation, the fiduciary duty requires the Crown to seriously consider the impact on the First Nation and how best to minimize that impact. As

Canada des devoirs substantiels quant à la manière dont il devait exercer son pouvoir discrétionnaire à l'égard des terres de réserve. Les dispositions de la *Loi des Indiens* facilitaient l'exercice de l'obligation de fiduciaire de la Couronne en reconnaissant son pouvoir discrétionnaire de négocier, ou le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en son conseil de prescrire les modalités d'une expropriation. Il n'y avait donc aucune incompatibilité entre les exigences de la *Loi des Indiens* et celles imposées par l'obligation de fiduciaire. La présomption en equity de légalité, qui empêche les fiduciaires en défaut de réduire l'indemnité en faisant valoir qu'ils auraient enfreint la loi, n'est guère utile pour déterminer les obligations fiduciaires ou pour évaluer la perte. La présomption ne peut être interprétée en sens contraire et servir plutôt à limiter l'indemnité, en laissant entendre que le fiduciaire ne devrait faire que ce que la loi, et non l'equity, exige. De plus, les pouvoirs d'expropriation du Canada qui lui sont conférés par la loi ne peuvent être considérés comme un facteur pour limiter l'indemnité. Le Canada ne peut bénéficier du pouvoir discrétionnaire à l'égard de la LSFN qui est précisément la source de son obligation fiduciaire.

Deuxièmement, l'obligation de fiduciaire exigeait du Canada qu'il obtienne plus qu'une indemnité établie en fonction des principes d'expropriation parce que le fait que les terres étaient nécessaires pour les besoins d'un ouvrage public n'annulait pas les devoirs imposés par l'obligation de fiduciaire du Canada. L'obligation de fiduciaire continue à s'appliquer même si les terres sont requises pour un ouvrage public. Bien que la Couronne puisse décider qu'un ouvrage public est dans l'intérêt du public et qu'il devrait donc être réalisé, la manière de le réaliser est assujettie à l'obligation de fiduciaire.

Troisièmement, l'obligation de fiduciaire exigeait du Canada qu'il obtienne plus qu'une indemnité établie en fonction des principes d'expropriation parce que les principes du droit de l'expropriation sont fondamentalement différents de ceux qui sous-tendent l'intérêt autochtone sur les terres. Le droit de l'expropriation n'est pas le cadre juridique approprié pour régir les manquements historiques à l'obligation de fiduciaire de la Couronne consistant à protéger l'intérêt d'une première nation dans des terres de réserve. Les obligations de fiduciaire en l'espèce doivent refléter la nature de l'intérêt, les répercussions de la perte sur la première nation, l'importance de la relation et la réconciliation, qui constitue l'objectif fondamental de l'obligation de fiduciaire elle-même, reposant sur l'honneur de la Couronne. Dans le contexte d'une expropriation ou d'une prise de terres, la Couronne ne doit porter qu'une atteinte minimale à l'intérêt protégé. Lorsque la Couronne décide que des terres de réserve sont nécessaires pour les

a fiduciary, the Crown has the duty to preserve the First Nation's quasi-proprietary interest in the land as much as possible and to ensure fair compensation reflecting the *sui generis* interest.

The duty to preserve the interest to the greatest extent possible is not met if expropriation principles are applied in this case. Even though the expropriation value considers the highest and best use of the land at the time of expropriation, this generally does not include the value of the land to the scheme itself because expropriation law seeks to provide landowners with the compensation necessary to purchase replacement land. Conversely, *sui generis* Indigenous interests in land are fundamentally different as reserve land is not a fungible commodity and Indigenous interests in land are at the centre of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples. Instead, given the LSFN's *sui generis* interest in the reserve land and the impact on the LSFN, the duty required Canada to capture the full potential value of the land for the land's intended use, notwithstanding its legal power to expropriate. Canada must always keep the First Nation informed, attempt to negotiate a surrender before proceeding to an expropriation, and ensure compensation reflecting the nature of the interest and the impact on the community.

Canada ought to have first attempted to negotiate a surrender. Canada's fiduciary obligations required it to ensure the highest compensation possible, including compensation for the land's anticipated use as land for hydroelectricity generation. If negotiations for a surrender of the land were unsuccessful, Canada could have proceeded through a taking or expropriation, but even in an expropriation, Canada was required to preserve the LSFN's interest in the land to the greatest extent possible and should have secured compensation for the LSFN that reflected the nature of the interest, the impact on the community, and the value of the land to the project.

The lost opportunity in this case is the opportunity to negotiate a surrender reflecting the highest value of the land, which was its use for hydroelectricity generation: the LSFN is entitled to compensation for that lost opportunity. The valuation of the LSFN's lost opportunity must reflect Canada's obligation to negotiate compensation based upon the best price that could have been obtained

besoins d'un ouvrage public et qu'elle les prend sans le consentement de la première nation, elle a l'obligation à titre de fiduciaire d'examiner sérieusement les répercussions sur la première nation et la meilleure façon de les minimiser. À ce titre, elle doit également préserver le plus possible l'intérêt quasi propriétaire de la première nation dans les terres et veiller à ce qu'elle touche une juste indemnité reflétant l'intérêt *sui generis*.

L'obligation de préserver l'intérêt dans toute la mesure possible n'est pas respectée si les principes d'expropriation sont appliqués dans la présente affaire. Même si la valeur d'expropriation tient compte de l'utilisation optimale des terres au moment de l'expropriation, elle n'inclut généralement pas la valeur des terres pour le projet en soi car les règles du droit de l'expropriation visent à ce que les propriétaires fonciers obtiennent l'indemnité nécessaire à l'achat de terres de remplacement. Inversement, les intérêts autochtones *sui generis* sur les terres sont fondamentalement différents car les terres de réserve ne sont pas des biens fongibles et les intérêts autochtones sur les terres sont au cœur de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones. Compte tenu de l'intérêt *sui generis* de la LSFN dans les terres de réserve et des répercussions sur celle-ci, le Canada avait plutôt clairement l'obligation d'obtenir la pleine valeur potentielle des terres pour l'utilisation prévue de celles-ci, malgré son pouvoir légal d'expropriation. Le Canada doit toujours tenir la première nation au courant, tenter de négocier une cession avant de procéder à une expropriation et s'assurer que l'indemnité tient compte de la nature de l'intérêt et des répercussions sur la communauté.

Le Canada aurait d'abord dû tenter de négocier une cession. Ses obligations fiduciaires exigeaient qu'il obtienne l'indemnité la plus élevée possible, y compris une indemnité pour l'utilisation future des terres pour la production d'hydroélectricité. Si les négociations visant la cession des terres avaient échoué, le Canada aurait pu procéder à une appropriation ou une expropriation, mais même dans le cadre d'une expropriation, le Canada devait préserver l'intérêt de la LSFN dans les terres dans toute la mesure possible et aurait dû obtenir pour elle une indemnité qui tenait compte de la nature de son intérêt, des répercussions sur la communauté et de la valeur des terres pour le projet.

La perte de possibilité en cause dans la présente affaire réside dans la possibilité de négocier une cession qui correspond à la valeur optimale des terres, soit leur utilisation en vue de la production d'hydroélectricité : la LSFN a le droit d'être indemnisée de la perte de cette possibilité. L'évaluation de la perte de la possibilité de la LSFN doit rendre compte de l'obligation qu'avait le Canada de

for the land's use for hydroelectricity generation. In this case, the presumption of highest and best use means that the land should be valued on the basis of its actual use as flooded land for hydroelectricity generation and allows equitable compensation to focus on a successful negotiated surrender because that more clearly aligns with the nature of the breach, which included a failure to keep the LSFN informed and a failure to prevent the project from proceeding until the negotiations for compensation had been resolved. Equity can presume that the LSFN would have consented to a negotiated settlement at the best price the Crown could have realistically obtained at the time. The value of the flooded land must be reassessed.

Per Côté J. (dissenting): There is no basis to interfere with the trial judge's equitable compensation assessment. The trial judge assessed compensation for the value of the flooded lands in 1929 based on a thorough examination of the facts as established in the record. As there is no reviewable error in the trial judge's analysis, the appeal should be dismissed.

S and the LSFN have not established a basis for interfering with the trial judge's valuation. The trial judge's determination that the LSFN should have been compensated through a one-time payment in 1929 based on an expropriation model is not an extricable error, and thus not reviewable on a correctness standard. The trial judge's findings regarding what would have actually happened in 1929 had Canada not breached its duty to the LSFN are factual determinations, not legal ones. No particular findings of fact by the trial judge have been identified as constituting a palpable and overriding error.

The trial judge made no reviewable errors. The trial judge applied settled principles of equitable compensation, including the special importance of its deterrent effect in furthering the ongoing project of reconciliation between Canada and Indigenous peoples. He looked back to when the breach occurred, and, with the benefit of hindsight and the evidentiary record, assessed what position the LSFN would have been in but for the breach. He determined that, had Canada acted legally, it would have taken the reserve lands in 1929 through expropriation or surrender. Based on the evidence before him, the trial judge assessed the losses presuming the highest and best use and with the benefit of hindsight.

négocier une indemnité en fonction du meilleur prix qui pouvait être obtenu pour l'utilisation des terres aux fins de production d'hydroélectricité. En l'espèce, la présomption de l'utilisation optimale signifie que les terres devaient être évaluées en fonction de leur utilisation réelle en tant que terres inondées pour la production d'hydroélectricité et fait en sorte que l'indemnité en equity soit axée sur une cession négociée fructueuse parce que cela correspond davantage à la nature du manquement, qui comprenait le fait de ne pas avoir tenu la LSFN informée et de ne pas avoir empêché la réalisation du projet jusqu'à l'issue des négociations sur l'indemnité. En equity, il est présumé que la LSFN aurait accepté une entente négociée au meilleur prix que la Couronne aurait pu obtenir de façon réaliste à l'époque. La valeur des terres inondées doit être réévaluée.

La juge Côté (dissidente) : Il n'y a aucune raison de modifier l'évaluation de l'indemnité en equity faite par le juge de première instance. Celui-ci a évalué l'indemnité pour la valeur des terres inondées en 1929 sur la base d'un examen en profondeur des faits établis dans le dossier. Comme il n'y a aucune erreur révisable dans l'analyse du juge de première instance, le pourvoi devrait être rejeté.

S et la LSFN n'ont pas démontré qu'il existe une raison de modifier l'évaluation du juge de première instance. La conclusion de celui-ci portant que la LSFN aurait dû être indemnisés au moyen d'un paiement unique en 1929 selon un modèle d'expropriation n'est pas une erreur isolable, et n'est donc pas assujettie à la norme de la décision correcte. Les conclusions du juge de première instance concernant ce qui se serait vraiment passé en 1929 si le Canada n'avait pas manqué à son obligation envers la LSFN sont des conclusions de fait, et non des conclusions de droit. Aucune conclusion de fait particulière tirée par le juge de première instance n'a été établie comme constituant une erreur manifeste et déterminante.

Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur révisable. Il a appliqué les principes de l'indemnisation en equity, notamment l'importance particulière que revêt son effet dissuasif afin de favoriser l'objectif continu de réconciliation entre le Canada et les peuples autochtones. Il s'est reporté au moment où le manquement a eu lieu et, sur le fondement d'une analyse rétrospective et du dossier de preuve, il a déterminé la situation dans laquelle se serait trouvée la LSFN n'eût été le manquement. Il a établi que, si le Canada avait agi conformément à la loi, il aurait pris les terres de réserve en 1929 au moyen de l'expropriation ou d'une cession. À la lumière de la preuve dont il disposait, le juge de première instance a évalué les pertes subies en supposant qu'il y avait eu utilisation optimale et en effectuant une analyse rétrospective.

While there is agreement with the majority that equitable compensation in this case should be assessed on the basis of a negotiated surrender, there is disagreement with the majority's view that the lost opportunity equates to a lost opportunity to negotiate a surrender of the lands for hydroelectricity generation. The value of the compensation that Canada should have negotiated for the LSFN cannot be assessed in an evidentiary or factual vacuum and the majority seeks to impose a greater obligation on a trial judge than the law demands. The majority's characterization presupposes that the trial judge had the requisite factual basis to make such a finding, while it is clear from the record that he did not. At trial, no evidence was provided regarding a one-time payment for the flooded lands for hydroelectric purposes. S and the LSFN must bear the consequences of their trial strategy, even though they have changed tack on appeal. Therefore, the trial judge was correct to find that the argument that Canada could, and should, have paid more than fair market value for the lands was nothing more than optimistic speculation.

The trial judge's determination regarding the comparability of the Kananaskis Falls Projects and the Lac Seul situation is a factual determination. His finding that the Kananaskis Falls Projects were not a relevant proxy was supported by the limited evidence before him. That evidence does not substantiate a finding that he made a palpable and overriding error in refusing to award a sum in excess of the fair market value of the lands. It is simply speculation to conclude that Canada's differing approach for the Kananaskis Falls Projects leads to the conclusion that it breached its duty in this case.

Moreover, the trial judge's inclusion of a robust non-calculable loss analysis allowed him to meaningfully consider the impact of the flooding on the LSFN. He appropriately acknowledged and incorporated the impact on the community and the LSFN's perspective in his analysis. The total equitable compensation awarded ensures that S and the LSFN are compensated for the value of the lands.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Applied: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33,

Bien qu'il y ait accord avec les juges majoritaires pour dire qu'en l'espèce, l'indemnité en equity doit être évaluée en fonction d'une cession négociée, il y a désaccord avec leur avis que la perte de l'opportunité équivaut à la perte de l'opportunité de négocier une cession des terres pour la production d'hydroélectricité. La valeur de l'indemnité que le Canada aurait dû négocier pour la LSFN ne peut être établie sans preuve ou sans fondement factuel et les juges majoritaires imposent au juge de première instance une obligation plus lourde que celle qui est prévue en droit. La qualification des juges majoritaires présuppose que le juge de première instance disposait du fondement factuel nécessaire pour tirer une telle conclusion, alors qu'il ressort clairement du dossier que ce n'était pas le cas. Au procès, aucun élément de preuve n'a été présenté concernant le paiement d'une indemnité unique pour les terres inondées à des fins hydroélectriques. S et la LSFN sont responsables des conséquences de la stratégie qu'ils ont adoptée au procès, même s'ils ont changé leur fusil d'épaule en appel. C'est donc à raison que le juge de première instance a conclu que l'argument suivant lequel le Canada pouvait et aurait dû payer un prix supérieur à la juste valeur marchande des terres se résumait à des suppositions fantaisistes.

La conclusion tirée par le juge de première instance concernant la comparabilité des projets des chutes Kananaskis et de la situation du lac Seul était une conclusion de fait. Sa conclusion suivant laquelle les projets des chutes Kananaskis n'étaient pas un indicateur pertinent trouvait appui dans la preuve limitée dont il disposait. Cette preuve ne permet pas de conclure qu'il a commis une erreur manifeste et déterminante en refusant d'accorder une somme supérieure à la juste valeur marchande des terres. Il serait spéculatif de soutenir que le comportement différent du Canada dans les projets des chutes Kananaskis mène à la conclusion que celui-ci a manqué à son obligation en l'espèce.

De plus, le fait que le juge de première instance a effectué une solide analyse des pertes non calculables lui a permis de tenir véritablement compte des répercussions de l'inondation sur la LSFN. Il a bien pris acte des répercussions sur la communauté et du point de vue de la LSFN et en a dûment tenu compte dans son analyse. L'indemnité en equity totale accordée garantit que S et la LSFN sont indemnisés de la valeur des terres.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts appliqués : *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746; *Housen c. Nikolaisen*, 2002

[2002] 2 S.C.R. 235; **distinguished:** *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; **considered:** *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; **referred to:** *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, [2021] 1 S.C.R. 533; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321; *Stirrett v. Cheema*, 2020 ONCA 288, 150 O.R. (3d) 561; *AIB Group (UK) plc v. Mark Redler & Co. Solicitors*, [2014] UKSC 58, [2015] A.C. 1503; *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142; *Target Holdings Ltd. v. Redferns*, [1996] 1 A.C. 421; *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465.

By Côté J. (dissenting)

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Modern Cleaning Concept Inc. v. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 SCC 28, [2019] 2 S.C.R. 406; *Nelson (City) v. Mowatt*, 2017 SCC 8, [2017] 1 S.C.R. 138; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *National Westminster Bank plc v. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35.
Expropriation Act, R.S.C. 1985, c. E-21.
Expropriations Act, R.S.O. 1990, c. E.26.
Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 48, 50, 51.
Royal Proclamation, 1763 (G.B.), 3 Geo. 3 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1].
Unemployment Relief Act, 1930, S.C. 1930, c. 1.

CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; **distinction d'avec l'arrêt :** *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; **arrêt examiné :** *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; **arrêts mentionnés :** *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17, [2021] 1 R.S.C. 533; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. c. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Whitefish Lake Band of Indians c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321; *Stirrett c. Cheema*, 2020 ONCA 288, 150 O.R. (3d) 561; *AIB Group (UK) plc c. Mark Redler & Co. Solicitors*, [2014] UKSC 58, [2015] A.C. 1503; *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142; *Target Holdings Ltd. c. Redferns*, [1996] 1 A.C. 421; *Brickenden c. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Whitefish Lake Band of Indians c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Modern Concept d'entretien inc. c. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 CSC 28, [2019] 2 R.C.S. 406; *Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, [2017] 1 R.C.S. 138; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *National Westminster Bank plc c. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Loi des Indiens, S.R.C. 1927, c. 98, art. 48, 50, 51.
Loi remédiant au chômage, 1930, S.C. 1930, c. 1.
Loi sur l'expropriation, L.R.C. 1985, c. E-21.
Loi sur l'expropriation, L.R.O. 1990, c. E.26.
Proclamation royale (1763) (G.-B.), 3 Geo. 3 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1].

Treaties and Agreements

Treaty No. 3 (1873).

Authors Cited

- Bray, Samuel L. “Fiduciary Remedies”, in Evan J. Criddle, Paul B. Miller and Robert H. Stikoff, eds., *The Oxford Handbook of Fiduciary Law*. New York: Oxford University Press, 2019, 449.
- Luk, Senwung. “Not So Many Hats: The Crown’s Fiduciary Obligations to Aboriginal Communities since *Guerin*” (2013), 76 *Sask. L. Rev.* 1.
- Mainville, Robert. *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach*. Saskatoon: Purich Publishing, 2001.
- McCabe, J. Timothy S. *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 9th ed. by Albert H. Oosterhoff, Robert Chambers and Mitchell McInnes. Toronto: Carswell, 2019.
- Rotman, Leonard I. *Fiduciary Law*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.
- Rotman, Leonard I. “Understanding Fiduciary Duties and Relationship Fiduciarity” (2017), 62 *McGill L.J.* 975.
- Slattery, Brian. “The Aboriginal Constitution” (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 319.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Webb and Gleason JJ.A.), 2019 FCA 171, [2020] 1 F.C.R. 745, 89 C.L.R. (4th) 1, 15 L.C.R. (2d) 99, [2019] F.C.J No. 672 (QL), 2019 CarswellNat 2362 (WL Can.), affirming a decision of Zinn J., 2017 FC 906, 74 C.L.R. (4th) 4, [2018] 4 C.N.L.R. 63, 6 L.C.R. (2d) 73, [2017] F.C.J. No. 966 (QL), 2017 CarswellNat 5620 (WL Can.). Appeal allowed, Côté J. dissenting.

Rosanne Kyle and Elin Sigurdson, for the appellants.

Christopher Rupar and Michael Roach, for the respondent.

P. Mitch McAdam, Q.C., for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Carly Fox, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

Traités et ententes

Traité n° 3 (1873).

Doctrine et autres documents cités

- Bray, Samuel L. « Fiduciary Remedies », in Evan J. Criddle, Paul B. Miller and Robert H. Stikoff, eds., *The Oxford Handbook of Fiduciary Law*, New York, Oxford University Press, 2019, 449.
- Luk, Senwung. « Not So Many Hats : The Crown’s Fiduciary Obligations to Aboriginal Communities since *Guerin* » (2013), 76 *Sask. L. Rev.* 1.
- Mainville, Robert. *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach*, Saskatoon, Purich Publishing, 2001.
- McCabe, J. Timothy S. *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2008.
- Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials*, 9th ed. by Albert H. Oosterhoff, Robert Chambers and Mitchell McInnes, Toronto, Carswell, 2019.
- Rotman, Leonard I. *Fiduciary Law*, Toronto, Thomson/Carswell, 2005.
- Rotman, Leonard I. « Understanding Fiduciary Duties and Relationship Fiduciarity » (2017), 62 *R.D. McGill* 975.
- Slattery, Brian. « The Aboriginal Constitution » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 319.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Nadon, Webb et Gleason), 2019 CAF 171, [2020] 1 R.C.F. 745, 90 C.L.R. (4th) 191, 15 L.C.R. (2d) 99, [2019] A.C.F. n° 672 (QL), 2019 CarswellNat 14248 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Zinn, 2017 CF 906, 74 C.L.R. (4th) 136, [2018] 4 C.N.L.R. 63, 6 L.C.R. (2d) 73, [2017] A.C.F. n° 966 (QL), 2017 CarswellNat 8273 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

Rosanne Kyle et Elin Sigurdson, pour les appelants.

Christopher Rupar et Michael Roach, pour l’intimée.

P. Mitch McAdam, c.r., pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Carly Fox, pour l’intervenante Assembly of Manitoba Chiefs.

Christopher Devlin, for the intervener the Tse-shaht First Nation.

Kate Kempton, for the intervener Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc.

Harley Schachter, for the intervener the Treaty Land Entitlement Committee of Manitoba Inc.

Cynthia Westaway, for the intervener the Anishinabek Nation.

David G. Leitch, for the intervener the Wauzhushk Onigum Nation.

Donald R. Colborne, for the interveners the Big Grassy First Nation, the Onigaming First Nation, the Naotkamegwanning First Nation and the Niisaachewan First Nation.

Peter Millerd, for the interveners the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Penticton Indian Band and the Williams Lake First Nation.

Ronald S. Maurice, for the intervener the Federation of Sovereign Indigenous Nations.

Steven W. Carey, for the intervener the Atikameksheng Anishnawbek First Nation.

Tim Dickson, for the intervener the Kwantlen First Nation.

Stuart Wuttke, for the intervener the Assembly of First Nations.

Benoît Amyot, for the intervener the Assembly of First Nations Quebec-Labrador.

Kate Gunn, for the intervener the Grand Council Treaty #3.

Stacey Douglas, for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke.

Alisa R. Lombard, for the intervener the Elsipogtog First Nation.

Christopher Devlin, pour l'intervenante Tseshaht First Nation.

Kate Kempton, pour l'intervenante Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc.

Harley Schachter, pour l'intervenante Treaty Land Entitlement Committee of Manitoba Inc.

Cynthia Westaway, pour l'intervenante la Nation Anishinabek.

David G. Leitch, pour l'intervenante Wauzhushk Onigum Nation.

Donald R. Colborne, pour les intervenantes Big Grassy First Nation, Onigaming First Nation, Naotkamegwanning First Nation et Niisaachewan First Nation.

Peter Millerd, pour les intervenantes Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, Penticton Indian Band et Williams Lake First Nation.

Ronald S. Maurice, pour l'intervenante la Fédération des nations autochtones souveraines.

Steven W. Carey, pour l'intervenante la Première Nation Atikameksheng Anishnawbek.

Tim Dickson, pour l'intervenante Kwantlen First Nation.

Stuart Wuttke, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Benoît Amyot, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations Québec-Labrador.

Kate Gunn, pour l'intervenant Grand Council Treaty #3.

Stacey Douglas, pour l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke.

Alisa R. Lombard, pour l'intervenante la Première Nation d'Elsipogtog.

Catherine J. Boies Parker, Q.C., for the intervener the Chemawawin Cree Nation.

Reidar M. Mogerman, Q.C., for the intervener the West Moberly First Nations.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer J.J. was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — At the beginning of the twentieth century, Canada needed more electricity to fuel Winnipeg’s economic growth. The governments of Canada, Manitoba, and Ontario decided to create a water reservoir in northern Ontario to power hydroelectricity generation. They settled on Lac Seul, which flows into both Ontario and Manitoba, and determined that if they raised the water level of Lac Seul by 10 feet, or approximately 3 metres, they could generate substantial electricity. Construction of the dam was completed in 1929 and the water steadily rose through the 1930s. The project was a success for the three governments.

[2] The project was also a tragedy for the Lac Seul First Nation (LSFN). The LSFN’s reserve (Reserve) is located on the southeastern shore of Lac Seul. Almost one-fifth of its best land was flooded and its members were “deprived of their livelihood, robbed of their natural resources, and driven out of their home[s]” (2017 FC 906, [2018] 4 C.N.L.R. 63, at para. 156).

[3] Canada was aware from the outset that flooding Lac Seul by 10 feet would cause “very considerable” damage to the Reserve. In the late 1920s, the Supervisor responsible for valuing the loss warned that the Reserve would be “ruined for any purpose [for] which it was set aside”, that the members of the First Nation were “helpless to avert this calamity”, and that they viewed their future “with utter dismay” (Trial Reasons, at paras. 152 and 156).

Catherine J. Boies Parker, c.r., pour l’intervenante Chemawawin Cree Nation.

Reidar M. Mogerman, c.r., pour l’intervenante West Moberly First Nations.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Au début du 20^e siècle, le Canada a eu besoin de plus d’électricité pour stimuler la croissance économique de Winnipeg. Les gouvernements du Canada, du Manitoba et de l’Ontario ont donc décidé de créer un réservoir d’eau dans le nord de l’Ontario pour produire de l’hydroélectricité. Ils ont choisi le lac Seul, qui se déverse en Ontario et au Manitoba, et ont établi qu’une élévation du niveau de l’eau de 10 pieds, ou environ 3 mètres, pourrait permettre de produire une grande quantité d’électricité. La construction du barrage a été achevée en 1929, et le niveau de l’eau a augmenté régulièrement pendant les années 1930. Le projet a été une réussite pour les trois gouvernements.

[2] Le projet s’est aussi révélé être une tragédie pour la Lac Seul First Nation (LSFN). La réserve de la LSFN (réserve) est située sur la rive sud-est du lac Seul. Près du cinquième de ses meilleures terres a été inondé, et ses membres ont été [TRADUCTION] « privés de leurs moyens de subsistance, dépouillés de leurs ressources naturelles et chassés de leur foyer » (2017 CF 906, 74 C.L.R. (4th) 136, par. 156).

[3] Le Canada savait dès le départ que l’élévation de 10 pieds du niveau du lac Seul causerait des dommages [TRADUCTION] « considérables » à la réserve. À la fin des années 1920, le superviseur chargé d’évaluer les pertes avait affirmé que la réserve serait [TRADUCTION] « ruinée aux fins pour lesquelles elle a[va]it été mise de côté », que les membres de la Première Nation ne pouvaient « rien faire pour éviter cette calamité » et qu’ils entrevoyaient leur avenir « dans la plus grande consternation » (motifs de première instance, par. 152 et 156).

[4] Despite repeated warnings from government officials about the impact that the project would have on the First Nation, the project advanced without the consent of the Lac Seul First Nation, without any compensation, and without the lawful authorization required.

[5] Since the *Royal Proclamation, 1763* (G.B.), 3 Geo. 3 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), Indigenous interests in land, including reserve land, cannot be taken or used without legal authorization from the Crown. The *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, permitted expropriation for public works, but only with the approval of Cabinet through the Governor in Council. Treaty No. 3 (1873), that set aside the reserve land for the LSFN, required “due compensation” for any taking or appropriation. In addition, this Court recognized in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, and subsequent decisions, that the Crown is subject to a fiduciary duty when it exercises control over Indigenous interests. This fiduciary duty imposes strict obligations on the Crown to advance the best interests of Indigenous Peoples.

[6] The trial judge concluded that Canada failed to meet its fiduciary duty to the Lac Seul First Nation in respect of its interest in Reserve land. On appeal, Canada does not dispute this conclusion.

[7] Canada did not keep the LSFN informed about the project; did not consult the LSFN; did not negotiate on the LSFN’s behalf to get the best compensation possible; did not use its power to refuse to authorize the project until the other parties agreed to fair compensation; and the compensation Canada did manage to negotiate — 14 years after the flooding began — was inadequate. This was unlawful and egregious conduct, even by the standards of the time. As the trial judge observed, this outcome was “inexplicable” (para. 298).

[8] The results of Canada’s failures are tragic and well documented. Roughly 17 percent of the

[4] Malgré les nombreux avertissements formulés par des représentants du gouvernement au sujet des répercussions qu’aurait le projet sur la Première Nation, celui-ci a été lancé sans le consentement de la Lac Seul First Nation, sans aucune indemnisation et sans l’autorisation requise en vertu de la loi.

[5] Depuis la *Proclamation royale* (1763) (G.-B.), 3 Geo. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1), les intérêts autochtones sur les terres, y compris les terres de réserve, ne peuvent pas être appropriés ou utilisés sans l’autorisation légale de la Couronne. La *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, permettait l’expropriation pour les besoins d’un ouvrage public, mais seulement avec l’approbation du Cabinet par l’entremise du gouverneur en conseil. Le *Traité n° 3* (1873), qui prévoyait la mise de côté des terres de réserve de la LSFN, exigeait qu’une « compensation équitable » soit versée pour toute prise ou appropriation. En outre, la Cour a reconnu dans l’arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, et les décisions subséquentes que la Couronne a une obligation de fiduciaire lorsqu’elle exerce un contrôle sur les intérêts autochtones; celle-ci lui impose aussi l’obligation stricte de défendre le meilleur intérêt des peuples autochtones.

[6] Le juge de première instance a conclu que le Canada avait manqué à son obligation de fiduciaire envers la Lac Seul First Nation en ce qui a trait à son intérêt dans les terres de réserve. En appel, le Canada ne conteste pas cette conclusion.

[7] Le Canada n’a pas tenu la LSFN informée du projet; ne l’a pas consultée; n’a pas négocié en son nom pour obtenir la meilleure indemnité possible; et n’a pas exercé son pouvoir de refuser d’autoriser le projet jusqu’à ce que les autres parties consentent à verser une juste indemnité. En outre, l’indemnité que le Canada a réussi à négocier — 14 ans après le début de l’inondation des terres — était insuffisante. Pareille conduite était illégale et inacceptable, même selon les normes de l’époque. Comme l’a fait observer le juge de première instance, ce résultat était « inexplicable » (par. 298).

[8] Les conséquences de ces manquements de la part du Canada sont tragiques et bien documentées.

Reserve — 11,304 acres or approximately 4,575 hectares — is now permanently flooded. Homes were destroyed, as were wild rice fields, gardens, haylands, and gravesites. Fishing, hunting, and trapping were all impacted. The LSFN was separated because one part of the Reserve became an island. And, despite the sacrifices suffered by the LSFN to make the hydroelectricity project possible, the Reserve was not provided with electricity until the 1980s.

[9] The LSFN challenges the trial judge's evaluation of equitable compensation for the loss of the flooded lands. The issue for this Court is how to assess equitable compensation for the loss caused by Canada's breach of fiduciary duty. The central inquiry is: what position would the beneficiary be in had the fiduciary fulfilled its obligations?

[10] The trial judge valued the flooded land based on its value in 1929, with 10 percent valued as waterfront land and 90 percent valued as bushland. He determined that because Canada was authorized to expropriate the land for a public work under the *Indian Act* provisions in force at the time, the land should be valued based upon an expropriation in 1929. Thus, the trial judge concluded that the First Nation was not entitled to be compensated for any value that the land provided to the hydroelectricity project itself.

[11] In my view, this approach to equitable compensation for breach of fiduciary duty is flawed. By looking solely at the amount the LSFN would have received if Canada had complied with the general law relating to expropriation, the trial judge gave no effect to the unique obligations imposed by the fiduciary duty. The trial judge improperly focused on what Canada would *likely have done*, as opposed to what Canada *ought to have done* as a fiduciary. While I agree with much of the trial judge's analysis,

Près de 17 p. 100 de la réserve — 11 304 acres ou environ 4 575 hectares — est maintenant inondée de façon permanente. Des maisons ont été détruites, tout comme des cultures de riz sauvage, des potagers, des prairies de fauche et des tombes. Les activités de pêche, de chasse et de piégeage ont aussi été touchées. La LSFN a été scindée parce qu'une partie de la réserve est devenue une île. De plus, en dépit des sacrifices imposés à la LSFN pour rendre possible la réalisation du projet d'hydroélectricité, la réserve n'a obtenu l'électricité que dans les années 1980.

[9] La LSFN conteste l'évaluation faite par le juge de première instance de l'indemnité en equity pour la perte des terres inondées. La Cour doit déterminer comment évaluer l'indemnité en equity pour la perte causée par le manquement du Canada à son obligation de fiduciaire. La question centrale est la suivante : dans quelle situation la bénéficiaire se trouverait-elle si le fiduciaire s'était acquitté de ses obligations?

[10] Le juge de première instance a évalué les terres submergées en fonction de leur valeur en 1929 : 10 p. 100 des terres ont été évaluées comme des terres riveraines et 90 p. 100 comme des terrains boisés. Il a établi que, puisque le Canada pouvait exproprier les terres pour les besoins d'un ouvrage public en vertu des dispositions de la *Loi des Indiens* en vigueur à l'époque, celles-ci devaient être évaluées comme si elles avaient été expropriées en 1929. Par conséquent, le juge de première instance a conclu que la Première Nation n'avait pas le droit d'être indemnisée pour toute valeur qu'apportaient les terres au projet d'hydroélectricité lui-même.

[11] À mon avis, cette démarche relative à l'indemnisation en equity pour manquement à l'obligation de fiduciaire est erronée. En se penchant uniquement sur le montant que la LSFN aurait reçu si le Canada s'était conformé au droit général en matière d'expropriation, le juge de première instance n'a pas tenu compte des obligations particulières qu'impose l'obligation de fiduciaire. Le juge de première instance s'est concentré à tort sur ce que le Canada aurait *vraisemblablement fait*, plutôt que sur ce qu'il

this error tainted his assessment of equitable compensation.

[12] The fiduciary duty imposes heavy obligations on Canada. The duty does not melt away when Canada has competing priorities. Canada was under an obligation to preserve and protect the LSFN's interest in the Reserve. This included an obligation to negotiate compensation for the LSFN on the basis of the value of the land to the hydroelectricity project. Compensation must be assessed on that basis.

[13] I would allow the appeal and remit the case back to the Federal Court for reassessment of the equitable compensation to include the value of the flooded land to the hydroelectricity project.

I. Background

[14] The LSFN is a Treaty 3 First Nation in Northern Ontario. The members are Anishinaabe people. According to Chief Clifford Bull, they have always been lake dwellers who travelled through the water, kept their homes and gardens near the water, cultivated wild rice in the water, fished in the water, and hunted near the water.

[15] The LSFN's traditional territory extends from the Trout Lake region in northwestern Ontario, southeast through the Lac Seul region, and northeast towards Lake St. Joseph. The LSFN has one Reserve, called the Lac Seul Indian Reserve No. 28, which is located on the southeastern shore of Lac Seul in northern Ontario. The Reserve has three communities — Kejick Bay, Whitefish Bay, and Frenchman's Head.

[16] The Reserve was created under Treaty 3, which required Canada to select and set aside reserves that would be "most convenient and advantageous for each band or bands of Indians". In 1875, the LSFN chose Lac Seul as the site of the Reserve because of the resources along the shoreline and the social, cultural, and spiritual importance of the area.

aurait dû faire en tant que fiduciaire. Bien que je souscrive en grande partie à l'analyse faite par le juge de première instance, cette erreur a entaché son évaluation de l'indemnité en equity.

[12] L'obligation de fiduciaire impose au Canada un lourd fardeau qui ne s'évapore pas lorsqu'il a des priorités concurrentes. Le Canada avait l'obligation de préserver et de protéger l'intérêt de la LSFN dans la réserve. Il était notamment tenu de négocier l'indemnité au nom de celle-ci en fonction de la valeur des terres pour le projet d'hydroélectricité. L'indemnité doit être évaluée sur ce fondement.

[13] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour fédérale en vue d'une nouvelle évaluation de l'indemnité en equity afin qu'elle comprenne la valeur des terres inondées pour le projet d'hydroélectricité.

I. Contexte

[14] La LSFN, établie dans le nord de l'Ontario, a adhéré au Traité n° 3. Ses membres font partie de la nation anishinaabe. Selon le chef Clifford Bull, ils ont toujours été des habitants lacustres qui se déplaçaient sur l'eau, établissaient leurs maisons et leurs jardins près de l'eau, cultivaient du riz sauvage dans l'eau, pêchaient et chassaient près de l'eau.

[15] Le territoire traditionnel de la LSFN s'étend de la région du lac Trout dans le nord-ouest de l'Ontario, traversant la région du lac Seul en direction sud-est jusqu'au lac St-Joseph au nord-est. La LSFN dispose d'une réserve, appelée Lac Seul Indian Reserve n° 28, qui est située sur la rive sud-est du lac Seul, dans le nord de l'Ontario. Elle compte trois communautés : Kejick Bay, Whitefish Bay et Frenchman's Head.

[16] La réserve a été créée en vertu du Traité n° 3, qui exigeait que le Canada choisisse et mette de côté les réserves qui seraient « le[s] plus convenable[s] et le[s] plus avantageu[s]es pour chaque bande ou bandes des Indiens ». En 1875, la LSFN a choisi le lac Seul comme emplacement pour la réserve en raison des ressources se trouvant le long du rivage et de l'importance sociale, culturelle et spirituelle de la région.

[17] In the early twentieth century, Canada wanted to provide more electricity to Winnipeg. By 1911, Canada identified Lac Seul as a potential reservoir for hydroelectricity generation (Project). Lac Seul flows into the English River in Ontario, which in turn flows into the Winnipeg River in Manitoba. In 1915, the Dominion Water Power Branch, within the Department of the Interior, prepared a report noting that a 10 foot flooding of Lac Seul would increase the power potential on the English River by 233 percent.

[18] In the same year, the Manitoba Hydrographic Survey began preliminary fieldwork. Chief John Akewance of the LSFN first became aware of the potential Project through the fieldwork, and wrote to Indian Agent R. S. McKenzie in 1915 outlining his concerns. Canada advised the Indian Agent that “there is no present intention to raise the waters of Lac Seul” (Trial Reasons, at para. 127).

[19] The fieldwork report was released in 1916 and noted that the Project would flood portions of the Reserve. In 1917, Canada recommended to Ontario that it obtain flowage rights over the land that would need to be flooded. In 1919, Canada informed itself about the procedure for granting flowage rights on reserve land:

If after negotiation the offer is accepted on behalf of the Indians, or amended and so accepted, the amount of compensation agreed upon is deposited with the Minister of Finance for the use of the band of Indians and the land is surrendered.

(Trial Reasons, at para. 132)

Canada wrote to Ontario again in 1921 urging that they reserve the flooding rights. There is no record of a response.

[20] In 1924, Chief Paul Thomas met with Indian Agent Frank Edwards to express the LSFN’s concerns. Agent Edwards told Chief Thomas that Canada

[17] Au début du 20^e siècle, le Canada voulait produire plus d’électricité pour Winnipeg. En 1911, le Canada avait désigné le lac Seul comme réservoir potentiel pour la production d’hydroélectricité (projet). Le lac Seul se déverse dans la rivière English en Ontario, laquelle se déverse à son tour dans la rivière Winnipeg au Manitoba. En 1915, la Direction générale des forces hydrauliques du ministère de l’Intérieur a rédigé un rapport dans lequel il était indiqué que la hausse de 10 pieds du niveau du lac Seul permettrait d’accroître de 233 p. 100 le potentiel hydraulique de la rivière English.

[18] La même année, la Section des relevés hydrographiques du Manitoba a commencé les travaux préliminaires sur le terrain. Le chef John Akewance de la LSFN a appris l’existence du projet lors des travaux sur le terrain, et il a écrit à l’agent des Indiens R. S. McKenzie en 1915 pour lui faire part de ses préoccupations. Le Canada a informé l’agent des Indiens qu’il [TRADUCTION] « n’[était] pas prévu à [ce moment-là] de relever le niveau de l’eau du lac Seul » (motifs de première instance, par. 127).

[19] Le compte rendu des travaux sur le terrain a été publié en 1916, et il y était indiqué que le projet entraînerait l’inondation de parties de la réserve. En 1917, le Canada a recommandé à l’Ontario d’obtenir les droits de submergement sur les terres qui devraient être inondées. En 1919, le Canada s’est informé de la procédure pour accorder des droits de submergement sur les terres de réserve :

[TRADUCTION] Si, à la suite des négociations, l’offre est acceptée au nom des Indiens, ou modifiée et par la suite acceptée, le montant de l’indemnité convenu est déposé auprès du ministre des Finances aux fins d’usage par la bande autochtone, et les terres sont cédées.

(motifs de première instance, par. 132)

De nouveau, en 1921, le Canada a écrit à l’Ontario pour lui demander de réserver les droits d’inondation. Il n’y a cependant aucune trace de réponse.

[20] En 1924, le chef Paul Thomas a rencontré l’agent des Indiens Frank Edwards pour lui exposer les préoccupations de la LSFN. L’agent Edwards a

would “protect their interests as far as possible” (Trial Reasons, at para. 137 (emphasis in original)).

[21] In February 1928, Canada, Ontario, and Manitoba entered into the Lac Seul Storage Agreement which governed the construction and ownership of the Project. The agreement apportioned the capital costs among the governments, which included “the cost of acquiring flooding privileges or other necessary easements” and “compensation for timber, buildings and improvements, including Ontario Crown Lands, Indian Lands and lands owned by private individuals” (Trial Reasons, at para. 147).

[22] In April 1928, Ontario wrote to affected landowners regarding the Project. Ontario also notified the Department of Indian Affairs and indicated that the water levels would be raised by approximately 12 feet. In the summer of 1928, H. J. Bury, the Supervisor of Indian Timber Lands, appraised the value of the LSFN’s anticipated losses at \$120,200. Ontario disagreed with the estimate. Mr. Bury reiterated his position in two internal memoranda. On May 14, 1929, he wrote that “[t]he reserve is ruined for any purpose [for] which it was set aside . . . for the Indians” (Trial Reasons, at para. 156). Two days later, he wrote:

There are 688 Indians on the reserve, who are helpless to avert this calamity, and who view the future with utter dismay, but I feel that the associated governments concerned, will not permit these Indians to be deprived of their livelihood, robbed of their natural resources, and driven out of their home[s], without not only allowing them generous monetary compensation, but also make provision, during the period of years in which they will have to re-adjust themselves to new and strange conditions, for exclusive trapping rights for them in a district remote from civilization.

(Trial Reasons, para. 156)

fait savoir au chef Thomas que le Canada [TRADUCTION] « protégerait les intérêts de la Première Nation dans la mesure du possible » (motifs de première instance, par. 137 (souligné dans l’original)).

[21] En février 1928, le Canada, l’Ontario et le Manitoba ont signé l’Accord du barrage-réservoir du lac Seul, qui régissait la construction et la propriété du projet. Selon l’Accord, les dépenses en immobilisations étaient réparties entre les gouvernements, et comprenaient [TRADUCTION] « le coût d’acquisition des privilèges de submersion et autres servitudes nécessaires » et « l’indemnité pour coupe de bois, construction de bâtiments et améliorations, y compris les terres de la Couronne de l’Ontario, les terres des Indiens et les terres appartenant à des particuliers » (motifs de première instance, par. 147).

[22] En avril 1928, l’Ontario a communiqué par écrit au sujet du projet avec les propriétaires fonciers concernés. L’Ontario a également informé le ministère des Affaires indiennes et lui a indiqué que le niveau de l’eau serait relevé d’environ 12 pieds. À l’été 1928, H. J. Bury, le superviseur des terres à bois des Indiens, a estimé la valeur des pertes anticipées de la LSFN à 120 200 \$. L’Ontario a contesté l’estimation. Monsieur Bury a réitéré sa position dans deux notes internes. Le 14 mai 1929, il a écrit que [TRADUCTION] « [l]a réserve [était] à toutes fins utiles ruinée aux fins [pour] lesquelles elle a[vait] été mise de côté [. . .] pour les [Indiens] » (motifs de première instance, par. 156). Deux jours plus tard, il a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Il y a 688 Indiens dans la réserve qui ne peuvent rien faire pour éviter cette calamité. Ils entrevoient leur avenir dans la plus grande consternation. Pourtant, je crois que les gouvernements en cause ne permettront pas que ces Indiens soient privés de leurs moyens de subsistance, dépouillés de leurs ressources naturelles et chassés de leur foyer sans leur accorder une indemnité généreuse. Les gouvernements doivent prendre des dispositions pour faire en sorte que durant les années où ils doivent s’adapter à de nouvelles conditions étranges, les Indiens bénéficieront de droits de piégeage exclusifs dans une région éloignée de la civilisation.

(motifs de première instance, par. 156)

[23] On May 17, 1929, the Deputy Superintendent General of Indian Affairs wrote to his superior that “[t]he situation is certainly serious; and hardship and disaster appear to face these poor Indians unless some arrangement is made at once, providing for reasonable compensation and the allocation of suitable hunting and fishing grounds elsewhere” (Trial Reasons, at para. 157). No agreement regarding compensation to the LSFN was reached with Ontario.

[24] Ontario applied for necessary approvals in July 1928. The application noted that “[i]t will be necessary in connection with the proposed work to acquire flowage rights over lands on an Indian Reserve” (Trial Reasons, at para. 159 (emphasis deleted)). Even though those rights were never acquired, the dam was completed by June 1929. The power site, the Ear Falls Generating Station, was completed and began delivering power in February 1930.

[25] The flooding of Lac Seul was delayed by disagreements between Canada and Ontario regarding timber clearing. Ontario wanted to harvest its Crown timber prior to flooding. To resolve the impasse, Canada proposed that the timber clearing could be accomplished as an unemployment project under Canada’s depression-era *Unemployment Relief Act, 1930*, S.C. 1930, c. 1. As negotiations for this relief project unfolded, Canada assured the LSFN’s members that “their interests will be protected to the fullest possible extent” (Trial Reasons, at para. 181 (emphasis in original)).

[26] In July 1933, Canada’s Minister of the Interior signed the agreement for the relief project. A week later, the local Indian Agent and the timber supervisor assured the LSFN that the water would not be raised “for several years to come” (Trial Reasons, at para. 183). The relief project was a failure. Less than 700 acres were cleared at a cost of over \$850,000 to

[23] Le 17 mai 1929, le surintendant général adjoint des Affaires indiennes a écrit ce qui suit à son supérieur : [TRADUCTION] « La situation est certes sérieuse. Ces pauvres Indiens font face à de rudes épreuves et à une catastrophe, à moins que des mesures soient prises de toute urgence pour leur verser une indemnité raisonnable et leur attribuer des terres de chasse et de pêche convenables à un autre endroit » (motifs de première instance, par. 157). Aucun accord relatif à l’octroi d’une indemnité à la LSFN n’a été conclu avec l’Ontario.

[24] En juillet 1928, l’Ontario a demandé les approbations nécessaires. La demande précisait que [TRADUCTION] « [r]elativement aux travaux proposés, il sera nécessaire d’obtenir les droits de submergement sur les terres de la réserve [indienne] » (motifs de première instance, par. 159 (soulignement omis)). Même si les droits en question n’ont jamais été obtenus, la construction du barrage a pris fin en juin 1929. Le site hydroélectrique, la centrale électrique d’Ear Falls, a été achevé et son exploitation a commencé en février 1930.

[25] L’élévation du niveau du lac Seul a été retardée en raison de désaccords entre le Canada et l’Ontario au sujet de l’abattage du bois. L’Ontario voulait couper le bois se trouvant sur les terres de la Couronne avant l’inondation. Pour résoudre cette impasse, le Canada a proposé que l’abattage du bois soit fait dans le cadre d’un projet de lutte au chômage, conformément à la *Loi remédiant au chômage, 1930*, S.C. 1930, c. 1, datant de l’époque de la dépression. Alors que se déroulaient les négociations entourant ce projet, le Canada a donné l’assurance aux membres de la LSFN que [TRADUCTION] « leurs droits seront protégés dans toute la mesure possible » (motifs de première instance, par. 181 (souligné dans l’original)).

[26] En juillet 1933, le ministre de l’Intérieur du Canada a signé l’entente sur le projet de secours. Une semaine plus tard, l’agent local des Indiens et le superviseur de l’abattage ont assuré la LSFN que le niveau de l’eau ne serait pas relevé [TRADUCTION] « avant plusieurs années » (motifs de première instance, par. 183). Le projet de secours a été un échec.

Canada. Members of the LSFN were excluded from employment in the project.

[27] Despite the assurances given to the LSFN, the waters of Lac Seul began to rise in 1934. The damage was extensive. Agent Edwards estimated that at least 29 houses would need to be rebuilt — in total, one-quarter to one-third of the houses ultimately had to be moved or replaced. Between 1935 and 1939, additional damage was documented. In August 1936, Canada’s Superintendent General of Indian Affairs wrote to Ontario’s Minister of Lands and Forests:

. . . the Lac Seul Indian Reserve has been flooded to such a serious extent that we have been compelled already to construct many new houses for the Indians at a cost of \$25,000 and the flood conditions have not only submerged the Indian hay lands, gardens and cultivated land, but have also seriously impaired the efforts of these Indians to earn their livelihood.

The Indians of this Reserve have been definitely assured that their interests would be fully protected and they are at present much disturbed and alarmed at the damage already caused. [Emphasis deleted.]

(Trial Reasons, at para. 192)

[28] In March 1937, Mr. Bury wrote a memorandum regarding the ongoing failure to provide compensation. He wrote:

I desire to again draw your attention to the serious breach of faith that our Department has made with the Indians of the Lac Seul Reserve, respecting promises made to them regarding flooding compensation . . .

...

I consider that these Indians have been very shabbily treated. Their Reserve lands, timber, houses, gardens, rice beds, musk-rat swamps have been flooded now for some years, and we still procrastinate[.] [I]f it had been a white settlement, no person would have dared to flood

Moins de 700 acres ont été défrichées, ce qui a coûté plus de 850 000 \$ au Canada. Les membres de la LSFN ne pouvaient être embauchés dans le cadre du projet de lutte au chômage.

[27] Malgré les garanties données à la LSFN, le niveau de l’eau du lac Seul a commencé à s’élever en 1934. Les dommages causés étaient importants. L’agent Edwards a estimé qu’au moins 29 maisons devaient être reconstruites — au total, entre un quart et un tiers des maisons ont finalement dû être déplacées ou remplacées. Entre 1935 et 1939, d’autres dommages ont été signalés. En août 1936, le surintendant général des Affaires indiennes du Canada a écrit ce qui suit au ministre des Terres et des Forêts de l’Ontario :

[TRADUCTION] . . . la réserve indienne du lac Seul a été si gravement inondée que nous avons été obligés de construire de nombreuses nouvelles maisons pour les Indiens, au coût de 25 000 \$. Par surcroît, les crues ont non seulement inondé les prairies de fauche, les potagers et les terres cultivées par les Indiens, mais ont aussi gravement nui à leurs moyens de subsistance.

Les Indiens de cette réserve ont reçu une assurance catégorique que leurs droits seraient pleinement protégés et ils sont pour l’heure perturbés et affligés par les dommages qui ont été causés. [Soulignement omis.]

(motifs de première instance, par. 192)

[28] En mars 1937, M. Bury a rédigé une note concernant le fait que la LSFN n’avait toujours pas été indemnisée. Il a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Je souhaite de nouveau attirer votre attention au grave manquement à l’engagement que notre ministère avait pris envers les Indiens de la réserve du lac Seul et aux promesses qui leur avaient été faites de les indemniser pour les dommages causés par l’inondation. . .

...

J’estime que ces Indiens ont été rudement maltraités. Leurs terres de réserve, leur [bois], leurs maisons, potagers, prairies de riz sauvage et marécages de rats musqués ont été submergés depuis maintenant plusieurs années. Pourtant, nous continuons de procrastiner. S’il s’était agi

the property, without paying compensation before flooding took place. [Emphasis deleted.]

(Trial Reasons, at para. 194)

[29] Negotiations between Canada and Ontario continued. In 1940, Ontario determined that \$50,000 would be a “fair valuation” of compensation, but Ontario also claimed it was owed compensation for what it viewed as excess acres on the Reserve as well as outstanding claims for timber clearing. The LSFN was not consulted nor informed of the impending settlement.

[30] In 1943, Canada and Ontario finally agreed to a claim amount of \$72,539, with deductions of \$5,000 to pay a timber claim submitted by a lumber company and \$17,276 to pay Ontario for “excess acres” on the Reserve. The balance, \$50,263, was deposited into the LSFN’s trust account on November 17, 1943.

[31] By contrast, Ontario and Canada negotiated compensation with other non-Indigenous groups whose property fell within the flood plain of the dam project, such as the Anglican Church Missionary Society, the Hudson’s Bay Company, and the Canadian National Railway. For instance, the Anglican Church Missionary Society received compensation for the timber destroyed in the floods and for the costs of relocating its church and cemetery. Similarly, the Hudson’s Bay Company engaged in protracted negotiations with the federal government that resulted in compensation not only for “Flowage Rights” over the company’s territory, but also for the value of the buildings and other facilities.

[32] Canada’s conduct towards the LSFN also differs from its conduct in three earlier projects that impacted another First Nation. In the early 1910s, Calgary Power and Transmission sought permission

d’un peuplement de Blancs, personne n’aurait osé inonder leurs terres sans leur verser d’abord une indemnité. [Soulignement omis.]

(motifs de première instance, par. 194)

[29] Les négociations entre le Canada et l’Ontario se sont poursuivies. En 1940, l’Ontario a déterminé qu’un montant de 50 000 \$ représenterait une [TRA-DUCTION] « estimation équitable » de l’indemnité, mais la province a aussi affirmé qu’elle avait droit à une indemnité pour ce qu’elle considérait comme des acres supplémentaires dans la réserve, en plus de réclamations en suspens pour l’abattage de bois. La LSFN n’a pas été informée du règlement imminent, et n’a pas non plus été consultée à cet égard.

[30] En 1943, le Canada et l’Ontario ont fini par s’entendre sur une indemnité d’un montant de 72 539 \$. De ce montant, 5 000 \$ ont été déduits pour régler la réclamation d’une entreprise forestière relativement à la perte de bois, et une somme de 17 276 \$ a aussi été déduite pour payer à l’Ontario les « acres supplémentaires » dans la réserve. Le solde de 50 263 \$ a été déposé dans le compte en fiducie de la LSFN le 17 novembre 1943.

[31] En revanche, l’Ontario et le Canada ont négocié des indemnités avec d’autres groupes non autochtones dont les propriétés se trouvaient dans la plaine inondable du projet de barrage, comme la Société missionnaire de l’Église anglicane, la Compagnie de la Baie d’Hudson et la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada. Par exemple, la Société missionnaire de l’Église anglicane a reçu une indemnité pour le bois détruit par les inondations et pour les coûts de relocalisation de son église et de son cimetière. De même, la Compagnie de la Baie d’Hudson a engagé avec le gouvernement fédéral de longues négociations qui ont abouti à une indemnisation non seulement pour les « droits de submergement » sur le territoire de la compagnie, mais aussi pour la valeur des bâtiments et autres installations.

[32] La conduite du Canada envers la LSFN diffère également de celle qu’il avait adoptée dans le cadre de trois projets antérieurs ayant eu une incidence sur une autre première nation. Au début des années

from Indian Affairs to flood reserve lands of the Stoney Indian Band in Alberta for three hydroelectricity projects (Kananaskis Falls Projects). For all three projects, Canada negotiated a surrender on behalf of the First Nation and insisted on compensation reflecting the value of the land to hydroelectricity generation. Calgary Power entered into three agreements which provided two forms of compensation: a one-time payment for flooded land and a yearly water power rental agreement. This compensation was based upon the value of the land to the project.

[33] Here, there was never a negotiated surrender of the land by the LSFN and Canada did not at any point expropriate the land in accordance with the provisions of the *Indian Act*. Nonetheless, the Project was completed in 1929 and the lands were steadily flooded throughout the 1930s. A total of 11,304 acres, approximately 17 percent of the Reserve, is now flooded. The flooding destroyed wild rice fields, gardens, and haylands for livestock. It impacted fishing and damaged homes, campsites, and shoreline infrastructure. The flooding damaged and exposed graves that were not relocated prior to the flooding. One of the LSFN's communities, Kejick Bay, became an island separated from the other communities.

[34] In September 1985, the LSFN submitted a claim for flooding damages to the Specific Claims Branch of the Department of Indian and Northern Affairs Canada. In 1991, Roger Southwind, for himself and on behalf of the members of the Lac Seul Band of Indians, filed a civil claim against Canada. In November 2006, 63 years after the settlement, the LSFN entered into an agreement with Ontario Power Generation (OPG), the current operator of the Ear Falls Generating Station. The agreement included \$11,200,000 in compensation for losses arising from the Ear Falls Generating Station on the LSFN's traditional territory, but expressly excluded damages caused by the flooding in the 1930s. The settlement included a plan to open a new generating

1910, la Calgary Power and Transmission avait demandé aux Affaires indiennes la permission d'inonder des terres de réserve de la Première Nation de Stoney en Alberta pour trois projets hydroélectriques (projets des chutes Kananaskis). Le Canada avait négocié pour les trois projets une cession au nom de la Première Nation et insisté afin qu'elle obtienne une indemnité correspondant à la valeur des terres pour la production d'hydroélectricité. Calgary Power avait conclu trois accords prévoyant deux formes d'indemnisation : un paiement unique pour les terres inondées et un accord annuel de location d'énergie hydroélectrique. Cette indemnité était fondée sur la valeur des terres pour le projet.

[33] Dans le cas qui nous occupe, il n'y a jamais eu de cession négociée des terres par la LSFN et le Canada n'a jamais exproprié les terres en question conformément aux dispositions de la *Loi des Indiens*. Néanmoins, le projet a été achevé en 1929 et les terres ont été inondées de façon continue tout au long des années 1930. Un total de 11 304 acres, soit environ 17 p. 100 de la réserve, sont maintenant submergées. L'inondation a détruit des cultures de riz sauvage, des potagers et des prairies de fauche pour le bétail. Elle a eu des répercussions sur la pêche en plus d'endommager des maisons, des campements et l'infrastructure riveraine. L'inondation a endommagé et exposé des tombes qui n'avaient pas été déplacées avant que celle-ci ait lieu. L'une des communautés de la LSFN, Kejick Bay, est devenue une île séparée des autres communautés.

[34] En septembre 1985, la LSFN a déposé à la Direction générale des revendications particulières du ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada une demande d'indemnité pour les dommages causés par l'inondation. En 1991, Roger Southwind, en son propre nom et au nom des membres de la Lac Seul Band of Indians, a engagé une poursuite civile contre le Canada. En novembre 2006, soit 63 ans après le règlement, la LSFN a conclu un accord avec Ontario Power Generation (OPG), l'exploitant actuel de la centrale électrique d'Ear Falls. Cet accord comprenait une indemnité de 11 200 000 \$ pour les pertes causées par la centrale électrique d'Ear Falls sur le territoire traditionnel de la LSFN, mais il excluait expressément les

station and provided the LSFN with the opportunity to purchase an equity position of 25 percent. In February 2009, OPG opened the new generating station in partnership with the First Nation. In 2009, a causeway was built to finally reconnect Kejick Bay Island and the Reserve mainland. The LSFN contributed \$1,750,000 to this and a related project.

A. *Trial Decision, 2017 FC 906, [2018] 4 C.N.L.R. 63 (Zinn J.)*

[35] In 1991, Roger Southwind, for himself and on behalf of the members of the Lac Seul Band of Indians, filed a civil claim against Canada in Federal Court for breach of Canada's fiduciary duty and its obligations under the *Indian Act* and Treaty 3. The trial, which lasted more than 50 days, began before Justice Zinn in September 2016.

[36] The parties called 24 witnesses, 22 of whom were expert witnesses whose testimony included how to value the loss and bring that loss forward to present value. The plaintiff proposed various models for assessing compensation, including a revenue-sharing agreement, the loss of revenues from traditional activities, and a land lease. The plaintiff also led evidence regarding Canada's arrangements with another First Nation in contemporaneous hydroelectricity projects. Both parties called expert witnesses to testify about different models for translating historic losses into present value.

[37] The trial judge held that Canada owed the LSFN a fiduciary duty in respect of land reserved for its benefit under Treaty 3. He particularized the following obligations: a duty of loyalty and good faith in the discharge of its mandate as a trustee of the Reserve land; a duty to provide full disclosure and consult with the band; a duty to act with ordinary prudence with a view to the best interests of the LSFN; and a duty to protect and preserve the band's

dommages causés par l'inondation survenue dans les années 1930. L'accord de règlement comprenait aussi un plan pour l'ouverture d'une nouvelle centrale électrique et offrait à la LSFN la possibilité d'acquérir une participation financière de 25 p. 100. En février 2009, OPG a ouvert la nouvelle centrale électrique en partenariat avec la LSFN. En 2009, une route sur digue a été construite pour que l'île de Kejick Bay soit enfin reliée à la partie continentale de la réserve. La LSFN a investi 1 750 000 \$ dans ce projet et un projet connexe.

A. *Décision de première instance, 2017 CF 906, 74 C.L.R. (4th) 136 (le juge Zinn)*

[35] En 1991, Roger Southwind, en son propre nom et au nom des membres de la Lac Seul Band of Indians, a déposé à la Cour fédérale une poursuite civile contre le Canada pour manquement à son obligation de fiduciaire et aux obligations que lui imposaient la *Loi des Indiens* et le Traité n° 3. Le procès, présidé par le juge Zinn, a commencé en septembre 2016 et a duré plus de 50 jours.

[36] Les parties ont fait entendre 24 témoins, dont 22 experts qui ont témoigné notamment sur la façon d'évaluer les pertes et d'en actualiser la valeur. Le demandeur a proposé divers modèles pour l'évaluation de l'indemnité, y compris une entente de partage des bénéfices, la perte des bénéfices découlant des activités traditionnelles et un bail foncier. Il a aussi présenté des éléments de preuve concernant les accords conclus entre le Canada et une autre première nation dans le cadre de projets hydroélectriques qui avaient eu lieu à la même époque. Les deux parties ont fait entendre des témoins experts au sujet des différents modèles permettant de déterminer la valeur actualisée des pertes historiques.

[37] Le juge de première instance a conclu que le Canada avait à l'égard de la LSFN une obligation de fiduciaire relativement aux terres réservées pour son bénéfice conformément au Traité n° 3. Il a précisé que le Canada avait les devoirs suivants : un devoir de loyauté et de bonne foi dans l'exécution de son mandat de fiduciaire des terres de réserve; un devoir de communiquer l'intégralité de l'information à la Première Nation et de la consulter; un devoir d'user

proprietary interests in the Reserve from exploitation (para. 226). The trial judge found that Canada breached each of these obligations.

[38] Canada accepted that equitable compensation was the appropriate remedy for breach of fiduciary duty. The trial judge summarized the principles of equitable compensation as follows: (1) the goal of equitable compensation is to restore what the plaintiff has lost due to the breach; (2) the plaintiff's loss is an opportunity that was not realized because of the breach; (3) the plaintiff's loss must be assessed with the benefit of hindsight and not based on what was foreseeable or known at the date of the breach; (4) the losses are to be determined on a common sense view of causation; (5) the court must assume the plaintiff would have made the most favourable use of the trust property; and (6) the court must assume that the defendant would have carried out its duties in a lawful manner (para. 285).

[39] In applying these principles, the trial judge focused on what would have happened had Canada not breached its duties. He determined that the Project was a public work and it would have been completed. Opposition from the LSFN or the Indian Affairs branch would likely not have stopped the Project. Indeed, the trial judge found that Canada could have legally taken the lands without the LSFN's consent through expropriation. The trial judge determined that it was unlikely that the LSFN could have negotiated a revenue-sharing agreement. He distinguished agreements reached with a First Nation in earlier hydroelectricity projects, which included both a one-time payment and annual rent, on the bases that the hydroelectricity generating stations were located on the reserves rather than downstream and the utility company in the earlier projects had no authority to expropriate the land, but Canada did have that authority in this Project.

de prudence ordinaire dans le meilleur intérêt de la LSFN; et un devoir de préserver les intérêts propriétaires de la bande sur la réserve et de les protéger contre l'exploitation (par. 226). Le juge de première instance a conclu que le Canada avait manqué à chacune de ces obligations.

[38] Le Canada a reconnu qu'une indemnité en equity constituait la réparation appropriée pour un manquement à l'obligation de fiduciaire. Le juge de première instance a résumé les principes de l'indemnisation en equity de la façon suivante : 1) l'objectif de l'indemnisation en equity est de restituer au demandeur ce qu'il a perdu par suite du manquement; 2) ce que le demandeur a perdu est une possibilité qu'il n'a pu réaliser en raison du manquement; 3) il faut évaluer la perte subie par le demandeur en procédant à une analyse rétrospective, et non en se fondant sur des faits prévisibles ou connus au moment du manquement; 4) les pertes doivent être évaluées selon une conception normale du lien de causalité; 5) la cour doit présumer que le demandeur aurait fait l'utilisation la plus avantageuse possible du bien; et 6) la cour doit présumer que le défendeur se serait acquitté de ses obligations conformément à la loi (par. 285).

[39] Lorsqu'il a appliqué ces principes, le juge de première instance s'est concentré sur ce qui se serait passé si le Canada n'avait pas manqué à ses obligations. Il a établi que le projet constituait un ouvrage public et qu'il aurait été achevé. Celui-ci n'aurait vraisemblablement pas été arrêté si la LSFN ou la division des Affaires indiennes s'y étaient opposés. En fait, le juge de première instance a conclu que le Canada aurait pu légalement s'approprier les terres sans le consentement de la LSFN au moyen de l'expropriation. Il a déterminé que la LSFN n'aurait vraisemblablement pas pu négocier une entente de partage des bénéfices. Il a écarté les accords conclus avec une première nation dans le cadre de projets d'hydroélectricité antérieurs; ces accords prévoyaient à la fois un versement unique et un loyer annuel parce que les centrales hydroélectriques étaient situées dans les réserves plutôt qu'en aval, et que la société de services publics n'avait pas le pouvoir d'exproprier les terres dans ces projets antérieurs, alors que le Canada avait un tel pouvoir dans le projet dont il est question en l'espèce.

[40] In light of these findings, the trial judge determined that Canada would have likely obtained a negotiated settlement for a flowage easement or expropriated the land for the limited purpose of facilitating the Project. He assessed the market value of the flooded land based upon a hypothetical flowage easement, valued as if it had been lawfully expropriated according to general expropriation law. In doing so, the trial judge rejected expert opinion seeking to incorporate the value of the land for hydroelectricity generation, reasoning that any value “attributable to the project” was to be excluded under both the *Expropriation Act*, R.S.C. 1985, c. E-21, and the *Expropriations Act*, R.S.O. 1990, c. E.26. He therefore assessed the value of the flooded land at \$1.29 per acre based on its value as 90 percent bushland and 10 percent waterfront land, concluding that “the suggestion that Canada could and should have paid more than this for the land, amounts to nothing more than optimistic speculation” (para. 383).

[41] The trial judge then assessed other calculable losses. He ordered \$13,847,870 in calculable damages. The calculable damages included: \$3,272,572 for the hypothetical flowage easement, based on the \$1.29 per acre value in 1929; \$7,836,252 for timber dues; \$1,959,094 for the excess acreage deduction; and \$1,913,949 for community infrastructure. He then deducted amounts that Canada had previously paid.

[42] The trial judge also added \$16,152,130 in non-calculable damages for a total award of \$30,000,000. The trial judge assessed the non-calculable losses based on factors including the amount of the calculable loss, the duration of the non-quantifiable losses, the loss of hayland, gardens, and rice fields, and the separation of two LSFN communities.

[40] Compte tenu de ces conclusions, le juge de première instance a établi que le Canada aurait vraisemblablement obtenu un règlement négocié relatif à une servitude de submergement ou qu’il aurait exproprié les terres uniquement pour faciliter le projet. Il a évalué la valeur marchande des terres submergées en fonction d’une servitude de submergement hypothétique, et l’évaluation était fondée sur la valeur des terres si celles-ci avaient été expropriées légalement en vertu des règles générales du droit de l’expropriation. Ce faisant, le juge de première instance a rejeté la preuve d’expert visant à intégrer la valeur des terres pour la production hydroélectrique, estimant que toute valeur « attribuable au projet » devait être exclue au titre de la *Loi sur l’expropriation*, L.R.C. 1985, c. E-21, et de la *Loi sur l’expropriation*, L.R.O. 1990, c. E.26. Il a donc fixé la valeur des terres submergées à 1,29 \$ l’acre selon qu’il avait évalué celles-ci à 90 p. 100 de terres boisées et 10 p. 100 de terres riveraines, et a conclu que « la suggestion que le Canada devait et aurait dû payer un prix supérieur pour les terres se résume à des suppositions fantaisistes » (par. 383).

[41] Le juge de première instance a ensuite évalué d’autres pertes calculables. Il a ordonné qu’une somme de 13 847 870 \$ soit versée au titre des dommages calculables. Cette somme comprenait les montants suivants : 3 272 572 \$ au titre de la servitude de submergement hypothétique, établie suivant une valeur de 1,29 \$ l’acre en 1929; 7 836 252 \$ au titre des redevances sur le bois; 1 959 094 \$ au titre de la déduction pour les acres excédentaires; et 1 913 949 \$ au titre de l’infrastructure communautaire. Il a ensuite déduit les montants que le Canada avait déjà payés.

[42] Le juge de première instance a aussi ajouté un montant de 16 152 130 \$ pour les pertes non quantifiables, ce qui équivaut à une indemnité totale de 30 000 000 \$. Il a évalué ces pertes en fonction de facteurs comme le montant des pertes calculables, la durée des pertes non quantifiables, la perte des prairies de fauche, des potagers et des cultures de riz sauvage, ainsi que la séparation des deux communautés de la LSFN.

B. *Appeal Decision, 2019 FCA 171, [2020] 1 F.C.R. 745 (per Nadon and Webb J.J.A., Gleason J.A. Dissenting)*

[43] Roger Southwind, for himself, and on behalf of the members of the Lac Seul Band of Indians and the Lac Seul First Nation (LSFN or Appellant), appealed the assessment of equitable compensation to the Federal Court of Appeal. The Appellant's primary argument was that the trial judge should have included the loss of a revenue-sharing agreement in the compensation. In the alternative, the Appellant argued that the trial judge was incorrect in his approach to assessing compensation for the flooded land, in applying current expropriation law instead of the law applicable in 1929, and in distinguishing the Kananaskis Falls Projects.

[44] In dissent, Gleason J.A. would have allowed the appeal. While she rejected the primary argument that the breach resulted in the loss of a revenue-sharing agreement, she agreed that the value calculated for the flooded land should have taken into account downstream hydroelectricity generation. The trial judge was wrong to discount the possibility that Canada could have pursued a negotiated settlement that would have included a premium on the land in light of the Project. As a fiduciary, Canada "was arguably required to pursue a negotiated surrender before proceeding to expropriation as a negotiated resolution would probably have been less detrimental to the Lac Seul First Nation" (para. 84). The trial judge also made a legal error in distinguishing the Kananaskis Falls Projects. Canada had identical legal powers in each case but behaved differently.

[45] For the majority, Nadon J.A. (Webb J.A. concurring) dismissed the appeal. He disagreed with Gleason J.A. that the trial judge committed any error of law or any palpable and overriding error. More specifically, he disagreed that the trial judge erred in distinguishing the Kananaskis Falls Projects. Comparing the two projects was a factual

B. *Décision d'appel, 2019 CAF 171, [2020] 1 R.C.F. 745 (les juges Nadon et Webb, et la juge Gleason, dissidente)*

[43] Roger Southwind, en son propre nom, et au nom des membres de la Lac Seul Band of Indians et de la Lac Seul First Nation (LSFN ou appelant), a porté en appel l'évaluation de l'indemnité en equity à la Cour d'appel fédérale. Le principal argument de l'appelant était que le juge de première instance aurait dû inclure dans l'indemnité la perte de l'occasion de conclure une entente de partage des bénéfices. Subsidiairement, l'appelant soutenait que le juge de première instance avait adopté une approche incorrecte dans son évaluation de l'indemnité pour les terres inondées puisqu'il avait appliqué la loi actuelle sur l'expropriation plutôt que celle en vigueur en 1929, et qu'il avait établi une distinction entre le projet en l'espèce et les projets des chutes Kananaskis.

[44] La juge Gleason, dissidente, aurait accueilli l'appel. Bien qu'elle ait rejeté le principal argument selon lequel le manquement avait entraîné la perte de l'occasion de conclure une entente de partage des bénéfices, elle a convenu que le calcul de la valeur des terres inondées aurait dû prendre en compte la production hydroélectrique en aval. Le juge de première instance a eu tort de ne pas tenir compte de la possibilité que le Canada eût négocié un règlement qui aurait comporté une prime pour les terres visées par le projet. À titre de fiduciaire, le Canada « avait vraisemblablement l'obligation de chercher à obtenir une cession négociée avant de procéder à l'expropriation, puisqu'une solution négociée aurait probablement été moins désavantageuse pour la [Lac Seul First Nation] » (par. 84). Le juge de première instance a aussi commis une erreur de droit en écartant les projets des chutes Kananaskis. Le Canada possédait des pouvoirs légaux identiques dans chaque cas, mais il s'est comporté de façon différente.

[45] S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Nadon (avec l'accord du juge Webb) a rejeté l'appel. Il n'était pas d'accord avec la juge Gleason pour dire que le juge de première instance avait commis une erreur de droit ou une erreur manifeste et déterminante. Plus précisément, il a rejeté l'idée que le juge de première instance avait commis une erreur

determination; there was no palpable and overriding error of fact; and there was no legal error that went to the core of the determination. Thus, the trial judge was entitled to distinguish the projects and assess the fair market value of the land at \$1.29 per acre.

C. *Applicable Provisions*

[46] The provisions of the *Indian Act* in force in 1929 provided two ways to remove land from a reserve. Section 48 governed takings for a public purpose:

48. No portion of any reserve shall be taken for the purpose of any railway, road, public work, or work designed for any public utility without the consent of the Governor in Council, but any company or municipal or local authority having statutory power, either Dominion or provincial, for taking or using lands or any interest in lands without the consent of the owner may, with the consent of the Governor in Council as aforesaid, and subject to the terms and conditions imposed by such consent, exercise such statutory power with respect to any reserve or portion of a reserve.

2. In any such case compensation shall be made therefor to the Indians of the band, and the exercise of such power, and the taking of the lands or interest therein and the determination and payment of the compensation shall, unless otherwise provided by the order in council evidencing the consent of the Governor in Council, be governed by the requirements applicable to the like proceedings by such company, municipal or local authority in ordinary cases.

...

4. The amount awarded in any case shall be paid to the Minister of Finance for the use of the band of Indians for whose benefit the reserve is held, and for the benefit of any Indian who has improvements taken or injured.

en écartant les projets des chutes Kananaskis. La conclusion quant à la comparabilité des deux projets était une conclusion factuelle; elle n'était entachée d'aucune erreur de fait manifeste et déterminante; la décision ne contenait pas non plus d'erreur de droit touchant directement à l'issue de l'affaire. Le juge de première instance pouvait donc écarter les projets et évaluer la juste valeur marchande des terres à 1,29 \$ l'acre.

C. *Dispositions applicables*

[46] Les dispositions de la *Loi des Indiens* en vigueur en 1929 prévoyaient deux moyens de prendre les terres d'une réserve. L'article 48 régissait les expropriations faites pour les besoins d'un ouvrage public :

48. Nulle partie d'une réserve ne peut être expropriée pour les besoins d'un chemin de fer, d'une route, d'un ouvrage public ou d'un ouvrage destiné à quelque utilité publique sans le consentement du gouverneur en son conseil, mais toute compagnie ou autorité municipale ou locale possédant le pouvoir conféré par une loi, soit fédérale soit provinciale, d'exproprier ou utiliser des terrains ou quelque intérêt dans des terres, sans le consentement du propriétaire, peut, avec le consentement du gouverneur en son conseil comme susdit, et subordonnément aux termes et conditions imposés par ce consentement, exercer ce pouvoir conféré par une loi à l'égard de toute réserve ou partie d'une réserve.

2. En ce cas, une indemnité doit être versée aux Indiens de la bande, et l'exercice de ce pouvoir et l'expropriation des terres ou l'acquisition d'un intérêt dans ces terres, ainsi que la fixation et le versement de l'indemnité doivent, à moins de dispositions contraires dans l'arrêté en conseil qui fait preuve du consentement du gouverneur en son conseil, être régis par les prescriptions applicables à des procédures similaires prises par cette compagnie, ou cette autorité municipale ou locale dans des cas ordinaires.

...

4. La somme adjugée dans chaque cas est versée au ministre des Finances pour l'usage de la bande d'Indiens au profit de laquelle la réserve est affectée, et au profit de tout Indien qui y a fait des améliorations, ou lésé.

[47] Land could also be surrendered by consent under ss. 50 and 51.

[48] Treaty 3 states:

And Her Majesty the Queen hereby agrees and undertakes to lay aside reserves for farming lands, due respect being had to lands at present cultivated by the said Indians, and also to lay aside and reserve for the benefit of the said Indians, to be administered and dealt with for them by Her Majesty's Government of the Dominion of Canada, in such a manner as shall seem best, other reserves of land in the said territory hereby ceded, which said reserves shall be selected and set aside where it shall be deemed most convenient and advantageous for each band or bands of Indians, by the officers of the said Government appointed for that purpose, and such selection shall be so made after conference with the Indians; provided, however, . . . that the aforesaid reserves of lands, or any interest or right therein or appurtenant thereto, may be sold, leased or otherwise disposed of by the said Government for the use and benefit of the said Indians, with the consent of the Indians entitled thereto first had and obtained.

...

It is further agreed between Her Majesty and Her said Indians that such sections of the reserves above indicated as may at any time be required for Public Works or buildings of what nature soever may be appropriated for that purpose by Her Majesty's Government of the Dominion of Canada, due compensation being made for the value of any improvements thereon.

II. Parties' Submissions

[49] The LSFN submits that the courts below erred in their application of the principles of equitable compensation. The central issue is how to compensate the LSFN in a manner that accords with equitable and constitutional principles, including reconciliation and the honour of the Crown. The trial judge erred in considering how Canada would likely have proceeded before considering how Canada as a fiduciary ought to have proceeded. A hypothetical expropriation is the wrong paradigm and improperly shifts the analysis from restoring what the LSFN lost to fixing Canada's unlawful conduct. A hypothetical expropriation also ignores Canada's fiduciary

[47] Les terres pouvaient aussi être cédées sur consentement conformément aux art. 50 et 51.

[48] Le Traité n° 3 est libellé comme suit :

Et Sa Majesté la reine convient par les présentes et s'engage de mettre de côté des réserves de terres arables, l'attention voulue étant portée aux terres cultivées à présent par les dits Indiens, et aussi de mettre de côté et réserver pour le bénéfice des dits Indiens, pour être administrées et contrôlées pour eux par le gouvernement de Sa Majesté pour le Canada, de la manière qui semblera la meilleure, d'autres réserves de terres dans le dit territoire cédé par les présentes, lesquelles dites réserves seront choisies et mises de côté où il sera jugé le plus convenable et le plus avantageux pour chaque bande ou bandes des Indiens, par les officiers du dit gouvernement nommé pour cette fin, et tel choix sera fait après conférence avec les Indiens; pourvu cependant [. . .] que les réserves susdites de terres ou tout intérêt ou droit sur elles ou en dépendant, puissent être vendus, loués ou aliénés autrement par le dit gouvernement pour l'usage et le bénéfice des dits Indiens, avec le consentement préalablement donné et obtenu des Indiens qui y ont droit.

...

Il est de plus convenu entre Sa Majesté et les dits Indiens que le gouvernement de Sa Majesté dans la Puissance du Canada pourra s'approprier telles sections des réserves ci-dessus indiquées qui pourraient en aucun temps être nécessaires pour des travaux publics ou bâtisses de quelque nature que ce soit, une compensation équitable étant accordée pour la valeur des améliorations sur icelles.

II. Observations des parties

[49] La LSFN soutient que les juridictions inférieures ont commis une erreur dans leur application des principes de l'indemnisation en equity. La principale question est de savoir comment indemniser la LSFN d'une façon qui est compatible avec les principes d'equity et les principes constitutionnels, notamment la réconciliation et l'honneur de la Couronne. Le juge de première instance a commis une erreur en cherchant à déterminer ce que le Canada aurait vraisemblablement fait avant de se demander ce qu'il aurait dû faire en tant que fiduciaire. Une expropriation hypothétique n'est pas le bon paradigme; l'analyse se concentre alors à tort sur

obligations and, even if an expropriation had been pursued, Canada had to impair the LSFN's interest as little as possible. It was also incorrect to view Canada's breaches as inevitable, and, in any event, whether the flooding was inevitable does not break the causal connection between Canada's breach and the LSFN's loss. The Appellant submits that the trial judge did not properly consider the LSFN's perspective and the unique nature of its losses and connection to the land. Finally, the Appellant submits that the trial judge's approach does not deter Canada's behaviour.

[50] Canada submits that the trial judge fairly compensated the LSFN for its losses. On the merits of the appeal, Canada submits that the principles of equitable compensation are settled and were properly applied by the courts below. The LSFN cannot be compensated for a scenario that would have never occurred. At trial, the LSFN was claiming compensation for a loss — a revenue-sharing agreement — that was not caused by the breach. The trial judge referred to a hypothetical expropriation scenario to determine what likely would have happened without a breach, in line with this Court's jurisprudence. The determination that Canada would have obtained a flowage easement was appropriate in light of the evidence and would have fulfilled Canada's duty to minimally impair the right. Finally, Canada submits that the compensation award respects the goal of reconciliation and fulfills the deterrent requirement.

[51] Canada also submits that the LSFN is improperly making a new argument before this Court by asking that the land be valued on the basis of its use for flooding purposes. The pleadings, Canada argues, show that the plaintiff sought a revenue-sharing

la correction de la conduite illégale du Canada plutôt que sur la restitution de la perte subie par la LSFN. Une expropriation hypothétique ne tient pas non plus compte des obligations qui incombent au Canada en tant que fiduciaire. Qui plus est, même s'il y avait eu expropriation, le Canada était tenu de porter le moins possible atteinte à l'intérêt de la LSFN. Il était également incorrect de considérer que les manquements du Canada étaient inévitables; en tout état de cause, la question de savoir si l'inondation était évitable ou non ne rompt pas le lien de causalité qui existe entre le manquement du Canada et la perte subie par la LSFN. L'appelant soutient que le juge de première instance n'a pas dûment tenu compte du point de vue de la LSFN et du caractère unique de ses pertes et de son lien avec les terres. Enfin, l'appelant fait valoir que l'approche adoptée par le juge de première instance n'a pas un effet dissuasif sur le comportement du Canada.

[50] Le Canada soutient que le juge de première instance a indemnisé équitablement la LSFN de ses pertes. Quant au fond de l'appel, le Canada soutient que les principes de l'indemnisation en equity sont bien établis et qu'ils ont été correctement appliqués par les juridictions inférieures. La LSFN ne peut pas être indemnisée pour un scénario qui ne se serait jamais réalisé. Au procès, la LSFN réclamait une indemnité pour une perte — la possibilité de conclure une entente de partage des bénéfices — qui n'était pas attribuable au manquement. Le juge de première instance s'est fondé sur un scénario d'expropriation hypothétique pour déterminer ce qui se serait vraisemblablement passé s'il n'y avait pas eu de manquement, comme le prévoit la jurisprudence de notre Cour. La conclusion selon laquelle le Canada aurait obtenu une servitude de submergement était appropriée compte tenu de la preuve et le Canada se serait ainsi acquitté de son obligation de porter le moins possible atteinte au droit. Enfin, le Canada soutient que l'indemnité accordée respecte l'objectif de réconciliation et satisfait à l'exigence de dissuasion.

[51] Le Canada soutient aussi que la LSFN soulève irrégulièrement un nouvel argument devant la Cour lorsqu'elle demande que les terres soient évaluées en fonction de leur utilisation aux fins d'inondation. Selon le Canada, les actes de procédure montrent

agreement at trial, not the value of the land for flooding purposes. It asks that this Court not entertain what it submits is a new issue.

III. Analysis

[52] The issue in this appeal is whether the trial judge erred in his assessment of equitable compensation, specifically in relation to the value of the flooded land. To determine whether the trial judge erred, I must consider the content of the fiduciary duty in this case, what obligations it imposed, and how the trial judge assessed equitable compensation in light of those obligations.

[53] My analysis proceeds in three parts. First, I consider the relevant principles of the Crown's relationship to Indigenous Peoples, and more specifically of the fiduciary duty that may arise. Second, I consider the principles of equitable compensation for breach of fiduciary duty. Third, I apply those principles to the trial judge's assessment of equitable compensation.

A. *Canada's Fiduciary Duty to Indigenous Peoples*

[54] The existence of a fiduciary duty is not in dispute in this appeal. Canada does not contest the trial judge's determination that Canada owed a fiduciary duty to the LSFN and breached that duty. However, the specific nature of the Crown's fiduciary duty to Indigenous Peoples, especially over reserve land, informs how equitable compensation must be assessed.

[55] The Crown's fiduciary duty is rooted in the obligation of honourable dealing and in the overarching goal of reconciliation between the Crown and the first inhabitants of Canada (*Haida Nation v.*

que le demandeur cherchait à obtenir une entente de partage des bénéfices au procès, et non la valeur des terres aux fins d'inondation. Il demande à la Cour de ne pas examiner ce qu'il considère comme une nouvelle question en litige.

III. Analyse

[52] La question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur dans son évaluation de l'indemnité en equity, particulièrement en ce qui concerne la valeur des terres inondées. Pour déterminer si le juge de première instance a commis une erreur, je dois examiner le contenu de l'obligation de fiduciaire en l'espèce, les devoirs qui en découlent et la façon dont le juge de première instance a évalué l'indemnité en equity eu égard à ces devoirs.

[53] Mon analyse comporte trois parties. Premièrement, je me pencherai sur les principes pertinents qui régissent les relations de la Couronne avec les peuples autochtones, et plus particulièrement l'obligation de fiduciaire qui peut en découler. Deuxièmement, j'examinerai les principes de l'indemnisation en equity qui s'appliquent en cas de manquement à l'obligation de fiduciaire. Enfin, j'appliquerai ces principes à l'évaluation de l'indemnité en equity faite par le juge de première instance.

A. *Obligation de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones*

[54] Nul ne conteste l'existence d'une obligation de fiduciaire dans le présent pourvoi. Le Canada ne conteste pas la conclusion du juge de première instance selon laquelle il avait une obligation de fiduciaire envers la LSFN et a manqué à cette obligation. Cependant, la nature particulière de l'obligation de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones, surtout en ce qui concerne les terres de réserve, influe sur la façon dont l'indemnité en equity doit être évaluée.

[55] L'obligation de fiduciaire de la Couronne repose sur son obligation de se conduire honorablement et sur l'objectif global de réconciliation entre la Couronne et les premiers habitants du Canada

British Columbia (Minister of Forests), 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paras. 17-18). Professor Slattery describes the honour of the Crown as a “grounding postulate of Canadian constitutional law” (B. Slattery, “The Aboriginal Constitution” (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 319, at p. 320). McLachlin C.J. explained in *Haida Nation* that the “process of reconciliation flows from the Crown’s duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown’s assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people” (para. 32; see also *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, [2021] 1 S.C.R. 533, at para. 22). This is an ongoing project that seeks the “reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship” (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10).

[56] This Court first acknowledged a fiduciary duty in *Guerin*. In *Guerin*, Canada argued that it could not be subject to a fiduciary duty and, at best, the Crown’s control over Indigenous interests in land is a political trust which is unenforceable by the courts (p. 371). Dickson J., writing for a majority, rejected Canada’s argument. Instead, he found that Indigenous interests in land are “a pre-existing legal right not created by Royal Proclamation, by s. 18(1) of the *Indian Act*, or by any other executive order or legislative provision” (p. 379; see also J. T. S. McCabe, *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples* (2008), at pp. 150-51). In other words, the Indigenous interest in land *did not flow from the Crown*; it pre-existed the Crown’s assertion of sovereignty.

[57] Through the *Royal Proclamation, 1763*, the Crown undertook discretionary control over these pre-existing Indigenous interests in land. The

(*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 17-18). Le professeur Slattery qualifie l’honneur de la Couronne de [TRADUCTION] « postulat fondamental du droit constitutionnel canadien » (B. Slattery, « The Aboriginal Constitution » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 319, p. 320). Dans l’arrêt *Nation haïda*, la juge en chef McLachlin a expliqué que le « processus de conciliation découle de l’obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones, obligation qui, à son tour, tire son origine de l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l’exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l’autorité de ce peuple » (par. 32; voir aussi *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17, [2021] 1 R.S.C. 533, par. 22). Il s’agit d’un projet continu dont l’objectif est la « réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d’une relation à long terme empreinte de respect mutuel » (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10).

[56] C’est dans l’arrêt *Guerin* que notre Cour a reconnu l’existence d’une obligation de fiduciaire pour la première fois. Dans cette affaire, le Canada soutenait qu’il ne pouvait pas être assujéti à une obligation de fiduciaire et que, au mieux, le contrôle de la Couronne sur les intérêts autochtones sur les terres constituait une fiducie politique non exécutoire en justice (p. 371). Le juge Dickson, au nom des juges majoritaires, a rejeté l’argument du Canada. Il a plutôt conclu que les intérêts autochtones sur les terres étaient « un droit, en *common law*, qui existait déjà et qui n’a été créé ni par la Proclamation royale, ni par le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif » (p. 379; voir aussi J. T. S. McCabe, *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples* (2008), p. 150-151). En d’autres mots, l’intérêt autochtone sur les terres *ne provenait pas de la Couronne*; il existait avant que la Couronne affirme sa souveraineté.

[57] Par la *Proclamation royale* (1763), la Couronne a assumé le contrôle discrétionnaire à l’égard de ces intérêts autochtones préexistants

Proclamation provided: “And We do hereby strictly forbid, on Pain of our Displeasure, all our loving Subjects from making any Purchases or Settlements whatever, or taking Possession of any of the Lands above reserved, without our especial leave and Licence for that Purpose first obtained.” The *Indian Act* and its predecessor statutes formalized the process for setting aside reserve land and the Crown’s legal control over that land. The Crown thus undertook the “historic responsibility . . . to act on behalf of the Indians so as to protect their interests in transactions with third parties” (*Guerin*, at p. 383). In *Guerin*, this Court recognized that a fiduciary duty arose because the Crown interposed itself between Indigenous lands and those who want to lease or purchase the land, thereby exercising discretionary control over the land (pp. 383-84). The Crown has a duty that is “in the nature of a private law duty” (p. 385).

[58] In *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746, Gonthier J., dissenting, but not on that point, clarified that the same fiduciary duty applies even where the reserve is not situated on traditional territory in which the First Nation may have a pre-existing legal interest. He noted: “. . . an interest in reserve lands to which no aboriginal title attaches and an interest in non-reserve lands to which aboriginal title does attach are the same with respect to the generation of a fiduciary obligation on the part of the Crown” (para. 163).

[59] *Guerin* set to rest the idea that the trust-like language of historic treaties, laws, and proclamations constituted a mere “political trust” unenforceable in courts. Instead, an enforceable *sui generis* fiduciary duty arose where the Crown asserted discretionary power over Indigenous Peoples’ specific Aboriginal interests and assumed responsibility for those interests (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1108). This relationship is not paternalistic in nature; it emerged in a context where the military capacities of Indigenous Peoples were strong and the Crown needed to mitigate the risk of conflict between Indigenous Peoples and settlers (*Manitoba Metis*

sur les terres. La *Proclamation* était ainsi libellée : « Nous défendons aussi strictement par la présente à tous Nos sujets, sous peine de s’attirer Notre déplaisir, d’acheter ou posséder aucune terre ci-dessus réservée, ou d’y former aucun établissement, sans avoir au préalable obtenu Notre permission spéciale et une licence à ce sujet. » La *Loi des Indiens* et les lois qui l’ont précédée ont officialisé le processus de mise de côté des terres de réserve et le contrôle juridique de la Couronne sur ces terres. La Couronne a ainsi pris la « responsabilité historique [. . .] de représenter les Indiens afin de protéger leurs droits dans les opérations avec des tiers » (*Guerin*, p. 383). Dans l’arrêt *Guerin*, notre Cour a reconnu qu’une obligation de fiduciaire avait pris naissance parce que la Couronne s’était interposée entre les Autochtones et ceux qui voulaient louer ou acheter leurs terres, exerçant ainsi un contrôle discrétionnaire sur les terres (p. 383-384). La Couronne a une obligation qui tient « de la nature d’une obligation de droit privé » (p. 385).

[58] Dans l’arrêt *Bande indienne d’Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746, le juge Gonthier, dissident mais non sur ce point, a précisé que la même obligation de fiduciaire s’applique lorsque les terres de réserve ne sont pas situées sur un territoire traditionnel à l’égard duquel la première nation pourrait avoir un intérêt légal préexistant. Il a souligné que « le droit sur des terres de réserve non visées par un titre aborigène et le droit sur des terres situées hors de la réserve mais visées par un titre aborigène sont identiques en ce qu’ils créent pour la Couronne une obligation de fiduciaire » (par. 163).

[59] L’arrêt *Guerin* a écarté l’idée selon laquelle le fait qu’on retrouvait dans les traités historiques, les lois et les proclamations un libellé semblable à celui des fiducies créait une simple « fiducie politique » dont les tribunaux ne peuvent forcer l’exécution. Au contraire, une obligation de fiduciaire *sui generis* exécutoire prenait naissance dès lors que la Couronne exerçait un pouvoir discrétionnaire sur des intérêts autochtones particuliers et qu’elle en assumait la responsabilité (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1108). Cette relation n’est pas de nature paternaliste; elle s’est instaurée dans un contexte où les capacités militaires des peuples autochtones

Federation Inc. v. Canada (Attorney General), 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 66; Slattery, at pp. 322 and 326).

[60] Rooted in the honour of the Crown, the Crown’s fiduciary duty exists to further a socially important relationship. It structures the role voluntarily undertaken by the Crown as the intermediary between Indigenous interests in land and the interest of settlers. Professor Rotman, in the context of fiduciary relationships generally, puts it this way: “. . . while it may appear that the fiduciary concept exists to protect beneficiaries’ interests, that effect is merely ancillary to its protection of fiduciary relationships” (L. I. Rotman, “Understanding Fiduciary Duties and Relationship Fiduciarity” (2017), 62 *McGill L.J.* 975, at pp. 987-88). In the context of our national history, the relationship between the Crown and Indigenous Peoples goes to the very foundation of this country and to the heart of its identity. Indeed, the need to reconcile the assertion of Crown sovereignty with the pre-existence of Indigenous Peoples, and to reconcile Indigenous and non-Indigenous Canadians is of “fundamental importance” (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 310, per McLachlin J., dissenting, but not on this point). The honour of the Crown — and the *sui generis* fiduciary duty to which it gives rise — is a vital component of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples.

[61] However, not all aspects of this relationship are fiduciary in nature (*Haida Nation*, at para. 18; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, at paras. 81 and 83). The fiduciary duty does not attach to every interest of Indigenous Peoples. As Binnie J. stated in *Wewaykum*, “[t]he fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests” (para. 81). The fiduciary duty imposes heavy obligations when it does arise. The fiduciary duty may arise when the Crown exercises discretionary control over cognizable Indigenous interests or where the conditions of a private law

étaient fortes et où la Couronne devait atténuer le risque de conflit entre les peuples autochtones et les colons (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 66; Slattery, p. 322 et 326).

[60] Prenant sa source dans le principe de l’honneur de la Couronne, l’obligation de fiduciaire de celle-ci existe afin de renforcer une relation importante sur le plan social. Elle structure le rôle qu’assume volontairement la Couronne à titre d’intermédiaire entre les intérêts autochtones sur les terres et l’intérêt des colons. En ce qui concerne les rapports fiduciaires en général, le professeur Rotman s’exprime ainsi : [TRADUCTION] « . . . bien que le concept de fiduciaire puisse sembler exister pour protéger les intérêts des bénéficiaires, cet effet est simplement accessoire à sa protection du rapport fiduciaire » (L. I. Rotman, « Understanding Fiduciary Duties and Relationship Fiduciarity » (2017), 62 *R.D. McGill* 975, p. 987-988). Il appert de notre histoire nationale que la relation entre la Couronne et les peuples autochtones est à la base même de notre pays et au cœur de son identité. En effet, la nécessité de concilier l’affirmation de la souveraineté de la Couronne avec la préexistence des peuples autochtones et de réconcilier les Canadiens autochtones et non autochtones est d’une « importance fondamentale » (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 310, la juge McLachlin, dissidente, mais pas sur ce point). L’honneur de la Couronne — et l’obligation de fiduciaire *sui generis* qui en découle — est une composante essentielle de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones.

[61] Cependant, tous les aspects de cette relation ne sont pas de nature fiduciaire (*Nation haïda*, par. 18; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 81 et 83). L’obligation de fiduciaire ne se rattache pas à chaque intérêt des peuples autochtones. Comme l’a déclaré le juge Binnie dans l’arrêt *Wewaykum*, « [l]’obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n’a pas un caractère général, mais existe plutôt à l’égard de droits particuliers des Indiens » (par. 81). L’obligation de fiduciaire impose un lourd fardeau lorsqu’elle prend effectivement naissance. Elle peut prendre naissance lorsque la Couronne exerce son pouvoir

ad hoc fiduciary relationship are met (*Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, at para. 44; *Manitoba Metis*, at paras. 48-50; *Wewaykum*, at para. 85).

[62] The fiduciary duty itself is shaped by the context to which it applies, which means that its content varies with the nature and the importance of the right being protected (*Williams Lake*, at para. 55; *Wewaykum*, at para. 86; *Manitoba Metis*, at para. 49). The Crown's control over Indigenous interests in land is at the core of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples. Consequently, a strong fiduciary duty arises where the Crown is exercising control over a First Nation's land. The same is true where the Crown is exercising control over Aboriginal and treaty rights that are protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982 (Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada)*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at para. 46).

[63] In a case involving reserve land, the *sui generis* nature of the interest in reserve land informs the fiduciary duty. Reserve land is not a fungible commodity. Instead, reserve land reflects the essential relationship between Indigenous Peoples and the land. In *Osoyoos*, Iacobucci J. wrote that Aboriginal interests in land has an "important cultural component that reflects the relationship between an aboriginal community and the land and the inherent and unique value in the land itself which is enjoyed by the community" (para. 46). The importance of the interest in reserve land is heightened by the fact that, in many cases such as this one, the reserve land was set aside as part of an obligation that arose out of treaties between the Crown and Indigenous Peoples.

[64] The fiduciary duty imposes the following obligations on the Crown: loyalty, good faith, full disclosure, and, where reserve land is involved, the protection and preservation of the First Nation's quasi-proprietary interest from exploitation (*Williams*

discrétionnaire à l'égard d'intérêts autochtones identifiables ou lorsque sont réunies les conditions nécessaires à l'établissement d'une relation fiduciaire *ad hoc* de droit privé (*Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, par. 44; *Manitoba Metis*, par. 48-50; *Wewaykum*, par. 85).

[62] L'obligation de fiduciaire elle-même est façonnée par le contexte dans lequel elle s'applique, ce qui signifie que son contenu varie selon la nature et l'importance du droit à protéger (*Williams Lake*, par. 55; *Wewaykum*, par. 86; *Manitoba Metis*, par. 49). Le contrôle exercé par la Couronne à l'égard des intérêts autochtones sur les terres est au cœur du rapport entre celle-ci et les peuples autochtones. Par conséquent, une obligation de fiduciaire rigoureuse prend naissance lorsque la Couronne exerce un contrôle sur la terre d'une première nation. Il en va de même lorsque la Couronne exerce un contrôle sur les droits autochtones et les droits issus de traités qui sont garantis par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982 (Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada)*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, par. 46).

[63] Dans une affaire portant sur des terres de réserve, la nature *sui generis* de l'intérêt sur ces terres influe sur l'obligation de fiduciaire. Les terres de réserve ne sont pas des biens fongibles. Elles sont plutôt le reflet du lien fondamental entre les peuples autochtones et les terres. Dans l'arrêt *Osoyoos*, le juge Iacobucci a déclaré que les intérêts autochtones sur les terres comportent « un aspect culturel important, qui reflète les rapports entre la collectivité autochtone concernée et le territoire ainsi que la valeur intrinsèque et unique des terres elles-mêmes dont jouit la collectivité » (par. 46). L'importance des intérêts sur les terres de réserve est accentuée par le fait que, dans de nombreux cas comme celui qui nous occupe, les terres de réserve ont été mises de côté dans le cadre d'une obligation découlant de traités conclus entre la Couronne et les peuples autochtones.

[64] L'obligation de fiduciaire impose à la Couronne les devoirs suivants : la loyauté, la bonne foi, la communication complète de l'information et, lorsqu'il s'agit de terres de réserve, la préservation de l'intérêt quasi propriétaire de la première

Lake, at para. 46; *Wewaykum*, at para. 86). The standard of care is that of a person of ordinary prudence in managing their own affairs (*Williams Lake*, at para. 46). In the context of a surrender of reserve land, this Court has recognized that the duty also requires that the Crown protect against improvident bargains, manage the process to advance the best interests of the First Nation, and ensure that it consents to the surrender (*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at paras. 35 and 96). In an expropriation, the obligation to ensure consent is replaced by an obligation to minimally impair the protected interest (*Osoyoos*, at para. 54).

B. *Principles of Equitable Compensation*

[65] The basic principles of equitable compensation are not in dispute in this appeal. However, the parties disagree about their application to breaches of the Crown’s fiduciary duty in relation to land held for the benefit of Indigenous Peoples.

[66] As I shall explain, equitable compensation is a loss-based remedy that deters wrongdoing and enforces the trust at the heart of the fiduciary relationship. It differs from common law damages because of the “unique foundation and goals of equity” (*Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at p. 543, per McLachlin J.). The trial judge must begin by closely analyzing the nature of the fiduciary relationship so as to ensure that the loss is assessed in relation to the obligations owed by the fiduciary. The loss must be caused in fact by the fiduciary’s breach, and the causation analysis is not limited by foreseeability (to use the language in *Canson*, at p. 552, where foreseeability was used synonymously with remoteness in this context).

nation et la protection de celui-ci contre l’exploitation (*Williams Lake*, par. 46; *Wewaykum*, par. 86). La norme de prudence est celle qu’une personne apporte à l’administration de ses propres affaires (*Williams Lake*, par. 46). Dans le contexte d’une cession de terres de réserve, notre Cour a reconnu que l’obligation de fiduciaire exige également que la Couronne évite les marchés inconsidérés, qu’elle gère le processus de manière à favoriser le meilleur intérêt de la première nation et qu’elle s’assure que celle-ci consent 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, par. 35 et 96). Dans le cas d’une expropriation, l’obligation d’obtenir le consentement de la première nation est remplacée par l’obligation de porter le moins possible atteinte aux intérêts garantis de celle-ci (*Osoyoos*, par. 54).

B. *Principes de l’indemnisation en equity*

[65] Les principes de base de l’indemnisation en equity ne sont pas contestés dans le présent pourvoi. Cependant, les parties ne s’entendent pas sur leur application aux manquements à l’obligation de fiduciaire de la Couronne en ce qui concerne les terres détenues au profit des peuples autochtones.

[66] Comme je l’expliquerai, l’indemnité en equity est une réparation fondée sur la perte qui vise à décourager les actes fautifs et à faire respecter la confiance qui est au cœur du rapport fiduciaire. Cette réparation est différente des dommages-intérêts accordés en common law en raison « du fondement et des objectifs uniques de l’equity » (*Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, p. 543, la juge McLachlin). Le juge de première instance doit d’abord se livrer à une analyse approfondie de la nature du rapport fiduciaire de manière à ce que la perte soit évaluée en fonction des obligations auxquelles est tenu le fiduciaire. La perte doit découler dans les faits du manquement commis par le fiduciaire, mais la prévisibilité ne limite pas l’analyse du lien de causalité (pour reprendre les termes employés dans l’arrêt *Canson*, p. 552, où le terme prévisibilité a été utilisé comme synonyme d’éloignement dans ce contexte).

[67] This Court's decision in *Guerin* explained that, although a fiduciary relationship is different than a traditional trust relationship, breach of the Crown's fiduciary duty gives rise to the same equitable remedies as breach of trust (p. 376; see also *Wewaykum*, at para. 94). The available equitable remedies include, among others, accounting for profits, constructive trust, and equitable compensation (*Canson*, at p. 588, per La Forest J.) Accounting for profits and constructive trust are gains-based remedies, meaning they are measured by the fiduciary's gain rather than the plaintiff's loss. The purpose is to *undo* the fiduciary's gain. Equitable compensation, on the other hand, is a loss-based remedy; the purpose is to *make up* the plaintiff's loss (S. L. Bray, "Fiduciary Remedies", in E. J. Criddle, P. B. Miller and R. H. Stikoff, eds., *The Oxford Handbook of Fiduciary Law* (2019), 449, at pp. 449 and 456).

[68] When the Crown breaches its fiduciary duty, the remedy will seek to restore the plaintiff to the position the plaintiff would have been in had the Crown not breached its duty (*Guerin*, at p. 360, citing *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399 (S.C.); *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 440) When it is possible to restore the plaintiff's assets *in specie*, accounting for profits and constructive trust are often appropriate (see *Guerin*, at pp. 360-61; *Hodgkinson*, at pp. 452-53). When, however, restoring the plaintiff's assets *in specie* is not available, equitable compensation is the preferred remedy (*Canson*, at p. 547). The LSFN seeks equitable compensation in this case because what it lost — its land — cannot be returned. It is therefore unnecessary to consider gains-based remedies.

[69] Equitable compensation is equity's counterpart to common law damages (see *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321, at para. 48). It is discretionary and restitutionary in nature, aiming to restore the actual value of the thing lost through the fiduciary's breach, referred to as the plaintiff's lost

[67] Dans l'arrêt *Guerin*, la Cour a expliqué que, même si le rapport fiduciaire en question est différent du rapport fiduciaire traditionnel, le manquement à l'obligation de fiduciaire de la Couronne ouvre droit aux mêmes réparations en equity que tout manquement à une obligation de fiduciaire en droit privé (p. 376; voir aussi *Wewaykum*, par. 94). Ces réparations en equity sont, entre autres, la remise des profits, la fiducie par interprétation et l'indemnisation en equity (*Canson*, p. 588, le juge La Forest). La remise des profits et la fiducie par interprétation sont des réparations fondées sur les gains, ce qui signifie qu'elles sont évaluées en fonction du gain du fiduciaire plutôt que de la perte du demandeur. Le but est d'*annuler* le gain du fiduciaire. L'indemnité en equity, en revanche, est une réparation fondée sur la perte; son objectif est de *compenser* la perte du demandeur (S. L. Bray, « Fiduciary Remedies », dans E. J. Criddle, P. B. Miller et R. H. Stikoff, dir., *The Oxford Handbook of Fiduciary Law* (2019), 449, p. 449 et 456).

[68] Si la Couronne manque à son obligation de fiduciaire, la réparation visera à remettre le demandeur dans la position où il se serait trouvé n'eût été ce manquement (*Guerin*, p. 360, citant *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. c. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399 (S.C.); *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 440). Dans les cas où il est possible de restituer en nature les biens du demandeur, la remise des profits et la fiducie par interprétation sont souvent les réparations qui conviennent (voir *Guerin*, p. 360-361; *Hodgkinson*, p. 452-453). Cependant, si la restitution en nature des biens du demandeur est impossible, l'indemnité en equity constitue la réparation privilégiée (*Canson*, p. 547). En l'espèce, la LSFN demande une indemnité en equity parce que ce qu'elle a perdu — ses terres — ne peut lui être restitué. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les réparations fondées sur les gains.

[69] L'indemnité en equity est l'équivalent des dommages-intérêts en common law (voir *Whitefish Lake Band of Indians c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321, par. 48). Elle est de nature discrétionnaire et restitutoire, et elle a pour but de restituer la valeur réelle de ce qui a été perdu en raison du manquement à l'obligation de

opportunity (*Canson*, at pp. 547-48, 551-52, 555 and 585).

(1) Causation

[70] To award equitable compensation, there must be factual causation: the fiduciary's breach must have caused, in fact, the plaintiff's lost opportunity (*Canson*, at p. 551; see also *Stirrett v. Cheema*, 2020 ONCA 288, 150 O.R. (3d) 561, at para. 69). This basic principle, that equitable compensation restores the lost opportunity caused in fact by the fiduciary's breach, is uncontroversial. However, there has been debate about the extent to which the causation analysis should borrow from the common law of damages and import limiting factors such as foreseeability.

[71] In concurring reasons in *Canson*, McLachlin J. stressed the differences between equitable remedies and common law damages, explaining that the purpose of equity is to enforce the trust which lies at its heart (p. 543). Analogy with common law damages may not be appropriate given this misalignment between the purpose of fiduciary obligations and obligations through tort and contract. The same point was adopted by Lord Reed J.S.C. in *AIB Group (UK) plc v. Mark Redler & Co. Solicitors*, [2014] UKSC 58, [2015] A.C. 1503, at para. 83:

In negligence and contract the parties were taken to be independent and equal actors, concerned primarily with their own self-interest. Consequently, the law sought a balance between enforcing obligations by awarding compensation, and preserving optimum freedom for those involved in the relationship. The essence of a fiduciary relationship, by contrast, was that one party pledged herself to act in the best interests of the other. The freedom of the fiduciary was diminished by the nature of the obligation she had undertaken. The fiduciary relationship had trust, not self-interest, at its core.

fiduciaire, à savoir la possibilité qu'a perdue le demandeur (*Canson*, p. 547-548, 551-552, 555 et 585).

(1) Lien de causalité

[70] Pour qu'une indemnité en equity soit accordée, il doit y avoir causalité factuelle : le manquement du fiduciaire doit avoir causé, dans les faits, la perte de possibilité du demandeur (*Canson*, p. 551; voir aussi *Stirrett c. Cheema*, 2020 ONCA 288, 150 O.R. (3d) 561, par. 69). Nul ne conteste le principe de base selon lequel l'indemnité en equity restitue la possibilité perdue causée dans les faits par le manquement du fiduciaire. Toutefois, il y a eu des discussions quant à la question de savoir dans quelle mesure l'analyse du lien de causalité devrait emprunter aux principes de common law en matière de dommages-intérêts et importer des facteurs limitatifs, comme la prévisibilité.

[71] Dans les motifs concordants qu'elle a exposés dans l'arrêt *Canson*, la juge McLachlin a insisté sur les différences entre les réparations en equity et les dommages-intérêts en common law, et elle a expliqué que l'objectif de l'equity était de faire respecter la confiance qui est au cœur de ce système (p. 543). L'analogie avec les principes de common law en matière de dommages-intérêts n'est peut-être pas appropriée en raison du décalage entre l'objectif des obligations de fiduciaire et celui des obligations relatives à la responsabilité délictuelle et à la responsabilité contractuelle. Le même point a été adopté par le lord juge Reed dans l'arrêt *AIB Group (UK) plc c. Mark Redler & Co. Solicitors*, [2014] UKSC 58, [2015] A.C. 1503, par. 83 :

[TRADUCTION] Dans les cas de négligence et en matière contractuelle, les parties étaient considérées comme des acteurs égaux et indépendants, soucieux principalement de leur propre intérêt personnel. Par conséquent, la loi recherchait l'équilibre entre faire respecter des obligations en accordant une indemnité et préserver une liberté optimale pour ceux qui étaient impliqués dans le rapport. Par contre, le rapport fiduciaire se caractérisait essentiellement par le fait que l'une des parties s'engageait à agir dans le meilleur intérêt de l'autre. La personne soumise à une obligation fiduciaire voyait sa liberté restreinte par la nature de l'obligation qu'elle avait assumée. Le rapport fiduciaire repose essentiellement sur la confiance, et non sur l'intérêt personnel.

[72] Another difference between equitable compensation and common law damages is that equity is especially concerned with deterring wrongful conduct by fiduciaries. As Professor Rotman observed, “[b]eneficiaries are . . . implicitly dependent upon and peculiarly vulnerable to their fiduciaries’ use, misuse, or abuse of power over their interests” (p. 991). It is therefore crucial that equitable remedies deter fiduciaries from misusing their powers. By restoring the beneficiary’s lost opportunity, equitable compensation enforces the fiduciary relationship and deters the fiduciary’s wrongful conduct.

[73] Due to these differences, rather than relying on common law principles, McLachlin J. explained that the proper approach to equitable compensation “is to look to the policy behind compensation for breach of fiduciary duty and determine what remedies will best further that policy” (*Canson*, at p. 545). McLachlin J.’s approach was subsequently followed by this Court in *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142, and recognizes that the applicable rules will depend both on the nature of the fiduciary relationship and the fiduciary obligations: “Differences between different types of fiduciary relationships may, depending on the circumstances, dictate different approaches to damages” (*Canson*, at p. 546). In other words, “[t]he rules appropriate to a breach of duty by a trustee . . . have to be determined in the light of the characteristics of the obligation in question” (*AIB*, at para. 93). There must be a close relationship between the fiduciary duty and the fiduciary remedy, and the fiduciary duty must “forcefully shape the content of [the] fiduciary remed[y]” (Bray, at p. 451). Thus, while factual causation will always apply to equitable compensation in the sense that the fiduciary’s breach must cause in fact the plaintiff’s loss, common law limiting factors will not readily apply because of the nature of the fiduciary relationship and obligations.

[72] Autre différence entre l’indemnité en equity et les dommages-intérêts en common law : l’equity vise surtout à dissuader les fiduciaires d’adopter un comportement fautif. Comme l’a fait observer le professeur Rotman : [TRADUCTION] « . . . [l]es bénéficiaires sont [. . .] implicitement dépendants de leurs fiduciaires et particulièrement vulnérables à l’utilisation, au mauvais usage ou à l’abus de pouvoir par ces derniers à l’égard de leurs droits » (p. 991). Il est donc primordial que les réparations en equity dissuadent les fiduciaires d’abuser de leurs pouvoirs. En restituant au bénéficiaire la valeur de la possibilité perdue, l’indemnité en equity renforce le rapport fiduciaire et dissuade le fiduciaire d’adopter un comportement fautif.

[73] En raison de ces différences, la juge McLachlin a expliqué que, plutôt que de se fonder sur les principes de common law, l’approche appropriée à l’égard de l’indemnisation en equity « est de considérer le principe qui sous-tend l’indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire et de déterminer quels redressements vont le mieux favoriser l’application de ce principe » (*Canson*, p. 545). L’approche de la juge McLachlin a par la suite été adoptée par la Cour dans l’arrêt *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142. Cette approche reconnaît que les règles applicables dépendent à la fois de la nature du rapport et des obligations fiduciaires : « Les différences entre divers types de rapports fiduciaires peuvent, selon les circonstances, commander des façons différentes d’aborder les dommages-intérêts » (*Canson*, p. 546). En d’autres mots, [TRADUCTION] « [l]es règles qu’il convient d’appliquer au manquement d’un fiduciaire à son obligation [. . .] doivent être déterminées au regard des caractéristiques de l’obligation en question » (*AIB*, par. 93). Il doit y avoir un lien étroit entre l’obligation de fiduciaire et la réparation, et cette obligation doit [TRADUCTION] « avoir une forte influence sur le contenu de la réparation fondée sur l’existence d’une obligation de fiduciaire » (Bray, p. 451). Ainsi, même si la règle de la causalité factuelle s’appliquera toujours à l’indemnité en equity, en ce sens que le manquement du fiduciaire doit être la cause factuelle de la perte du demandeur, les facteurs limitatifs de la common law ne s’appliquent pas systématiquement en raison de la nature du rapport et des obligations fiduciaires.

[74] Equity assesses the loss at the date of trial and with the benefit of hindsight (*Guerin*, at pp. 361-62, per Wilson J.; *Canson*, at p. 556; *Target Holdings Ltd. v. Redferns*, [1996] 1 A.C. 421 (H.L.), at pp. 437-39). This means that equity compensates the plaintiff for the lost opportunity caused by the breach, regardless of whether that opportunity could have been foreseen at the time of breach. McLachlin J. described the analysis as follows:

The plaintiff's actual loss as a consequence of the breach is to be assessed with the full benefit of hindsight. Foreseeability is not a concern in assessing compensation, but it is essential that the losses made good are only those which, on a common sense view of causation, were caused by the breach.

(*Canson*, at p. 556)

[75] McLachlin J.'s use of the phrase "common sense view of causation" in *Canson* should not be taken to mean that the causation analysis in equitable compensation cases will always have an "intuitively obvious answer" (*AIB*, at para. 95). This is not always the case; trial judges are often faced with difficult questions of causation in claims for equitable compensation. Instead, the phrase "common sense" clarifies that the rules developed in legal causation, such as foreseeability, do not readily apply in equity: "The requirement that the loss must result from the breach of the relevant equitable duty does not negate the fact that 'causality' in the legal sense as limited by foreseeability at the time of breach does not apply in equity" (*Canson*, at p. 552). Professor Rotman explains the same point as follows:

Each starts with the idea of "but for," "cause-in-fact," or "*sine qua non*," causation. This generally satisfies Equity, but the common law requires more; it demands a finding of materiality or substantial cause to link the impugned activity with the harm to the plaintiff. Further, the common law imports ideas of foreseeability (or reasonable contemplation) and remoteness into its assessment of

[74] En equity, la perte doit être évaluée à la date du procès et avec le bénéfice de la rétrospective (*Guerin*, p. 361-362, la juge Wilson; *Canson*, p. 556; *Target Holdings Ltd. c. Redferns*, [1996] 1 A.C. 421 (H.L.), p. 437-439). Cela signifie que l'équité indemnise le demandeur pour la perte de possibilité causée par un manquement, même si cette possibilité était prévisible au moment du manquement. Voici comment la juge McLachlin décrit cette analyse :

La perte réelle du demandeur par suite du manquement doit être évaluée en bénéficiant pleinement de la rétrospective. La prévisibilité n'intervient pas dans le calcul de l'indemnité, mais il est essentiel que les pertes compensées soient seulement celles qui, selon une conception normale du lien de causalité, ont été causées par le manquement.

(*Canson*, p. 556)

[75] L'utilisation par la juge McLachlin de l'expression « conception normale du lien de causalité » dans l'arrêt *Canson* ne devrait pas être considérée comme signifiant que l'analyse du lien de causalité dans les affaires d'indemnisation en equity aura toujours une [TRADUCTION] « réponse intuitivement évidente » (*AIB*, par. 95). Ce n'est pas toujours le cas; les juges de première instance sont souvent appelés à se prononcer sur des questions difficiles de lien de causalité dans le cadre de demandes d'indemnisation en equity. Le terme « conception normale » signifie plutôt que les règles élaborées en matière de lien de causalité juridique, comme la prévisibilité, ne s'appliquent pas facilement en equity : « L'exigence que la perte résulte du manquement à l'obligation pertinente imposée par l'*equity* ne vient pas nier le fait que le "lien de causalité" au sens juridique, qui est limité par la prévisibilité au moment du manquement, ne s'applique pas en *equity* » (*Canson*, p. 552). Le professeur Rotman explique le même point de la façon suivante :

[TRADUCTION] Chacun des systèmes part du principe de la causalité fondée sur un « facteur déterminant », de la « causalité factuelle » ou de la causalité « *sine qua non* ». En equity, cela est habituellement suffisant, mais en common law, il faut plus; il faut conclure à l'existence d'une cause réelle ou substantielle permettant de lier l'activité contestée au préjudice subi par le demandeur. De plus,

causality. . . . These other considerations do not readily enter into Equity’s assessment of fiduciary accountability.

(*Fiduciary Law* (2005), at p. 634).

See, also, *Target Holdings*, where Lord Browne-Wilkinson observed that “the common law rules of remoteness of damage and causation do not apply” (p. 434).

[76] Canada argues that in valuing the loss the benefit of hindsight cannot mean that the beneficiary is put in a better position than it would have been in had the fiduciary observed its duty *at the time* of breach. This argument was explicitly rejected by this Court in *Blueberry River*, where McLachlin J. wrote that concern about “unexpected windfall” amounted to “bringing foreseeability into the fiduciary analysis through the back door” (para. 103). Similarly, in *Guerin*, compensation was assessed at a higher level than would have been possible at the moment of breach because the most valuable use of the asset between breach and date of trial was not foreseeable at the time of breach. Concerns about a “windfall” cannot therefore subtract from the “equitable approach of looking at what actually happened to values in later years” (*Canson*, at p. 551). Equity will not be limited by foreseeability, unless it is “necessary to reach a just and fair result” (*Hodgkinson*, at p. 443, per La Forest J.).

[77] There are very good reasons why foreseeability does not apply to the Crown’s breach of fiduciary duty in this case. In *Canson*, La Forest J. held that it would not apply where a fiduciary has discretionary control over a beneficiary’s property (p. 578). Indigenous interests in land are quasi-proprietary in nature; they are at the heart of the

en common law, les notions de prévisibilité (ou d’envisagement raisonnable) et d’éloignement sont intégrées à l’évaluation du lien de causalité. [. . .] En equity, ces autres considérations ne font pas d’emblée partie de l’évaluation de la responsabilité fiduciaire.

(*Fiduciary Law* (2005), p. 634).

Voir également l’arrêt *Target Holdings*, dans lequel lord Browne-Wilkinson a constaté que [TRADUCTION] « les règles de common law relatives au caractère éloigné des dommages et au lien de causalité ne s’appliquent pas » (p. 434).

[76] Le Canada soutient que, lors de l’évaluation de la perte, le bénéficiaire ne peut supposer que le bénéficiaire est placé dans une meilleure position que celle dans laquelle il se serait trouvé si le fiduciaire avait respecté son obligation *au moment* du manquement. Notre Cour a explicitement rejeté cet argument dans l’arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, où la juge McLachlin a indiqué que la crainte qu’il y ait des « profits inattendus » revenait à « introduire subrepticement le critère de la prévisibilité dans l’analyse concernant l’obligation de fiduciaire » (par. 103). De même, dans l’affaire *Guerin*, l’indemnité a été évaluée à un niveau plus élevé que celui qui aurait été possible au moment du manquement, car l’utilisation la plus profitable des biens entre le moment du manquement et la date du procès n’était pas prévisible au moment du manquement. La crainte de « profits inattendus » ne saurait donc empêcher « la méthode d’*equity* qui consiste à examiner ce qui est vraiment arrivé aux valeurs au cours des années ultérieures » (*Canson*, p. 551). L’*equity* ne sera pas limitée par la prévisibilité, sauf lorsque cela est « nécessaire pour arriver à un résultat juste et équitable » (*Hodgkinson*, p. 443, le juge La Forest).

[77] Il existe de très bonnes raisons pour lesquelles la prévisibilité ne s’applique pas au manquement par la Couronne à son obligation de fiduciaire en l’espèce. Dans l’arrêt *Canson*, le juge La Forest a expliqué que ce facteur ne s’applique pas lorsque le fiduciaire exerce un contrôle discrétionnaire sur les biens du bénéficiaire (p. 578). Les intérêts

Crown-Indigenous relationship and are central to Indigenous identity and culture (*Wewaykum*, at paras. 74 and 86; *Osoyoos*, at para. 46). Moreover, in *Guerin*, Wilson J. accepted that foreseeability would not apply to breaches of the Crown's fiduciary duty towards Indigenous Peoples (pp. 360-62; see also *Whitefish Lake*, at paras. 52-55). The Crown's fiduciary duty is grounded in the honour of the Crown and breaches of the duty are different in kind than private law breaches of contract or tort.

(2) Equitable Presumptions

[78] To achieve these purposes of equitable compensation, the assessment is also guided by presumptions that equity makes against breaching fiduciaries.

[79] Equity presumes that the plaintiff would have made the most favourable use of the trust property (*Guerin*, at pp. 362-63; *Canson*, at p. 545; *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, by A. H. Oosterhoff, R. Chambers and M. McInnes (9th ed. 2019), at p. 1018). In *Guerin*, for example, the Musqueam Indian Band expected certain advantageous terms in a lease agreement that Canada negotiated on its behalf with a private developer. Canada failed to secure those terms, but instead entered into a less-favourable agreement that was not authorized by the band. In determining how to compensate the band for breach of Canada's fiduciary duty, however, the trial judge determined that the favourable lease terms were not the appropriate measure of compensation because no third party would have agreed to such terms and that measure of loss was not, therefore, causally connected to the breach. The trial judge then considered what the highest and best use of the asset was between breach and date of trial, finding that it was a residential development. This was even though the trial judge found that the area would likely not have developed until some years after the breach. As McLachlin J. observed in *Canson*, the trial judge

autochtones sur les terres sont de nature quasi propriétaire; ils sont au cœur de la relation entre la Couronne et les Autochtones et sont essentiels à l'identité et à la culture autochtones (*Wewaykum*, par. 74 et 86; *Osoyoos*, par. 46). De plus, dans l'arrêt *Guerin*, la juge Wilson a accepté que la prévisibilité ne s'appliquait pas aux manquements par la Couronne à son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones (p. 360-362; voir aussi *Whitefish Lake*, par. 52-55). L'obligation de fiduciaire de la Couronne est fondée sur l'honneur de celle-ci et les manquements à cette obligation sont d'une nature différente des violations contractuelles ou délictuelles de droit privé.

(2) Présomptions en equity

[78] Pour atteindre ces objectifs de l'indemnisation en equity, l'évaluation est également guidée par les présomptions qu'établit l'equity à l'encontre des fiduciaires qui manquent à leurs obligations.

[79] L'equity suppose que le demandeur aurait utilisé les biens détenus en fiducie de la façon la plus avantageuse possible (*Guerin*, p. 362-363; *Canson*, p. 545; *Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials*, par A. H. Oosterhoff, R. Chambers et M. McInnes (9^e éd. 2019), p. 1018). Dans l'arrêt *Guerin*, par exemple, la bande indienne de Musqueam s'attendait à ce que certaines conditions avantageuses soient incluses dans un contrat de location que le Canada avait négocié en son nom avec un promoteur privé. Le Canada n'avait pas réussi à obtenir ces conditions; il avait plutôt conclu un accord moins avantageux qui n'avait pas été autorisé par la bande. Or, lorsque le juge de première instance a déterminé l'indemnité à accorder à la bande en raison du manquement par le Canada à son obligation de fiduciaire, il a conclu que le bail aux conditions avantageuses ne pouvait servir à évaluer l'indemnité, car aucune tierce partie n'aurait accepté de telles conditions et qu'il n'y avait donc pas de lien de causalité entre cette façon de calculer la perte et le manquement. Le juge de première instance s'est ensuite penché sur l'utilisation optimale des biens entre le moment du manquement et la date du procès,

“assessed, as best he could, the value of the actual opportunity lost as a result of the breach” (p. 552).

[80] The focus is always on whether the plaintiff’s lost opportunity was caused in fact by the fiduciary’s breach. Equity will assess that opportunity under the *presumption* that the beneficiary would have put the asset to its most favourable use. The most favourable use must be realistic. The common law requires a plaintiff to lead evidence to that effect.

[81] There are additional equitable presumptions that are applicable in appropriate cases. The presumption of legality, discussed in more detail below, prevents breaching fiduciaries from reducing compensation by arguing they would not have complied with the law.

[82] Another presumption, the so-called Brickenden rule, applies where the fiduciary breached a duty to disclose material facts. The breaching fiduciary is prevented from arguing that the outcome would be the same regardless of whether the facts were disclosed (*Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465 (P.C.)).

[83] In summary, equitable compensation deters wrongful conduct by fiduciaries in order to enforce the relationship at the heart of the fiduciary duty. It restores the opportunity that the plaintiff lost as a result of the fiduciary’s breach. The trial judge must begin by closely analyzing the nature of the fiduciary relationship so as to ensure that the loss is assessed in relation to the obligations undertaken by the fiduciary. The loss must be caused in fact by the fiduciary’s breach, but the causation analysis will not import foreseeability into breaches of the Crown’s fiduciary duty towards Indigenous Peoples. Equitable presumptions — including most favourable use — apply to the assessment of the loss. The

et il a conclu qu’il s’agissait d’une utilisation à des fins résidentielles, et ce, même s’il a estimé qu’un tel aménagement ne se serait vraisemblablement réalisé que quelques années après le manquement. Comme l’a fait remarquer la juge McLachlin dans l’arrêt *Canson*, le juge de première instance « a évalué, du mieux qu’il pouvait, la valeur de la possibilité réellement perdue en raison du manquement » (p. 552).

[80] L’analyse est toujours axée sur la question de savoir si la perte de possibilité du demandeur a été causée dans les faits par le manquement du fiduciaire. En equity, on évaluera cette possibilité en *présument* que le bénéficiaire aurait utilisé les biens de la manière la plus avantageuse possible. L’utilisation la plus avantageuse possible doit être réaliste. La common law exige que le demandeur présente des éléments de preuve à cet effet.

[81] D’autres présomptions issues de l’equity sont applicables dans les cas qui s’y prêtent. La présomption de légalité, examinée plus en détail ci-dessous, empêche les fiduciaires qui manquent à leurs obligations de réduire l’indemnité en faisant valoir qu’ils auraient enfreint la loi.

[82] Une autre présomption, appelée « règle de Brickenden », s’applique lorsque le fiduciaire a manqué à son obligation de communiquer des faits importants. Le fiduciaire en défaut ne peut pas faire valoir que le résultat aurait été le même si les faits avaient été communiqués (*Brickenden c. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465 (C.P.)).

[83] En résumé, l’indemnité en equity décourage les fiduciaires d’avoir un comportement fautif afin de faire respecter la relation qui est au cœur de l’obligation de fiduciaire. Elle permet de restituer la valeur de la possibilité que le demandeur a perdue par suite du manquement du fiduciaire. Le juge de première instance doit commencer par analyser attentivement la nature du rapport fiduciaire de manière à ce que la perte soit évaluée en fonction des obligations auxquelles est tenu le fiduciaire. La perte doit être causée dans les faits par le manquement du fiduciaire, mais l’analyse du lien de causalité n’incorporera pas le facteur de prévisibilité dans les manquements à l’obligation de fiduciaire à laquelle la Couronne

most favourable use must be realistic. The trial judge must be satisfied that the assessment reflects the value the beneficiary could have actually received from the asset between breach and trial and the importance of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples.

C. Application

[84] In light of these principles, I turn now to the question of whether the trial judge erred in his assessment of equitable compensation.

[85] The standards of review identified in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, apply to awards of equitable compensation. Questions of law are reviewable on a standard of correctness. The application of the relevant equitable principles to the facts is reviewable on a standard of palpable and overriding error, absent an extricable error in principle which is reviewed on a correctness standard. As discussed below, the trial judge's reasons are tainted by legal errors reviewable on a correctness standard.

[86] As noted above, the trial judge concluded that Canada owed a fiduciary duty to the LSFN and breached that duty. He determined that Canada had the following specific obligations: (1) a duty of loyalty and good faith to the LSFN in the discharge of its mandate as trustee of the Reserve land; (2) a duty to provide full disclosure and to consult with the band; (3) a duty to act with ordinary prudence with a view to the best interests of the First Nation; and (4) a duty to protect and preserve the LSFN's proprietary interest in the Reserve from exploitation. Further, the trial judge noted that Canada's duties may have expanded when it committed to the LSFN that it would protect its interest "to the fullest possible extent" (para. 227). The trial judge held that

est tenue envers les peuples autochtones. Les présomptions en equity — y compris celle relative à l'utilisation la plus avantageuse — s'appliquent à l'évaluation de la perte. L'utilisation la plus avantageuse doit être réaliste. Le juge de première instance doit être convaincu que l'évaluation reflète la valeur que le bénéficiaire aurait pu réellement tirer des biens entre le moment du manquement et le procès, ainsi que l'importance de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones.

C. Application aux faits

[84] À la lumière de ces principes, je passe maintenant à la question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur dans son évaluation de l'indemnité en equity.

[85] Les normes de contrôle décrites dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, s'appliquent aux octrois d'indemnités en equity. Les questions de droit sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. L'application des principes pertinents d'equity aux faits est assujettie à la norme de contrôle de l'erreur manifeste et déterminante, sauf erreur de principe isolable, laquelle est assujettie à la norme de la décision correcte. Comme il est indiqué plus loin, les motifs du juge de première instance sont entachés d'erreurs de droit, lesquelles sont assujetties à la norme de la décision correcte.

[86] Comme je l'ai déjà mentionné, le juge de première instance a conclu que le Canada avait une obligation de fiduciaire envers la LSFN et qu'il y avait manqué. Il a établi que le Canada avait les obligations spécifiques suivantes : 1) un devoir de loyauté et de bonne foi envers la LSFN dans l'exécution de son mandat de fiduciaire des terres de réserve; 2) un devoir de communiquer l'intégralité de l'information à la bande et de la consulter; 3) un devoir d'user de prudence ordinaire dans le meilleur intérêt de la Première Nation; et 4) un devoir de préserver l'intérêt propriétaire de la LSFN dans la réserve et de le protéger contre l'exploitation. En outre, le juge de première instance a indiqué qu'il était possible que la portée des obligations du Canada se soit élargie

Canada breached these duties. These findings are not challenged in this Court.

[87] However, the trial judge also concluded that Canada's duty only required it to obtain the amount provided for under general expropriation law as payment for a hypothetical flowage easement. He reached this conclusion largely based on the following findings: the Project could not be stopped because Canada, Ontario, and Manitoba wanted it completed; the LSFN had little bargaining power to extract a better deal; Canada could have lawfully expropriated the Reserve land as a public work and paid only the amount required under applicable expropriation law; and, realistically, the LSFN would have surrendered the land or it would have been expropriated under those terms. The trial judge suggests that paying anything greater than fair market value would have violated Canada's duties to the Canadian public. He assessed the value of the flooded land at an average of \$1.29 an acre as bushland and waterfront land, based on Canada's evidence regarding the 1929 value of the land *without* the Project. The trial judge determined the value of this loss at the time of the trial to be \$3,272,572.

[88] Canada submits that the trial judge correctly considered the "non-breach" world and determined, based upon the evidence, that a flowage easement measured by expropriation values is what would have likely happened had Canada not breached its duties.

[89] I agree with the Appellant that the trial judge erred in concluding that a hypothetical expropriation — the minimum statutory obligation — would have fulfilled Canada's fiduciary obligations. This legal error impacted his assessment of equitable compensation because it led him to rely on general

lorsque ce dernier s'était engagé envers la LSFN à protéger son intérêt « dans toute la mesure possible » (par. 227). Le juge de première instance a conclu que le Canada avait manqué à ces obligations et ces conclusions ne sont pas contestées devant notre Cour.

[87] Néanmoins, le juge de première instance a aussi conclu que l'obligation à laquelle était tenu le Canada exigeait seulement qu'il obtienne le montant prévu par les règles générales du droit de l'expropriation en contrepartie d'une servitude de submergement hypothétique. Il a tiré cette conclusion en se fondant en grande partie sur les constatations suivantes : le projet ne pouvait être annulé, car le Canada, l'Ontario et le Manitoba souhaitaient le réaliser; la LSFN avait un faible pouvoir de négociation pour parvenir à une meilleure entente; le Canada aurait pu légalement exproprier les terres de réserve pour les besoins d'un ouvrage public et payer seulement le montant prévu par les règles du droit de l'expropriation applicables; et, en fait, la LSFN aurait cédé les terres ou celles-ci auraient été expropriées selon ces modalités. Le juge de première instance a laissé entendre que, si le Canada avait payé un montant plus élevé que la juste valeur marchande, il aurait manqué à ses obligations envers la population canadienne. Il a évalué la valeur des terres inondées à une moyenne de 1,29 \$ l'acre en tant que terres boisées et riveraines, compte tenu des éléments de preuve du Canada concernant la valeur des terres en 1929 *sans* le projet. Le juge de première instance a établi la valeur de cette perte au moment du procès à 3 272 572 \$.

[88] Le Canada fait valoir que le juge de première instance a examiné à juste titre le scénario où il n'y avait pas eu manquement et a déterminé, à la lumière des éléments de preuve, qu'une servitude de submergement évaluée en fonction de la valeur de l'expropriation est probablement ce qui aurait été versé si le Canada n'avait pas manqué à son obligation.

[89] Je suis d'accord avec l'appelant pour dire que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'une expropriation — l'obligation minimale prévue par la loi — hypothétique aurait permis au Canada de s'acquitter de ses obligations de fiduciaire. Cette erreur de droit a eu une incidence sur

principles of expropriation law to value the loss and to conclude that compensation would not be assessed at a higher value than the minimum required under an expropriation. The fundamental error of the trial judge was that he focused on what Canada would *likely have done* instead of what Canada *ought to have done* as a fiduciary.

(1) The Appellant Is Not Precluded From Raising These Arguments on Appeal

[90] First, as a preliminary matter, I would reject Canada’s argument that there are procedural obstacles to considering the merits of this appeal. Canada submits that the Appellant’s proposal to assess compensation on the basis of “the use of the lands for flooding purposes” is a new issue that is not properly before this Court and should not be given effect by this Court (R.F., at para. 55). While it is true that the Appellant’s theory of compensation has changed during this litigation, the approach of valuing the lands for flooding purposes was in issue at trial.

[91] The argument that the Appellant relies on at this Court is the same argument relied on at the Court of Appeal and was subject to full submissions at both the Court of Appeal and this Court. The “use of the lands for flooding purposes” assessment is the approach that was accepted as one of two alternatives by Gleason J.A. in dissent below and rejected by Nadon J.A. for the majority.

[92] More importantly, the argument that the land should be valued on the basis of its use as flooded land for the Project was an issue at trial. The LSFN proposed various models of compensation at trial and the primary model — a revenue-sharing agreement — presumes that the use is as land flooded for hydroelectricity generation. According to the trial judge, the LSFN’s main theory at trial was the “loss of opportunity for hydroelectric benefits”

son évaluation de l’indemnité en equity, puisqu’elle l’a amené à s’appuyer sur les principes généraux du droit de l’expropriation pour évaluer la perte et conclure que l’indemnité ne serait pas évaluée à une valeur plus élevée que le minimum requis dans le cadre d’une expropriation. L’erreur fondamentale du juge de première instance est qu’il s’est concentré sur ce que le Canada aurait *vraisemblablement fait*, plutôt que sur ce que le Canada *aurait dû faire* en tant que fiduciaire.

(1) Rien n’empêche l’appelant d’invoquer ces arguments en appel

[90] Tout d’abord, à titre préliminaire, je suis d’avis de rejeter l’argument du Canada voulant que des obstacles procéduraux empêchent l’examen au fond du présent pourvoi. Le Canada soutient que la proposition de l’appelant d’évaluer l’indemnité en fonction de [TRADUCTION] « l’utilisation des terres aux fins d’inondation » constitue une nouvelle question qui n’a pas été dûment soumise à la Cour et à laquelle celle-ci ne devrait pas donner suite (m.i., par. 55). S’il est vrai que la thèse de l’appelant concernant l’indemnisation a changé au cours du présent litige, l’approche visant à évaluer les terres aux fins d’inondation était une question en litige au procès.

[91] L’argument qu’invoque l’appelant devant notre Cour est le même que celui qu’il a invoqué devant la Cour d’appel et qui a fait l’objet d’observations exhaustives devant la Cour d’appel et notre Cour. L’évaluation en fonction de « l’utilisation des terres aux fins d’inondation » est l’approche qui a été accueillie en tant que l’une de deux possibilités formulées par la juge Gleason en dissidence et qui a été rejetée par le juge Nadon au nom des juges majoritaires.

[92] Plus important encore, l’argument selon lequel les terres devraient être évaluées en fonction de leur utilisation en tant que terres inondées pour les besoins du projet était un point en litige au procès. La LSFN a proposé divers modèles d’indemnisation au procès, et le modèle principal — une entente de partage des bénéfices — suppose que les terres seront utilisées en tant que terres inondées pour la production d’hydroélectricité. Selon le juge de première

(para. 10). The Appellant’s expert witness, Norris Wilson, also testified that the value of the land must include the anticipated improvements in the land due to the hydroelectricity project. The trial judge rejected this approach (para. 380). The evidence from the Kananaskis Falls and related agreements was also available to the trial judge and the trial judge correctly understood the implication of this evidence to be that the land would be valued on the basis of its “usefulness in connection with the development of power” (para. 381). The trial judge acknowledged that those agreements were “relied upon by the LSFN as a precedent of what Canada ought to have obtained to protect the interests of the LSFN” (para. 24). Thus, I see no bar to addressing the merits of this appeal.

(2) The Nature of the Fiduciary Obligations

[93] Following the approach taken by this Court in *Guerin*, the first step in assessing equitable compensation is to determine what the fiduciary would have been expected to do had it not breached its obligations.

[94] In applying what Canada’s obligations to the LSFN required in this case, the trial judge focused on the fact that Canada could legally expropriate the land under s. 48 of the *Indian Act* because the Project was a public work. This led the trial judge to improperly conclude that Canada’s fiduciary obligations required Canada to do no more than the minimum required in an expropriation of fee simple lands. As I shall explain, the fiduciary duty required more than compensation based upon expropriation principles in this case for three reasons. First, the presence of legal discretion to take or expropriate the land in s. 48 of the *Indian Act* did not define the obligations imposed by Canada’s fiduciary duty. Second, the fact that the land was required for a public work did not negate the obligations imposed by Canada’s fiduciary duty. And third, the principles of expropriation law are fundamentally different than

instance, la thèse principale avancée par la LSFN au procès était la [TRADUCTION] « perte de la possibilité de toucher les bénéfices découlant de la production d’hydroélectricité » (par. 10). Le témoin expert de l’appelant, Norris Wilson, a également déclaré que la valeur des terres devrait inclure les améliorations prévues apportées aux terres par suite du projet d’hydroélectricité. Le juge de première instance a rejeté cette approche (par. 380). Des éléments de preuve tirés des accords conclus dans le cadre des projets des chutes Kananaskis et d’accords connexes ont également été soumis au juge de première instance, qui en a bien compris les conséquences, c’est-à-dire que les terres seraient évaluées en fonction de leur [TRADUCTION] « utilité pour la production d’énergie » (par. 381). Le juge de première instance a reconnu que la LSFN avait « invoqu[é] ces [accords] à titre de précédent de ce que le Canada aurait dû obtenir pour protéger les intérêts de la [LSFN] » (par. 24). Par conséquent, je ne vois rien qui m’empêche de me pencher sur le fond du présent pourvoi.

(2) La nature des obligations fiduciaires

[93] Suivant l’approche adoptée par notre Cour dans l’arrêt *Guerin*, la première étape pour évaluer l’indemnité en equity est de déterminer ce que le fiduciaire aurait dû faire s’il n’avait pas manqué à ses obligations.

[94] Pour appliquer ce qu’exigeaient les obligations qu’avait le Canada envers la LSFN dans la présente affaire, le juge de première instance s’est concentré sur le fait que le Canada pouvait légalement exproprier les terres en vertu de l’art. 48 de la *Loi des Indiens*, car le projet était un ouvrage public. Le juge de première instance a donc conclu à tort qu’à titre de fiduciaire, le Canada avait l’obligation de ne faire que le minimum requis dans le cas d’une expropriation de terres en fief simple. Comme je l’expliquerai plus loin, l’obligation de fiduciaire exigeait du Canada qu’il obtienne plus qu’une indemnité établie en fonction des principes d’expropriation en l’espèce pour trois raisons. Premièrement, l’existence du pouvoir discrétionnaire de s’approprier ou d’exproprier les terres prévu à l’art. 48 de la *Loi des Indiens* ne définissait pas les devoirs qu’imposait l’obligation de fiduciaire du Canada. Deuxièmement,

those underlying Indigenous interest in land. Instead, the fiduciary obligations in this case must reflect the nature of the interest, the impact of the loss on the First Nation, the importance of the fiduciary relationship, and reconciliation, which is the overarching goal of the fiduciary duty itself, based in the honour of the Crown.

[95] Therefore, for reasons that follow, I conclude that even though the land was needed for a public work, the fiduciary duty still required Canada to first attempt to negotiate a surrender with the LSFN. If negotiations failed and Canada expropriated the land under s. 48, it would at least have had to provide fair compensation reflecting the land's use as water storage for hydroelectricity generation.

(a) *The Presence of Legal Discretion in Section 48 of the Indian Act*

[96] The provisions of the *Indian Act* in force at the time provided two routes to remove land from a reserve: a taking and a surrender. Sections 50 and 51 provided that reserve land could be surrendered to the Crown with the consent of the First Nation. Alternatively, subs. 48(1) provided that land could be taken for a public work, but only with the “consent of the Governor in Council” and “subject to the terms and conditions imposed by such consent”. Compensation was to be governed by the “requirements applicable to the like proceedings by such company, municipal or local authority in ordinary cases” unless “otherwise provided by the order in council” (subs. 48(2)). The *Indian Act* did not, therefore, limit the discretion of the Crown to negotiate, or the discretion of the Governor in Council to determine the terms of a taking. There was no conflict between the requirements of the statute and the requirements imposed by the fiduciary duty. The statute accommodated the exercise of the Crown's

le fait que les terres étaient nécessaires pour les besoins d'un ouvrage public n'annulait pas les devoirs imposés par l'obligation de fiduciaire du Canada. Troisièmement, les principes du droit de l'expropriation sont fondamentalement différents de ceux qui sous-tendent l'intérêt autochtone sur les terres. En l'espèce, les obligations de fiduciaire doivent plutôt refléter la nature de l'intérêt, les répercussions de la perte sur la Première Nation, l'importance du rapport fiduciaire et la réconciliation, qui constitue l'objectif fondamental de l'obligation de fiduciaire elle-même, reposant sur l'honneur de la Couronne.

[95] Par conséquent, pour les motifs qui suivent, je conclus que même si les terres étaient nécessaires pour un ouvrage public, l'obligation de fiduciaire exigeait quand même que le Canada tente d'abord de négocier une cession avec la LSFN. Si les négociations avaient échoué et que le Canada avait exproprié les terres en vertu de l'art. 48, il aurait au moins dû verser une indemnité équitable correspondant à la valeur de l'utilisation des terres pour le stockage des eaux en vue de la production d'hydroélectricité.

a) *L'existence d'un pouvoir discrétionnaire à l'art. 48 de la Loi des Indiens*

[96] Les dispositions de la *Loi des Indiens* en vigueur à l'époque prévoyaient deux voies pour retirer des terres d'une réserve : l'expropriation et la cession. Selon les art. 50 et 51, les terres de réserve pouvaient être cédées à la Couronne avec le consentement de la première nation. Subsidièrement, aux termes du par. 48(1), les terres pouvaient être expropriées pour les besoins d'un ouvrage public, mais seulement avec le « consentement du gouverneur en son conseil » et « subordonnément aux termes et conditions imposés par ce consentement ». L'indemnité devait être régie par les « prescriptions applicables à des procédures similaires prises par cette compagnie, ou cette autorité municipale ou locale dans des cas ordinaires », à moins « de dispositions contraires dans l'arrêt en conseil » (par. 48(2)). Par conséquent, la *Loi des Indiens* ne limitait pas le pouvoir discrétionnaire de la Couronne de négocier, ni le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en son conseil de prescrire les modalités d'une expropriation. Il n'y avait aucune

fiduciary duty by recognizing the discretion to provide for special requirements.

[97] The provisions in s. 48 must therefore be understood in light of the *pre-existing fiduciary duty* of the Crown. The fiduciary duty, not just the *Indian Act*, imposed substantive obligations on how Canada was to exercise its discretion over the reserve land. Dickson J. explained the relationship between the Crown's discretion its fiduciary duty as follows: “[D]iscretion on the part of the Crown, far from ousting, as the Crown contends, the jurisdiction of the courts to regulate the relationship between the Crown and the Indians, has the effect of transforming the Crown's obligation into a fiduciary one” (*Guerin*, at p. 384). Similarly, Wagner J. (as he then was) recently stated that the “fiduciary obligation requires that the Crown's discretionary control be exercised in accordance with the standard of conduct to which equity holds a fiduciary” and that this is embodied in the “fiduciary duties of loyalty, good faith and full disclosure” (see *Williams Lake*, at para. 46). Equity, by its very nature, imposes additional considerations. The legal authority of the Crown in s. 48 does not answer the question of what the fiduciary duty required in this case. That authority imposed a minimum — not a maximum — requirement on the exercise of the Crown's discretion. The presence of legal discretion in the *Indian Act*, did not, therefore, negate or define the obligations imposed by the Crown's fiduciary duty.

[98] The effect of the trial judge's reliance on the legal powers conferred in the *Indian Act* also raises a question regarding the role of the presumption of legality in this case. The presumption of legality or lawfulness is an equitable presumption meant to prevent fiduciaries from *reducing* compensation by arguing that they would have broken the law (*Whitefish Lake*, at para. 69). It cannot be inverted and used

incompatibilité entre les exigences de la loi et celles imposées par l'obligation de fiduciaire. La loi facilitait l'exercice de l'obligation de fiduciaire de la Couronne en reconnaissant son pouvoir discrétionnaire de répondre à des exigences particulières.

[97] Les dispositions de l'art. 48 doivent donc être interprétées à la lumière de l'*obligation fiduciaire préexistante* de la Couronne. L'obligation de fiduciaire, pas seulement la *Loi des Indiens*, imposait au Canada des devoirs substantiels quant à la manière dont il devait exercer son pouvoir discrétionnaire à l'égard des terres de réserve. Le juge Dickson a ainsi expliqué le lien entre le pouvoir discrétionnaire de la Couronne et son obligation de fiduciaire : « [Le] pouvoir discrétionnaire, loin de supplanter comme le prétend Sa Majesté, le droit de regard qu'ont les tribunaux sur les rapports entre Sa Majesté et les Indiens, a pour effet de transformer l'obligation qui lui incombe en une obligation de fiduciaire » (*Guerin*, p. 384). De façon semblable, le juge Wagner (plus tard juge en chef) a récemment indiqué que l'« obligation fiduciaire exige de la Couronne qu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire conformément à la norme de conduite à laquelle un fiduciaire est tenu en equity », ce que consacrent les « obligations fiduciaires de loyauté, de bonne foi et de communication complète de l'information » (voir *Williams Lake*, par. 46). L'equity, par sa nature même, commande la prise en considération d'autres facteurs. Le pouvoir de la Couronne prévu à l'art. 48 ne répond pas à la question de savoir ce que l'obligation de fiduciaire exigeait en l'espèce. Ce pouvoir imposait une exigence minimale — et non maximale — à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Couronne. Par conséquent, l'existence du pouvoir discrétionnaire dans la *Loi des Indiens* n'annulait ni ne définissait les devoirs imposés par l'obligation de fiduciaire de la Couronne.

[98] Le fait que le juge de première instance se soit fondé sur les pouvoirs conférés par la *Loi des Indiens* a également pour effet de soulever une question concernant le rôle de la présomption de légalité dans la présente affaire; celle-ci est une présomption en equity qui vise à empêcher les fiduciaires de *réduire* l'indemnité sous prétexte qu'ils auraient enfreint la loi (*Whitefish Lake*, par. 69). Elle ne peut être

instead to *limit* compensation by suggesting that the fiduciary is expected to do no more than what the law, not equity, requires. The trial judge placed great emphasis on what Canada would have done had it acted “legally” and equated this with what Canada should have done had it fulfilled its fiduciary duty (see, e.g., para. 358). However, correctly applied, the presumption of legality simply means that Canada is prevented from arguing that it would not have complied with the rules in the *Indian Act* or Treaty 3. The presumption is of little assistance in determining either the fiduciary obligations or the assessment of loss in this case.

[99] The trial judge’s reasons can also be read as relying on the legal powers conferred in s. 48 to improperly focus on the inequality of bargaining power between the LSFN and Canada, its fiduciary, as a factor to limit compensation. It is appropriate in assessing the lost opportunity to consider as one factor what third parties, such as Ontario or Manitoba, would have been willing to pay and what their relative bargaining power was. However, the trial judge should not consider the “little leverage” the First Nation had with its fiduciary in assessing compensation (para. 318). Obviously, Canada is not permitted to use its legal power over the beneficiary to force an unfair settlement on the beneficiary. Such reasoning effectively turns Canada’s fiduciary obligation on its head, allowing Canada to benefit from the very discretionary power over the LSFN which is the source of its fiduciary duty.

[100] The legal authority of Canada to expropriate the land under s. 48 therefore does not define the fiduciary duty in this case.

(b) *The Presence of a Public Work*

[101] Because of Canada’s public responsibilities to Canadians generally, it may sometimes need to consider broader public interests in addition to its *sui generis* fiduciary duty to Indigenous Peoples. While an ordinary fiduciary is not generally permitted to

interprétée en sens contraire et servir plutôt à *limiter* l’indemnité, en laissant entendre que le fiduciaire ne devrait faire que ce que la loi, et non l’equity, exige. Le juge de première instance a beaucoup insisté sur ce que le Canada aurait fait s’il avait agi « conformément à la loi », et a assimilé cela à ce que celui-ci aurait dû faire s’il s’était acquitté de son obligation de fiduciaire (voir, p. ex., par. 358). Cependant, bien appliquée, la présomption de légalité signifie simplement que le Canada ne peut soutenir qu’il aurait enfreint les règles prévues dans la *Loi des Indiens* ou le Traité n° 3. En l’espèce, la présomption n’est guère utile pour déterminer les obligations fiduciaires ou pour évaluer la perte.

[99] Il est également possible de considérer que le juge de première instance, dans ses motifs, s’est appuyé sur les pouvoirs conférés par l’art. 48 pour mettre l’accent à tort sur l’inégalité du pouvoir de négociation de la LSFN par rapport à celui du Canada, son fiduciaire, en tant que facteur pour limiter l’indemnité. Pour évaluer la valeur de la possibilité perdue, il convient de tenir compte du montant que des tiers, comme l’Ontario ou le Manitoba, auraient été prêts à payer et de leur pouvoir de négociation relatif. Cependant, le juge de première instance ne devrait pas tenir compte du « peu de possibilités » qu’avait la Première Nation avec son fiduciaire pour évaluer l’indemnité (par. 318). Évidemment, le Canada ne peut pas utiliser le pouvoir que lui confère la loi à l’égard du bénéficiaire pour le contraindre à accepter un règlement inéquitable. Un tel raisonnement inverse dans les faits l’obligation de fiduciaire du Canada, en permettant à ce dernier de bénéficier du pouvoir discrétionnaire à l’égard de la LSFN qui est précisément la source de son obligation fiduciaire.

[100] Par conséquent, le pouvoir d’exproprier les terres que détient le Canada en vertu de l’art. 48 ne définit pas l’obligation de fiduciaire en l’espèce.

b) *L’existence d’un ouvrage public*

[101] Compte tenu de ses responsabilités publiques envers l’ensemble des Canadiens, le Canada doit parfois tenir compte de l’intérêt public général en plus de son obligation de fiduciaire *sui generis* envers les peuples autochtones. Alors qu’un fiduciaire

balance its own interests against those of the beneficiary, here, s. 48 empowers Canada to expropriate reserve land without consent if the land is needed for a public work. However, this Court's jurisprudence shows that the fiduciary duty continues to apply even if the land is needed for a public work.

[102] This Court held in *Guerin* that Canada could not escape liability in equity by arguing that it was only bound by a public trust. In other words, the Court rejected the idea that the fiduciary duty is comparable to the normal exercise of government powers that balances competing priorities or interests. This was confirmed in *Osoyoos* where Iacobucci J. applied the fiduciary duty to expropriations and wrote that the “public interest [cannot] trump” the Indigenous interests (para. 52). In *Osoyoos*, the Court explicitly rejected Canada's argument that the fiduciary duty does not arise if there is a conflict between Canada's public law duties and its obligation to hold reserve land for the benefit of a First Nation (para. 51). While the Crown can *decide* that a public work is in the public interest and should thus proceed, the *manner* in which it proceeds is subject to the fiduciary duty (para. 52; S. Luk, “Not So Many Hats: The Crown's Fiduciary Obligations to Aboriginal Communities since *Guerin*” (2013), 76 *Sask. L. Rev.* 1, at p. 17).

[103] Similarly, this Court's statement in *Wewaykum* that the Crown is expected to “have regard to the interest of all affected parties, not just the Indian interest”, does not support the argument that Canada must simply balance existing Indigenous interests in reserve land against other public interests (para. 96). In *Wewaykum*, Canada owed a *narrower* fiduciary duty towards the various First Nations because Canada's actions took place prior to reserve creation and involved land on which the First Nations did not claim title based on an existing aboriginal or treaty right. The First Nations therefore did not have a quasi-proprietary interest in the land at issue at the

ordinaire ne peut généralement pas mettre en balance ses propres intérêts avec ceux du bénéficiaire, dans le cas qui nous occupe, l'art. 48 donne au Canada le pouvoir d'exproprier des terres de réserve sans consentement si ces terres sont nécessaires pour les besoins d'un ouvrage public. Cependant, il ressort de la jurisprudence de notre Cour que l'obligation de fiduciaire continue à s'appliquer même si les terres sont requises pour un ouvrage public.

[102] Dans l'arrêt *Guerin*, notre Cour a conclu que le Canada ne pouvait se soustraire à sa responsabilité en equity en soutenant qu'il n'était lié que par une fiducie publique. Autrement dit, la Cour a rejeté l'idée que l'obligation de fiduciaire est comparable à l'exercice normal des pouvoirs du gouvernement qui établit un équilibre entre des priorités ou des intérêts opposés. Cette conclusion a été confirmée dans l'arrêt *Osoyoos*, où le juge Iacobucci a appliqué l'obligation de fiduciaire aux expropriations et a écrit que l'intérêt public ne peut prévaloir sur les intérêts autochtones (par. 52). Dans cet arrêt, la Cour a explicitement rejeté l'argument du Canada selon lequel aucune obligation de fiduciaire ne prend naissance s'il y a conflit entre les obligations du Canada en droit public et son obligation de détenir des terres de réserve au profit d'une première nation (par. 51). Bien que la Couronne puisse *décider* qu'un ouvrage public est dans l'intérêt du public et qu'il devrait donc être réalisé, la *manière* de le réaliser est assujettie à l'obligation de fiduciaire (par. 52; S. Luk, « Not So Many Hats : The Crown's Fiduciary Obligations to Aboriginal Communities since *Guerin* » (2013), 76 *Sask. L. Rev.* 1, p. 17).

[103] Dans le même ordre d'idées, l'affirmation qu'a faite la Cour dans l'arrêt *Wewaykum*, suivant laquelle la Couronne a l'obligation « de prendre en considération les intérêts de toutes les parties concernées, non pas seulement les intérêts des Indiens », n'appuie pas l'argument selon lequel le Canada doit simplement trouver un équilibre entre les intérêts autochtones existants sur les terres de réserve et les autres intérêts publics (par. 96). Dans l'affaire *Wewaykum*, le Canada avait une obligation de fiduciaire *plus restreinte* envers les diverses premières nations, parce que les mesures prises par le Canada étaient antérieures à la création de la réserve

relevant time (para. 96; Luk, at p. 19). While Canada had an obligation of loyalty, good faith, full disclosure, and ordinary diligence, there was no obligation to protect the quasi-proprietary interest. The Court emphasized, however, that once a reserve is created, the fiduciary duty expands to include the obligation of “protection and preservation of the band’s quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation” and this includes protection from “exploitation by the Crown itself” (*Wewaykum*, at paras. 86 and 100). In this case, there is no dispute that the LSFN had a quasi-proprietary interest in the Reserve.

(c) *The Content of the Fiduciary Duty Flows From the Nature of the Indigenous Interest and Is Not Defined by Expropriation Principles*

[104] In the context of an expropriation or taking, our jurisprudence has imposed a duty requiring the Crown to minimally impair the protected interest (*Osoyoos*, at para. 52). This means that the Crown must preserve the Indigenous interest “to the greatest extent practicable” (para. 53). This requirement of minimal impairment is consistent with Binnie J.’s observation in *Wewaykum* that the fiduciary duty also prevents exploitation of Indigenous interests by the Crown, not just by third parties. An apparent conflict with the general fiduciary obligation of strict loyalty is created where the Crown decides that reserve land is necessary for a public work and takes that land without the consent of the First Nation. To resolve this tension, the fiduciary duty requires the Crown to seriously consider the impact on the First Nation and how best to minimize that impact. As a fiduciary, the Crown has the duty to preserve the First Nation’s quasi-proprietary interest in the land as much as possible and to ensure fair compensation reflecting the *sui generis* interest. This duty applies even where

et visaient des terres à l’égard desquelles les premières nations n’avaient pas revendiqué de titre sur le fondement d’un droit ancestral ou issu de traités. Les premières nations n’avaient donc pas d’intérêt quasi propriétaire sur les terres en question au moment pertinent (par. 96; Luk, p. 19). Même si le Canada avait une obligation de loyauté, de bonne foi, de communication complète de l’information et de diligence ordinaire, il n’était pas tenu de protéger l’intérêt quasi propriétaire de la bande. Toutefois, notre Cour a souligné qu’après la création de la réserve, la portée de l’obligation de fiduciaire s’élargissait pour comprendre l’obligation de « préservation de l’intérêt quasi propriétaire de la bande [dans la réserve] et la protection de la bande contre l’exploitation à cet égard », ce qui englobe la protection contre des « mesures qui seraient prises par la Couronne elle-même et constitueraient de l’exploitation » (*Wewaykum*, par. 86 et 100). En l’espèce, il n’est pas contesté que la LSFN avait un intérêt quasi propriétaire dans la réserve.

c) *Le contenu de l’obligation de fiduciaire découle de la nature de l’intérêt autochtone et n’est pas défini par les principes d’expropriation*

[104] Dans le contexte d’une expropriation ou d’une prise de terres, notre jurisprudence a établi que la Couronne ne doit porter qu’une atteinte minimale à l’intérêt protégé (*Osoyoos*, par. 52). Elle doit donc préserver « autant que possible » l’intérêt autochtone (par. 53). Cette exigence de l’atteinte minimale concorde avec l’observation du juge Binnie dans l’arrêt *Wewaykum*, à savoir que l’obligation de fiduciaire empêche aussi la Couronne, et pas seulement les tiers, d’exploiter les intérêts autochtones. Un conflit apparent avec l’obligation fiduciaire générale de loyauté totale survient lorsque la Couronne décide que des terres de réserve sont nécessaires pour les besoins d’un ouvrage public et qu’elle les prend sans le consentement de la première nation. Pour résoudre ce conflit, la Couronne, à titre de fiduciaire, a l’obligation d’examiner sérieusement les répercussions sur la première nation et la meilleure manière de les minimiser. À ce titre, elle doit également préserver le plus possible l’intérêt quasi propriétaire de la première nation dans les terres et veiller à ce qu’elle

the Crown considers a taking to be necessary for the public interest.

[105] Canada submits that the duty to preserve the interest to the greatest extent possible is met even if expropriation principles are applied in this case. I cannot agree. Under an expropriation of fee simple land, the value of the land to the public work is generally removed from compensation. Therefore, even though the expropriation value considers the highest and best use of the land at the time of expropriation, this generally does not include the value of the land to the scheme itself (R. Mainville, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach* (2001), at pp. 88-89). This is because expropriation law prevents landowners from reaping a windfall from the public work, and instead seeks to provide them with the compensation necessary to purchase replacement land. Conversely, in *Osoyoos*, the Court emphasized the unique importance of Indigenous interests in land: they are at the centre of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples and are not fungible commodities that can be easily replaced by buying additional fee simple land (paras. 45-46; Mainville, at p. 106). This led the Court to affirm that the principles underlying Indigenous interests in land are fundamentally different from the principles underlying expropriation law (*Osoyoos*, at para. 45). Expropriation law reflects fee simple interests in land, not the *sui generis* Indigenous interests in land. Although expropriation law “can serve as a reference point from which to consider compensation in cases of justifiable infringements of Aboriginal or treaty rights, . . . it cannot serve as the governing legal framework in such cases” (Mainville, at p. 106). Expropriation law is not the appropriate legal framework governing historic breaches of the Crown’s fiduciary duty to protect a First Nation’s interest in reserve land.

touche une juste indemnité reflétant l’intérêt *sui generis*. Cette obligation s’applique même lorsque la Couronne estime qu’une appropriation est nécessaire pour l’intérêt du public.

[105] Le Canada fait valoir que l’obligation de préserver l’intérêt dans toute la mesure possible est respectée même si les principes d’expropriation sont appliqués dans la présente affaire. Je ne puis souscrire à cet argument. Dans le cadre d’une expropriation visant des terres en fief simple, la valeur des terres pour l’ouvrage public est habituellement soustraite du montant de l’indemnité. Par conséquent, même si la valeur d’expropriation tient compte de l’utilisation optimale des terres au moment de l’expropriation, elle n’inclut généralement pas la valeur des terres pour le projet en soi (R. Mainville, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach* (2001), p. 88-89). Il en est ainsi car les règles du droit de l’expropriation empêchent les propriétaires fonciers de tirer un profit inattendu de l’ouvrage public; elles visent plutôt à ce qu’ils obtiennent l’indemnité nécessaire à l’achat de terres de remplacement. Inversement, dans l’arrêt *Osoyoos*, la Cour a souligné l’importance exceptionnelle des intérêts autochtones sur les terres : ils sont au cœur de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones et ne sont pas des biens fungibles qui peuvent être facilement remplacés par l’achat d’autres terres en fief simple (par. 45-46; Mainville, p. 106). La Cour a donc affirmé que les principes qui sous-tendent les intérêts autochtones sur les terres sont fondamentalement différents des principes qui sous-tendent le droit de l’expropriation (*Osoyoos*, par. 45). Celui-ci vise les intérêts en fief simple sur les terres, et non les intérêts autochtones *sui generis* sur les terres. Bien que le droit de l’expropriation [TRADUCTION] « puisse servir de point de référence à partir duquel établir l’indemnité dans les cas d’atteintes justifiables aux droits autochtones ou aux droits issus de traités, [. . .] il ne peut servir de cadre juridique applicable dans de tels cas » (Mainville, p. 106). Le droit de l’expropriation n’est pas le cadre juridique approprié pour régir les manquements historiques à l’obligation de fiduciaire de la Couronne consistant à protéger l’intérêt d’une première nation dans des terres de réserve.

[106] If expropriation law does not limit the fiduciary duty in this case, there is no basis to say that Canada's duty to preserve the LSFN's interest to the greatest extent possible must *exclude* a duty to obtain compensation for the value of the land to the scheme. Instead, given the LSFN's *sui generis* interest in the Reserve land and the impact on the LSFN, the duty here clearly required Canada to capture the full potential value of the land for the LSFN. To that end, the highest and best use of the land at the time of breach was clearly the land's intended use as water storage for hydroelectricity generation.

[107] There is no doubt that the nature of the interest impacted in this case is of fundamental importance to the LSFN and lies at the heart of its relationship with the Crown. It is a quasi-proprietary interest in 11,304 acres of Reserve land that was set aside for the LSFN's communal use in exchange for traditional territory that it surrendered in Treaty 3. The location of the Reserve was established in consultation with the LSFN. The land was chosen because of its economic, cultural, and spiritual importance to its members. The land sustained its way of life, and the proximity to Lac Seul was particularly important. The riparian area — the area that was flooded — was of special importance to the LSFN. It is where its members hunted, trapped, fished and cultivated wild rice, built their homes and grew their gardens.

[108] Expropriation principles are also inappropriate given the tremendous impact that Canada knew the Project would have on the LSFN. Here, Canada knew early in the development of the Project that the impact would be catastrophic. As the trial judge noted, the local government supervisor observed at the time that the Reserve would be "ruined for any purpose [for] which it was set aside" (Trial Reasons, at para. 156). This was followed by repeated warnings of the impact of the flooding. And the impact was ultimately as bad as had been feared. After the water levels rose, 11,304 acres of the Reserve were left flooded and rendered permanently unusable. The

[106] Si les règles du droit de l'expropriation ne restreignent pas l'obligation de fiduciaire en l'espèce, rien ne permet d'affirmer que l'obligation du Canada de préserver l'intérêt de la LSFN dans toute la mesure possible doit *exclure* l'obligation d'obtenir une indemnité correspondant à la valeur des terres pour le projet. Compte tenu de l'intérêt *sui generis* de la LSFN dans les terres de réserve et des répercussions sur celle-ci, le Canada avait plutôt clairement l'obligation d'obtenir la pleine valeur potentielle des terres pour la LSFN. À cette fin, l'utilisation optimale des terres au moment du manquement était manifestement l'utilisation prévue des terres pour le stockage des eaux en vue de la production d'hydroélectricité.

[107] Il ne fait aucun doute que la nature de l'intérêt touché dans la présente affaire revêt une importance fondamentale pour la LSFN et est au cœur de sa relation avec la Couronne. Il s'agit d'un intérêt quasi propriétaire dans 11 304 acres de terres de réserve qui ont été mises de côté aux fins d'usage collectif par la LSFN en échange de terres traditionnelles qu'elle a cédées dans le Traité n° 3. L'emplacement de la réserve a été établi en consultation avec la LSFN. Les terres ont été choisies en raison de leur importance économique, culturelle et spirituelle pour ses membres. Elles leur permettaient de maintenir leur mode de vie, et la proximité du lac Seul était particulièrement importante. Les aires riveraines — les aires qui ont été inondées — revêtaient aussi une importance particulière pour la LSFN. C'est là que ses membres chassaient, trappaient, pêchaient et cultivaient du riz sauvage, qu'ils bâtissaient leurs maisons et qu'ils faisaient leurs jardins.

[108] L'application des principes d'expropriation est également inappropriée compte tenu des répercussions considérables qu'aurait le projet sur la LSFN, dont le Canada était au courant. En l'espèce, le Canada savait tôt dans le processus de mise en œuvre du projet que les répercussions seraient catastrophiques. Comme l'a mentionné le juge de première instance, le superviseur local du gouvernement avait fait remarquer à l'époque que la réserve serait « ruinée aux fins pour lesquelles elle a[vait] été mise de côté » (motifs de première instance, par. 156). Cette affirmation a été suivie de nombreux avertissements sur les répercussions de l'inondation,

flooded sections were the most important sections of the Reserve — the lakefront land — land that was central to the life of the First Nation. The Project caused “very considerable” damage to the Reserve (para. 152, quoting A.R. Supp., vol. LII, at p. 316) and Mr. Bury understood, at the time, what was expected of Canada given the enormous impact: “. . . generous monetary compensation” (para. 156).

[109] The nature of the interest and the impact on the First Nation will always be relevant to assessing the appropriate compensation for the use of its reserve land. Because a First Nation must consent in a negotiated surrender, its members will clearly consider the interest they are giving up and the impact on their community. And Canada must also consider these factors as part of its obligation to protect the First Nation against an improvident bargain. Equally, where Canada proceeds through a taking, the fiduciary duty requires Canada to consider both the nature of the interest and the impact of the taking on the First Nation in assessing how to minimally impair the protected interest.

[110] While legal expropriation represents the minimum entitlement, this is not to suggest that the value of compensation in equity will always exceed a comparable expropriation of fee simple land. However, Canada is never entitled to proceed in the same manner as an expropriation of fee simple lands. Canada must always keep the First Nation informed, attempt to negotiate a surrender before proceeding to an expropriation, and ensure compensation reflecting the nature of the interest and the impact on the community.

(d) *Summary of the Fiduciary Obligations*

[111] Therefore, the trial judge’s description of the fiduciary obligations in this case was based on

et celles-ci se sont finalement révélées aussi graves que ce que l’on craignait. Après l’élévation du niveau de l’eau, 11 304 acres de la réserve étaient inondées et inutilisables de façon permanente. Les zones inondées étaient les zones les plus importantes de la réserve — les terres riveraines —, lesquelles étaient au cœur de la vie de la Première Nation. Le projet a causé des dommages « considérables » à la réserve (par. 152, citant d.a. suppl., vol. LII, p. 316), et M. Bury a compris à l’époque ce qui était attendu du Canada compte tenu des répercussions considérables : une « . . . indemnité pécuniaire généreuse » (par. 156).

[109] La nature de l’intérêt et les répercussions sur la première nation seront toujours utiles lors de l’évaluation de l’indemnité appropriée pour l’utilisation de ses terres de réserve. Comme une première nation doit donner son consentement lors d’une cession négociée, il va sans dire que ses membres tiendront compte de l’intérêt qu’ils cèdent et des répercussions sur leur communauté. Le Canada doit également prendre en considération ces facteurs dans le cadre de son obligation de protéger la première nation contre un marché inconsidéré. De même, lorsque le Canada procède à une appropriation, il a l’obligation, à titre de fiduciaire, de tenir compte à la fois de la nature de l’intérêt et des répercussions de l’appropriation sur la première nation pour juger de la façon de porter le moins possible atteinte à l’intérêt protégé.

[110] Bien que l’expropriation conforme à la loi représente le droit minimal, cela ne signifie pas que la valeur de l’indemnité en equity excédera toujours celle accordée dans le cas d’une expropriation comparable de terres en fief simple. Toutefois, le Canada ne peut jamais procéder de la même manière que dans le cas d’une expropriation de terres en fief simple. Il doit toujours tenir la première nation au courant, tenter de négocier une cession avant de procéder à une expropriation et s’assurer que l’indemnité tient compte de la nature de l’intérêt et des répercussions sur la communauté.

d) *Résumé des obligations fiduciaires*

[111] Par conséquent, la description par le juge de première instance des obligations fiduciaires dans

his narrow focus on legal discretion in s. 48. Even though 11,304 acres, or 17 percent of the Reserve, would be flooded, the trial judge determined that s. 48 allowed Canada to take the land for its value under expropriation law — without regard to the value of the land to the Project — and that the fiduciary duty required no more. This is despite the fact that Canada was warned that the Reserve would be “ruined for any purpose [for] which it was set aside”. I disagree. The fiduciary duty set a higher bar than expropriation law given the *sui generis* interest in the Reserve land and the tremendous impact on the LSFN.

[112] Instead, Canada ought to have first attempted to negotiate a surrender. Canada’s fiduciary obligations to preserve the LSFN’s quasi-proprietary interest, advance its best interests, and protect it from an improvident bargain required it to ensure the highest compensation possible. The LSFN’s interest in the Reserve land included an interest in its anticipated use — which was as land for hydroelectricity generation. Canada was under an obligation to secure compensation for this value if the Project was to go forward and the fact that the land was needed for a public work did not change this.

[113] If negotiations for a surrender of the land by the LSFN under s. 50 of the *Indian Act* were unsuccessful, Canada could have proceeded through a taking under s. 48. However, given the impact of the flooding on the LSFN, Cabinet would have had to seriously consider how to fulfill Canada’s fiduciary duty in the context of an expropriation. In a memorandum from May 1929, Mr. Bury suggested that exclusive trapping rights would have to be given to the LSFN, at least for a period of time, while the Deputy Superintendent General suggested allocating hunting and fishing grounds elsewhere. Cabinet may have decided, for example, to set aside additional reserve land or fishing or harvesting rights for the LSFN in addition to providing financial compensation. Even in an expropriation, Canada was required to preserve

la présente affaire reposait sur sa conception étroite du pouvoir discrétionnaire prévu à l’art. 48. Même si 11 304 acres, ou 17 p. 100 de la réserve, étaient inondées, le juge de première instance a conclu que l’art. 48 permettait au Canada de s’appropriier les terres en contrepartie d’une indemnité correspondant à sa valeur selon le droit de l’expropriation — sans égard à la valeur des terres pour le projet — et que l’obligation de fiduciaire n’exigeait rien de plus, et ce, malgré le fait que le Canada avait été averti que la réserve serait « ruinée aux fins pour lesquelles elle a[vait] été mise de côté ». Je ne suis pas de cet avis. L’obligation de fiduciaire met la barre plus haut que le droit de l’expropriation en raison de l’intérêt *sui generis* de la LSFN dans les terres de réserve et des répercussions considérables sur celle-ci.

[112] Le Canada aurait d’abord dû tenter de négocier une cession. Compte tenu des obligations fiduciaires du Canada consistant à préserver l’intérêt quasi propriétaire de la LSFN, promouvoir son meilleur intérêt et la protéger contre un marché inconsidéré, celui-ci devait s’assurer d’obtenir l’indemnité la plus élevée possible. L’intérêt de la LSFN dans les terres de réserve comprenait aussi un intérêt dans leur utilisation future — soit comme terres pour la production d’hydroélectricité. Le Canada devait obtenir une indemnité qui tenait compte de cette valeur si le projet devait être réalisé, et le fait que les terres étaient requises pour un ouvrage public n’y changeait rien.

[113] Si les négociations visant la cession des terres par la LSFN conformément à l’art. 50 de la *Loi des Indiens* avaient échoué, le Canada aurait pu procéder à une appropriation en vertu de l’art. 48. Toutefois, compte tenu des répercussions de l’inondation sur la LSFN, le Cabinet aurait dû sérieusement songer à la façon d’exécuter l’obligation de fiduciaire du Canada dans le contexte d’une expropriation. Dans une note de mai 1929, M. Bury avait proposé que des droits de piégeage exclusifs soient attribués à la LSFN, au moins pour un certain temps, alors que le surintendant général adjoint avait proposé d’attribuer des terres de chasse et de pêche à un autre endroit. Le Cabinet aurait pu décider, par exemple, de mettre de côté des terres de réserve ou des droits de pêche ou de récolte supplémentaires pour la LSFN en plus

the LSFN's interest in the land to the greatest extent possible and should have secured compensation for the LSFN that reflected the nature of the interest, the impact on the community, and the value of the land to the Project.

[114] In sum, the trial judge was correct that Canada's fiduciary obligations to the LSFN included a duty of loyalty and good faith; a duty to provide full disclosure and to consult with the LSFN; a duty to act with ordinary prudence with a view to its best interests; and a duty to protect and preserve the LSFN's proprietary interest in the Reserve from exploitation. If Canada pursued a negotiated surrender, it would have to advance the best interests of the LSFN and protect it from an improvident bargain. In an expropriation, Canada would also have to minimally impair the protected interest. However, the duty to preserve and protect the LSFN's *sui generis* interest in the Reserve is not satisfied by the application of expropriation principles. Instead, given the nature of the interest and the harm to the LSFN, Canada was obligated to negotiate in order to secure compensation reflecting that impact and the value of the land for its anticipated use — hydroelectricity generation. It should have negotiated for the best possible compensation. Canada breached this obligation.

(3) The Loss

[115] The value of the loss flows from the nature of the breach and the obligations that the fiduciary should have fulfilled. The valuation of the loss must reflect Canada's obligation to negotiate compensation based upon the best price that could have been obtained for the land's use for hydroelectricity generation.

[116] Here, the trial judge valued the land as bushland and waterfront land. His assessment of equitable compensation flows from his conclusion that expropriation was permitted under the *Indian Act* and that

de lui accorder une indemnité pécuniaire. Même dans le cadre d'une expropriation, le Canada devait préserver l'intérêt de la LSFN dans les terres dans toute la mesure possible et aurait dû obtenir pour elle une indemnité qui tenait compte de la nature de son intérêt, des répercussions sur la communauté et de la valeur des terres pour le projet.

[114] En somme, le juge de première instance a eu raison de conclure que les obligations fiduciaires qu'avait le Canada envers la LSFN comprenaient un devoir de loyauté et de bonne foi; un devoir de communiquer l'intégralité de l'information à la LSFN et de la consulter; un devoir d'user de prudence ordinaire dans le meilleur intérêt de la LSFN; et un devoir de préserver l'intérêt propriétaire de la LSFN dans la réserve et de le protéger contre l'exploitation. Si le Canada avait voulu obtenir une cession négociée, il lui aurait fallu promouvoir le meilleur intérêt de la LSFN et la protéger contre un marché inconsidéré. Lors d'une expropriation, le Canada devait également porter le moins possible atteinte à l'intérêt protégé. Toutefois, l'application des principes d'expropriation ne satisfait pas à l'obligation de préserver l'intérêt *sui generis* de la LSFN dans la réserve et de le protéger. Compte tenu de la nature de l'intérêt et du préjudice subi par la LSFN, le Canada avait plutôt l'obligation de négocier en vue d'obtenir une indemnité tenant compte de ces répercussions et de la valeur des terres pour leur utilisation prévue — soit la production d'hydroélectricité. Il aurait dû négocier la meilleure indemnité possible. Le Canada a manqué à cette obligation.

(3) La perte

[115] La valeur de la perte découle de la nature du manquement et des obligations dont le fiduciaire aurait dû s'acquitter. L'évaluation de la perte doit rendre compte de l'obligation qu'avait le Canada de négocier une indemnité en fonction du meilleur prix qui pouvait être obtenu pour l'utilisation des terres aux fins de production d'hydroélectricité.

[116] En l'espèce, le juge de première instance a évalué les terres en tant que terres boisées et riveraines. Son évaluation de l'indemnité en equity découle de sa conclusion que la *Loi des Indiens*

Canada would likely have compensated on the basis of expropriation law, excluding the value of the land as water storage for the Project itself. This improper conclusion underlies the trial judge's rejection of the Appellant's proposed methods of valuation at trial.

[117] At trial, the Appellant primarily relied on the hypothetical of a revenue-sharing agreement as the best valuation, but its experts also put forward additional models for evaluating the lost opportunity, including contemporaneous agreements reached with another First Nation. Canada's experts put forward evidence regarding the expropriation value. The trial judge rejected any valuation greater than a hypothetical flowage easement based upon the limited value that expropriation law would have permitted.

[118] I have already determined that equitable compensation in this case should have been assessed on the basis that Canada was under an obligation to negotiate in order to obtain the best possible compensation based upon the value of the land to the Project. The question is how to assess this value.

(a) *Application of Equitable Compensation Principles*

[119] Before considering how to value the LSFN's lost opportunity, it is necessary to clarify how the principles of equitable compensation apply in this appeal.

[120] First, in my view, the trial judge was correct in assessing compensation on the basis of what would have happened at the time of breach had Canada fulfilled its fiduciary duty. Unlike *Guerin*, this is not a case in which the plaintiff is advancing different, more valuable uses of the land than the use that the land was actually put to. Instead, the Appellant submits that the land should be valued on the basis of its actual use as flooded land for hydroelectricity generation and that this is the most valuable

permettait l'expropriation et que le Canada aurait vraisemblablement versé une indemnité au titre du droit de l'expropriation, excluant la valeur des terres utilisées aux fins du stockage des eaux pour le projet lui-même. Cette conclusion incorrecte est à la base du rejet par le juge de première instance des méthodes d'évaluation que proposait l'appelant au procès.

[117] Au procès, l'appelant s'est principalement appuyé sur l'hypothèse d'une entente de partage des bénéfices comme étant la meilleure évaluation, mais ses experts ont également présenté d'autres modèles pour évaluer la perte de la possibilité, notamment des ententes contemporaines conclues avec une autre première nation. Les experts du Canada ont présenté des éléments de preuve concernant la valeur d'expropriation. Le juge de première instance a rejeté toute évaluation supérieure à celle d'une servitude de submergement hypothétique sur la base de la valeur limitée que les règles du droit de l'expropriation auraient permise.

[118] J'ai déjà conclu qu'en l'espèce, l'indemnité en equity aurait dû être évaluée compte tenu du fait que le Canada avait l'obligation de négocier en vue d'obtenir la meilleure indemnité possible eu égard à la valeur des terres pour le projet. Il s'agit donc d'établir la façon de déterminer cette valeur.

a) *Application des principes d'indemnisation en equity*

[119] Avant d'examiner la façon d'évaluer la perte de la possibilité de la LSFN, il est nécessaire de clarifier la manière dont s'appliquent les principes d'indemnisation en equity dans le présent pourvoi.

[120] Tout d'abord, à mon avis, le juge de première instance a eu raison d'évaluer l'indemnité à la lumière de ce qui se serait passé au moment du manquement si le Canada s'était acquitté de son obligation de fiduciaire. Contrairement à l'affaire *Guerin*, il ne s'agit pas d'une affaire où le demandeur propose d'autres utilisations plus avantageuses des terres que celle qui en avait été faite. L'appelant fait plutôt valoir que les terres devaient être évaluées en fonction de leur utilisation réelle en tant que terres inondées

use. In other words, the loss is the lost opportunity to negotiate compensation for the land's use for hydroelectricity generation, not as the opportunity to put the land to other uses since 1929. Because of the presumption of highest and best use, there may be cases where a First Nation seeks compensation for other valuable uses even where it was inevitable that the land would have been used for a public work. However, in this case, the focus is on the use that the land was actually put to.

[121] There were two options available to Canada: a negotiated surrender under s. 51 and a taking under s. 48. Canada concedes that the lost opportunity in this case includes the opportunity to negotiate a surrender. Similarly, the trial judge accepted that Canada should have attempted to negotiate a surrender before pursuing a taking (para. 322). In my view, equitable compensation should be assessed on the basis of a negotiated surrender. A negotiated surrender more clearly aligns with the nature of the breach, which included a failure to keep the LSFN informed and a failure to prevent the Project from proceeding until the negotiation for compensation had been resolved. As Rowe J. recently emphasized in a different context, negotiation can foster reconciliation (*Desautel*, at paras. 87-91). Compensation was based on negotiated agreements with non-Indigenous parties, including the Hudson's Bay Company and the Anglican Church Missionary Society, even though Canada and Ontario owed no fiduciary duty to those parties.

[122] The presumption of most favourable use and valuable accounting also allows equitable compensation to focus on a successful negotiation in this case. The presumption focuses on choices that would be available to the beneficiary in a non-breach world, thus maintaining the causal connection. For example, equity presumes that the beneficiary would have sold securities at their highest value or developed land in the most advantageous way (*Guerin*, at p. 362). Here, Canada should have negotiated compensation for the LSFN for the best possible price, which in

pour la production d'hydroélectricité et qu'il s'agit de l'utilisation la plus profitable. Autrement dit, la perte correspond à la perte de la possibilité de négocier une indemnité pour l'utilisation des terres aux fins de production d'hydroélectricité, et non à la perte de la possibilité de faire d'autres utilisations des terres depuis 1929. En raison de la présomption de l'utilisation optimale, il peut y avoir des cas où une première nation sollicite une indemnité pour d'autres utilisations valables, même lorsqu'il était inévitable que les terres soient utilisées pour un ouvrage public. Toutefois, en l'espèce, l'accent est mis sur l'utilisation réelle des terres.

[121] Deux possibilités s'offraient au Canada : négocier une cession en vertu de l'art. 51 ou procéder à une appropriation en vertu de l'art. 48. Le Canada admet qu'en l'espèce, la possibilité perdue comprend la possibilité de négocier une cession. De même, le juge de première instance a reconnu que le Canada aurait dû tenter de négocier une cession avant de procéder à une appropriation (par. 322). À mon avis, l'indemnité en equity devrait être évaluée en fonction d'une cession négociée, laquelle correspond davantage à la nature du manquement, qui comprenait le fait de ne pas avoir tenu la LSFN informée et de ne pas avoir empêché la réalisation du projet jusqu'à l'issue des négociations sur l'indemnité. Comme le juge Rowe l'a récemment souligné dans un contexte différent, la négociation peut favoriser la réconciliation (*Desautel*, par. 87-91). L'indemnisation était fondée sur des accords négociés avec des parties non autochtones, notamment la Compagnie de la Baie d'Hudson et la Société missionnaire de l'Église anglicane, même si le Canada et l'Ontario n'avaient aucune obligation de fiduciaire envers ces dernières.

[122] La présomption de l'utilisation la plus avantageuse et de la méthode comptable la plus profitable fait par ailleurs en sorte que l'indemnité en equity soit axée sur une négociation fructueuse en l'espèce. La présomption met l'accent sur les choix dont disposerait le bénéficiaire dans un scénario où il n'y aurait pas eu manquement, conservant ainsi le lien de causalité. Par exemple, en equity, il est présumé que le bénéficiaire aurait vendu les titres au meilleur prix ou aurait aménagé les terres de la façon la plus avantageuse possible (*Guerin*, p. 362). En l'espèce,

this case was the value of the land to the Project, without the limitations of expropriation law. Equity can *presume* that the LSFN would have consented to a negotiated settlement at the best price the Crown could have realistically obtained at the time. But the trial judge must determine what the highest value of the land to the Project realistically was in 1929. As I will explain below, that value of the compensation that Canada should have negotiated for the LSFN is not determined based on an evidentiary presumption. It is based on evidence that was available to the trial judge, such as comparable agreements with another First Nation.

[123] As the trial judge correctly noted, equitable compensation is a discretionary remedy that is assessed and not precisely calculated (para. 465, citing *Whitefish Lake*, at para. 90). It is unlikely that the trial judge could recreate with mathematical precision what would have happened nearly a century ago had Canada fulfilled its duty. Instead, a trial judge will often have to provide a global assessment of the lost opportunity and that assessment needs to be realistic. This will often require that the trial judge assess various hypotheticals or proxies for that value.

[124] In my view, the benefit of hindsight also has a narrow application in this case, as noted by Gleason J.A. (C.A. reasons, at para. 60). The benefit of hindsight simply means that equitable compensation is not limited by foreseeability (*Canson*, at p. 555). As an illustrative example, the benefit of hindsight would be highly relevant if the trial judge had determined that the lost opportunity included the opportunity to receive an equity interest in the Project had Canada fulfilled its obligations. Following the example from *Guerin*, that interest would be valued at the date of trial on the basis of facts known at trial — such as the development of additional power sites — that were not foreseeable at the time of breach but would clearly impact the value of any ownership interest in

le Canada aurait dû négocier la meilleure indemnité possible pour la LSFN, ce qui dans le cas qui nous occupe correspondait à la valeur des terres pour le projet, sans les restrictions du droit de l'expropriation. En equity, on peut *présumer* que la LSFN aurait accepté une entente négociée au meilleur prix que la Couronne aurait pu obtenir de façon réaliste à l'époque. Le juge de première instance doit néanmoins déterminer la valeur optimale que l'on pouvait réalistement attribuer aux terres visées par le projet en 1929. Comme je l'expliquerai plus loin, cette valeur de l'indemnité que le Canada aurait dû négocier pour la LSFN n'est pas déterminée en fonction d'une présomption en matière de preuve. Elle est fondée sur des éléments de preuve dont disposait le juge de première instance, comme des accords comparables conclus avec une autre première nation.

[123] Comme l'a souligné à juste titre le juge de première instance, une indemnité en equity est une mesure de redressement discrétionnaire qui est évaluée, et non calculée de façon précise (par. 465, citant *Whitefish Lake*, par. 90). Il est peu probable que le juge de première instance puisse recréer avec une précision mathématique ce qui se serait passé près d'un siècle plus tôt si le Canada s'était acquitté de son obligation. Souvent, le juge de première instance devra plutôt effectuer une évaluation globale de la possibilité perdue, et cette évaluation doit être réaliste. Pour ce faire, il lui faudra bien souvent évaluer divers indicateurs ou hypothèses relativement à cette valeur.

[124] À mon avis, le bénéfice de la rétrospective est aussi d'application restreinte dans la présente affaire, comme l'a fait remarquer la juge Gleason (motifs de la C.A., par. 60). Bénéficiaire de la rétrospective signifie simplement que la prévisibilité ne limite pas l'indemnité en equity (*Canson*, p. 555). À titre d'exemple, le bénéfice de la rétrospective serait très pertinent si le juge de première instance avait déterminé que la possibilité perdue comprenait la possibilité d'obtenir une participation financière dans le projet si le Canada s'était acquitté de ses obligations. Tout comme dans l'arrêt *Guerin*, une telle participation serait évaluée à la date du procès en fonction des faits alors connus — comme l'aménagement d'autres sites hydroélectriques — qui n'étaient

the Project. However, the benefit of hindsight does not aid in determining whether an equity interest is part of the lost opportunity in the first place. Again, the trial judge must rely on evidence to assess the value of the land to the Project at the time of breach.

[125] Finally, the Appellant submits that Canada has an ongoing fiduciary duty in respect of the Reserve land because the land was never lawfully taken and the third party use of the land cannot be undone. For the Appellant, the fact that the land was flooded without legal authorization appears to be relevant to the assessment of equitable compensation because it means that the ongoing nature of the breach must also be compensated.

[126] I agree that Canada has an ongoing fiduciary duty in respect of the Reserve land. However, in my view, characterizing the breach as ongoing does not affect the assessment of compensation in the way the Appellant suggests. The ongoing dimension of a breach is accommodated in a number of ways in equity. Properly understood, the presumptions of most favourable use and the benefit of hindsight recognize the ongoing dimension of the lost opportunity. If, for example, the beneficiary was deprived of the opportunity to put an interest to another use, equity already adopts the perspective that the interest *is back in the hands of the beneficiary* and then considers the most advantageous use to which the beneficiary would have put the interest between breach and trial. This was explained in *Re Dawson*, at p. 406, and adopted by Wilson J. in *Guerin*, at pp. 361-62:

The obligation to restore to the estate the assets of which he deprived it necessarily connotes that, where a monetary compensation is to be paid in lieu of restoring assets, that compensation is to be assessed by reference to the value of the assets at the date of restoration and not at the date of deprivation. In this sense the obligation is a continuing one and ordinarily, if the assets are for some reason not

pas prévisibles au moment du manquement, mais qui auraient manifestement une incidence sur la valeur d'une participation dans le projet. Toutefois, le bénéfice de la rétrospective ne contribue pas à établir si une participation financière fait d'emblée partie de la possibilité perdue. Encore une fois, le juge de première instance doit s'appuyer sur les éléments de preuve afin d'évaluer la valeur des terres pour le projet au moment du manquement.

[125] Enfin, l'appelant soutient que le Canada a une obligation fiduciaire continue à l'égard des terres de réserve, car les terres n'ont jamais été prises conformément à la loi et que l'utilisation qu'en a faite le tiers ne peut être annulée. Pour l'appelant, le fait que les terres ont été inondées sans autorisation légale semble être pertinent en vue de l'évaluation de l'indemnité en equity, car cela signifie que le caractère continu du manquement doit aussi donner lieu à une indemnité.

[126] Je conviens que le Canada a une obligation fiduciaire continue à l'égard des terres de réserve. Cependant, à mon avis, qualifier le manquement de continu n'influe pas sur l'évaluation de l'indemnité de la façon dont le suggère l'appelant. En equity, l'aspect continu d'un manquement est pris en compte de plusieurs manières. Correctement interprétés, les présomptions de l'utilisation la plus avantageuse et le bénéfice de la rétrospective rendent compte de l'aspect continu de la perte de possibilité. Par exemple, si le bénéficiaire est privé de la possibilité de faire une autre utilisation d'un intérêt, cet intérêt est déjà considéré, en equity, comme étant *de nouveau entre les mains du bénéficiaire*, puis l'utilisation la plus avantageuse qu'aurait pu en faire le bénéficiaire entre le moment du manquement et le procès est prise en considération. Cette interprétation est expliquée dans la décision *Re Dawson*, p. 406, et adoptée par la juge Wilson dans l'arrêt *Guerin*, p. 361-362 :

[TRADUCTION] L'obligation de restituer au patrimoine les biens dont il l'a privé sous-entend nécessairement que, si une indemnité pécuniaire doit être versée au lieu de restituer des biens, cette indemnité doit être évaluée en fonction de la valeur des biens au moment de la restitution et non au moment de leur perte. En ce sens, l'obligation est permanente et, d'ordinaire, si pour une raison quelconque

restored in specie, it will fall for quantification at the date when recoupment is to be effected, and not before. [Emphasis added.]

[127] Focusing on the lawfulness of the taking would not modify or aid the analysis of the value of the LSFN's lost opportunity. The central inquiry remains: what is the measure of the plaintiff's lost opportunity in light of the breach? The lost opportunity at issue in this case is the opportunity to negotiate a surrender reflecting the highest value of the land, which was its anticipated use for hydroelectricity generation. This is the obligation that Canada failed to meet. The fact that Canada also failed to meet its obligation to comply with the provisions in the *Indian Act* does not ultimately change the value of that lost opportunity.

[128] This is not to suggest that the lawfulness of the taking should have no impact on the assessment of equitable compensation. Equitable compensation must fulfill the deterrent objectives of equity. Deterrence, in this context, aims at the fundamental goal of reconciliation and upholds the honour of the Crown. The lawfulness of the taking could inform whether the award — in addition to compensating for the value of the lost opportunity — fulfills the deterrent function of equity.

[129] In conclusion, the LSFN is entitled to compensation for the lost opportunity to negotiate a surrender of the flooded land based on its value to hydroelectricity generation. This requires the trial judge to presume that the Project would have moved forward and that Canada would have fulfilled its fiduciary obligation at that time by ensuring the best possible compensation for the LSFN based on the value of the land to the Project.

(b) *Valuing the Lost Opportunity*

[130] The issue remains how to assess compensation based on the lost opportunity to negotiate a surrender reflecting the value of the land to the Project. In valuing the lost opportunity, the trial judge must

les biens ne sont pas restitués en nature, leur évaluation se fait en fonction du moment où la restitution doit être effectuée et pas avant. [Je souligne.]

[127] Se concentrer sur la légalité de l'appropriation ne changerait pas l'analyse de la valeur de la possibilité perdue de la LSFN, non plus qu'elle la faciliterait. La question centrale demeure : comment apprécier la perte de possibilité du demandeur à la lumière du manquement? La perte de possibilité en cause dans la présente affaire réside dans la possibilité de négocier une cession qui correspond à la valeur optimale des terres, soit leur utilisation prévue en vue de la production d'hydroélectricité. Voilà l'obligation dont le Canada ne s'est pas acquitté. Le fait que celui-ci a également manqué à son obligation de respecter les dispositions de la *Loi des Indiens* ne change finalement pas la valeur de cette perte de possibilité.

[128] Cela ne veut pas dire que la légalité de l'appropriation ne devrait pas influencer sur l'évaluation de l'indemnité en equity. Une telle indemnité doit satisfaire aux objectifs de dissuasion de l'equity. Dans le présent contexte, l'effet dissuasif vise l'objectif fondamental de réconciliation et préserve l'honneur de la Couronne. La légalité de l'appropriation pourrait permettre d'établir si l'indemnité — en plus de compenser la valeur de la perte de possibilité — remplit la fonction de dissuasion de l'equity.

[129] En conclusion, la LSFN a le droit d'être indemnisée de la perte de la possibilité de négocier une cession des terres inondées en fonction de leur valeur pour la production d'hydroélectricité. Le juge de première instance doit ainsi supposer que le projet aurait été réalisé et que le Canada se serait acquitté de son obligation fiduciaire à l'époque en s'assurant d'obtenir la meilleure indemnité possible pour la LSFN en fonction de la valeur des terres pour le projet.

b) *Évaluation de la perte de possibilité*

[130] Il reste à déterminer comment évaluer l'indemnité en fonction de la perte de la possibilité de négocier une cession correspondant à la valeur des terres pour le projet. Pour évaluer la perte de

assume that Canada fulfilled the fiduciary obligations required in a negotiated surrender, including the obligations to keep the LSFN fully informed, advance its best interests, and protect it from an improvident bargain.

[131] The Appellant submits that, because we know the use the land was put to, it was inappropriate for the trial judge to consider a *hypothetical* surrender or expropriation to assess the value of that use. I cannot agree. While there is only one proposed use of the land, the trial judge still has to determine how to value that use and the valuation must be causally connected to the breach of Canada's obligations. Because the LSFN is to be compensated for the land's value to the Project, on the basis that it was going forward, the trial judge must consider how Canada could have proceeded to fulfill its duty. The error in the trial judge's reasons is not that he considered hypotheticals to value the lost opportunity, but that he relied on a hypothetical expropriation that would not have fulfilled Canada's fiduciary obligations.

[132] The trial judge should account for any uncertainty or realistic contingencies in assessing the evidence regarding the value of the land in a negotiated surrender. The idea of realistic contingencies, which was accepted by this Court in *Guerin*, simply reinforces the principle that the loss must be caused in fact by the breach. The trial judge has to be satisfied that the lost opportunity represents what could have happened had Canada fulfilled its obligations. It does not mean, as Canada suggests, that the fiduciary obligations themselves can be defined according to what realistically would have happened. The fiduciary obligations must always be defined first, and then the trial judge assesses reasonable, or realistic, outcomes in light of those obligations. As Gleason J.A. correctly noted, the trial judge must take into account "events that could have occurred had the fiduciary duty not been breached and that might have increased

possibilité, le juge de première instance doit supposer que le Canada s'est acquitté des obligations fiduciaires auxquelles il est tenu dans le cas d'une cession négociée, notamment celles de tenir la LSFN informée, de favoriser le meilleur intérêt de la LSFN et de la protéger contre un marché inconsidéré.

[131] L'appelant fait valoir qu'étant donné que nous savons quelle utilisation a été faite des terres, il ne convenait pas que le juge de première instance tienne compte d'une cession ou d'une expropriation *hypothétique* pour déterminer la valeur de cette utilisation. Je ne peux souscrire à ce point de vue. Bien qu'il n'y ait qu'une seule utilisation des terres proposée, le juge de première instance doit quand même décider comment évaluer cette utilisation, et celle-ci doit avoir un lien causal avec le manquement du Canada à ses obligations. Comme la LSFN doit recevoir une indemnité correspondant à la valeur des terres pour le projet, le juge de première instance, en tenant pour acquis que le projet allait être réalisé, doit se demander comment le Canada aurait pu s'acquitter de son obligation. L'erreur qu'a commise le juge de première instance dans ses motifs n'est pas d'avoir tenu compte d'hypothèses pour évaluer la perte de possibilité, mais plutôt de s'être appuyé sur une expropriation hypothétique qui n'aurait pas permis au Canada de s'acquitter de ses obligations fiduciaires.

[132] Le juge de première instance doit tenir compte de toutes les incertitudes ou éventualités réalistes lorsqu'il apprécie la preuve concernant la valeur des terres dans une cession négociée. L'idée de tenir compte d'éventualités réalistes, qui a été acceptée par notre Cour dans l'arrêt *Guerin*, renforce simplement le principe que la perte doit être effectivement causée par le manquement. Le juge de première instance doit être convaincu que la possibilité perdue représente ce qui aurait pu se produire si le Canada s'était acquitté de ses obligations. Cela ne veut pas dire, comme le laisse entendre le Canada, que les obligations fiduciaires elles-mêmes peuvent être définies en fonction de ce qui se serait réaliste-ment passé. Les obligations fiduciaires doivent toujours être définies en premier, et le juge de première instance évalue ensuite les issues raisonnables, ou réalistes, à la lumière de ces obligations. Comme l'a

(or decreased) the value of what the beneficiary lost as a result of the breach” (C.A. reasons, at para. 82).

[133] At trial, the Appellant led evidence from the Kananaskis Falls Projects that showed that negotiations in comparable projects led to substantial compensation based upon the lands’ “usefulness in connection with the development of power”. The trial judge rejected this evidence and did not assess any value for the lost opportunity to negotiate.

[134] In my view, the evidence from the Kananaskis Falls Projects was relevant to the assessment of loss in this case. The trial judge distinguished this evidence based on one factor: Calgary Power could not expropriate the land for the Kananaskis Falls Projects, but Canada could expropriate the land for this Project. However, this factor is not material. What is relevant is that Canada, the *fiduciary*, had an obligation to get the best value for the land’s intended use, notwithstanding its legal power to expropriate. With respect to the Kananaskis Falls Projects, Canada insisted that Calgary Power negotiate agreements with the First Nation reflecting the value of its lands to the project. In this Project, Canada did not do so.

[135] Canada submits that the Court should defer to the trial judge’s findings on the Kananaskis Falls Projects. However, but for the legal determination that Canada was under no legal duty to compensate for more than an expropriation, the trial judge’s factual findings *support* the view that the Kananaskis Falls Projects were relevant to the valuation of the flooded lands in this case.

fait observer à juste titre la juge Gleason, le juge de première instance doit prendre en considération les « événements qui auraient pu survenir n’eût été le manquement à l’obligation fiduciaire, et qui auraient pu faire augmenter (ou diminuer) la valeur de ce qu’a perdu le bénéficiaire à la suite du manquement » (motifs de la C.A., par. 82).

[133] Au procès, l’appelant a présenté en preuve les accords conclus dans le cadre des projets des chutes Kananaskis, qui montraient que des négociations menées à l’occasion de projets comparables avaient donné lieu à une indemnité substantielle établie en « fonction de [l’]utilité [des terres] pour la production d’énergie ». Le juge de première instance a rejeté ces éléments de preuve et n’a pas évalué la valeur de la perte de la possibilité de négocier.

[134] Selon moi, la preuve tirée des projets des chutes Kananaskis était pertinente pour l’évaluation de la perte en l’espèce. Le juge de première instance l’a écartée en s’appuyant sur un facteur : Calgary Power ne pouvait pas exproprier les terres pour les projets des chutes Kananaskis, alors que le Canada pouvait exproprier les terres pour le projet dont il est question en l’espèce. Toutefois, ce facteur n’est pas déterminant. Ce qui est pertinent, c’est que le Canada, le *fiduciaire*, avait l’obligation d’obtenir la meilleure valeur pour l’utilisation prévue des terres, malgré son pouvoir légal de les exproprier. En ce qui a trait aux projets des chutes Kananaskis, le Canada avait insisté pour que Calgary Power négocie avec la Première Nation des accords reflétant la valeur de ses terres pour le projet. Dans le cas du projet qui nous intéresse, le Canada ne l’a pas fait.

[135] Le Canada soutient que la Cour devrait s’en remettre aux conclusions tirées par le juge de première instance au sujet des projets des chutes Kananaskis. Toutefois, outre la conclusion de droit portant que le Canada n’avait aucune obligation légale de verser une indemnité supérieure à la valeur d’expropriation, les conclusions de fait du juge de première instance *appuient* le point de vue selon lequel les projets des chutes Kananaskis étaient pertinents pour l’évaluation des terres inondées en cause.

[136] The Appellant led evidence at trial regarding the compensation that Canada negotiated on behalf of the Stoney Indian Band for the Kananaskis Falls Projects:

- Horseshoe Falls 1909: Calgary Power purchased 1,000 acres at \$10 per acre plus a perpetual lease for \$1,500 per year;
- Kananaskis Falls 1914: The pre-project value of the land was \$5 to \$7 per acre, but Canada requested payment of either \$320 to \$360 per acre, as a one-time payment, or an annual rent plus \$60 to \$90 per acre as a one-time payment to reflect the value of the land to the project. This is a very substantial premium on the traditional use valuation of the land. Calgary Power ultimately agreed to pay \$9,000 for 93.85 acres (\$95.90 per acre) plus \$1,500 annually;
- Ghost River 1929: Calgary Power agreed to pay \$21,200 for 1,324.3 acres of land (\$16.00 per acre) plus 50 percent of the water power in rental fees.

[137] The trial judge made three relevant findings based on these projects: (1) hydroelectric benefits to the First Nation were allocated on the basis of the dam location, not on the basis of the lands flooded to create the water reservoir; (2) flooded lands were compensated at a fixed one-time price per acre; (3) the value of the flooded lands was not based on their value as agricultural lands but on their “usefulness in connection with the development of the power” (para. 345). Based on this, the trial judge determined that the LSFN would have been compensated with a one-time payment because the water power site was not located on the Reserve. However, when the trial judge assessed the value of that payment, he did not provide compensation for the value of the land to the Project for only one reason: Canada could expropriate the LSFN’s land and was not required to do anything more. This is contrary to the approach taken in Kananaskis Falls where Canada sought compensation for the flooded

[136] Au procès, l’appelant a présenté des éléments de preuve concernant l’indemnité que le Canada avait négociée au nom de la Première Nation de Stoney pour les projets des chutes Kananaskis :

- Chutes Horseshoe, 1909 : Calgary Power a acheté 1 000 acres, au coût de 10 \$ l’acre, en plus de conclure un bail à perpétuité pour la somme de 1 500 \$ par année;
- Chutes Kananaskis, 1914 : La valeur des terres avant le projet variait entre 5 et 7 \$ l’acre, mais le Canada avait demandé soit un paiement de 320 à 360 \$ l’acre, sous forme d’indemnité unique, ou un loyer annuel en plus de 60 à 90 \$ l’acre à titre d’indemnité unique afin de refléter la valeur des terres pour le projet. Il s’agit d’une prime très importante par rapport à la valeur de l’utilisation traditionnelle des terres. Calgary Power a finalement accepté de payer la somme de 9 000 \$ pour 93,85 acres (95,90 \$ l’acre), en plus de la somme de 1 500 \$ annuellement;
- Rivière Ghost, 1929 : Calgary Power a accepté de payer la somme de 21 200 \$ pour 1 324,3 acres de terres (16 \$ l’acre), en plus de 50 p. 100 de l’énergie hydroélectrique en tant que frais de location.

[137] Le juge de première instance a tiré trois conclusions pertinentes à partir de ces projets : 1) les avantages de l’énergie hydroélectrique pour la Première Nation ont été déterminés en fonction de l’emplacement du barrage, et non des terres submergées pour créer le réservoir; 2) un prix unique fixe par acre de terres inondées a été attribué en guise d’indemnité; et 3) la valeur des terres inondées n’était pas fondée sur leur valeur agricole, mais sur « leur utilité pour l’exploitation énergétique » (par. 345). En s’appuyant sur ces conclusions, le juge de première instance a déterminé que la LSFN aurait reçu une indemnité unique car l’emplacement hydraulique n’était pas situé dans la réserve. Cependant, lorsque le juge de première instance a établi la valeur de cette indemnité, il n’a pas accordé de paiement compensant la valeur des terres pour le projet pour une seule raison : le Canada pouvait exproprier les terres de la LSFN, et n’était tenu à rien de plus. Cette approche est contraire à celle adoptée dans le

lands’ “considerable value” in connection with the development of hydroelectricity. Absent this error, the trial judge’s findings established that the flooded land was valued based on its usefulness to the project.

[138] Obviously, these agreements provide relevant historical evidence of how much of a premium on the undeveloped value of the land may be warranted in this case. This is not to suggest that there is no basis upon which to distinguish the various agreements reached in the Kananaskis Falls Projects as they relate to the valuation of the loss caused by Canada’s failure to negotiate. It is up to the trial judge to assess how the differences in the location of the dam, or the amount of land involved, or the nature of the impact on the First Nation, would impact the value of the land for flooding purposes. Here, the trial judge determined that the evidence from the Kananaskis Falls Projects did not support a yearly rental agreement for the LSFN because the power site was not located on the Reserve. However, in assessing a lost opportunity to negotiate, the trial judge must consider all factors that would distinguish the Kananaskis Falls Projects from this Project, including the fact that the LSFN was contributing a significantly greater amount of land than the Stoney Indian Band had.

[139] The trial judge had other proxies for measuring the value of the land to the Project. For example, the LSFN led evidence regarding the value of a land lease. In that model, the LSFN’s expert, Arthur J. Hosios, valued the lost opportunity if the flooded land had been rented for comparable Treaty 3 rates since the time of breach. The land lease model assumed the flooded land would be rented for \$1.97 an acre beginning in 1929 and, adjusted only for inflation, produced a value of \$149,023,172 at the time of trial (although the model assumed 14,891 acres of flooded land instead of the 11,304 acres agreed at trial). At the very least, these values could have

cas des chutes Kananaskis, où le Canada a cherché à obtenir une indemnité pour la « valeur considérable » des terres inondées en lien avec la production d’hydroélectricité. Sauf cette erreur, les conclusions du juge de première instance établissaient que les terres inondées avaient été évaluées en fonction de leur utilité pour le projet.

[138] De toute évidence, ces accords fournissent des éléments de preuve historique pertinents qui montrent à quel point il peut être justifié d’accorder une prime à la valeur des terres non aménagées en l’espèce. Cela ne veut pas dire qu’il n’y a aucun élément qui permette d’écarter les divers accords conclus dans le cadre des projets des chutes Kananaskis parce qu’ils se rapportent à l’évaluation de la perte causée par le défaut du Canada de négocier. Il appartient au juge de première instance de déterminer en quoi les différences dans l’emplacement du barrage, la quantité de terres visées ou la nature des répercussions sur la première nation peuvent influencer sur la valeur des terres aux fins d’inondation. En l’espèce, le juge de première instance a estimé que la preuve tirée des projets des chutes Kananaskis ne permettait pas de conclure à l’existence d’une entente de location annuelle pour la LSFN parce que l’emplacement hydraulique n’était pas situé dans la réserve. Toutefois, pour évaluer la perte de la possibilité de négocier, le juge de première instance doit tenir compte de tous les facteurs qui distingueraient les projets des chutes Kananaskis du présent projet, notamment le fait que la LSFN fournissait une quantité de terres beaucoup plus importante que la Première Nation de Stoney.

[139] Le juge de première instance disposait d’autres indicateurs pour déterminer la valeur des terres pour le projet. Par exemple, la LSFN a présenté des éléments de preuve concernant la valeur d’un bail foncier. Selon ce modèle, l’expert de la LSFN, Arthur J. Hosios, a évalué la perte de possibilité en supposant que les terres inondées avaient été louées à des taux comparables à ceux qui s’appliquaient à des terres visées par le Traité n° 3 depuis le moment du manquement. Suivant le modèle du bail foncier, les terres inondées auraient été louées au prix de 1,97 \$ l’acre dès 1929. Rajusté uniquement pour tenir compte de l’inflation, ce taux donnait une valeur

impacted Canada's negotiating position on behalf of the LSFN. It was also open to the trial judge to consider the evidence from later agreements where Canada was clearly fulfilling its obligations as a fiduciary.

[140] The trial judge should also give appropriate weight to the evidence regarding the impact on the community and the LSFN's perspective. A relevant factor to a negotiated surrender is clearly the impact on the First Nation and the importance of the land to the First Nation. Negotiations are not one-sided and the LSFN's perspective is an important consideration. And, if we presume that Canada had fulfilled its fiduciary obligations, the LSFN would have gone into the negotiations fully informed of the significant value of its land to the Project and the anticipated impact on its communities.

[141] Canada submits that even if it had been under an obligation to negotiate for the value of the land to the Project, it would be improper to compensate the LSFN on this basis because there is no evidence that Ontario or Manitoba would have been willing to pay more than the expropriation value. On this view, any compensation in excess of expropriation principles is not caused by the breach and does not represent an opportunity the LSFN lost.

[142] I cannot agree. The LSFN cannot provide evidence showing definitively what level of compensation Ontario, Manitoba, or Canada would have agreed to in 1929 had Canada made it clear that the Project would be delayed until the issue of compensation was resolved. The LSFN cannot prove what compensation *could* have been negotiated precisely because Canada failed to fulfill its fiduciary duty. Additional useful evidence that could inform the level of compensation that Ontario or Manitoba

de 149 023 172 \$ au moment du procès (même si le modèle supposait une superficie de 14 891 acres de terres inondées au lieu de 11 304 acres, comme il en avait été convenu au procès). À tout le moins, ces valeurs auraient pu influencer sur le pouvoir du Canada de négocier au nom de la LSFN. Le juge de première instance pouvait également tenir compte de la preuve provenant des accords ultérieurs dans lesquels le Canada s'acquittait manifestement de ses obligations à titre de fiduciaire.

[140] Le juge de première instance aurait aussi dû accorder l'importance qui convenait à la preuve concernant les répercussions sur la communauté et au point de vue de la LSFN. Les répercussions sur la Première Nation et l'importance des terres pour celle-ci sont manifestement des facteurs pertinents dans le cadre d'une cession négociée. Les négociations ne sont pas unilatérales et il est important de tenir compte du point de vue de la LSFN. De plus, si l'on suppose que le Canada s'était acquitté de ses obligations fiduciaires, la LSFN aurait pu participer aux négociations en étant parfaitement au courant de la valeur importante qu'avaient ses terres pour ce projet, ainsi que des répercussions que celui-ci pouvait avoir sur ses communautés.

[141] Le Canada soutient que, même s'il avait eu l'obligation de négocier la valeur des terres pour le projet, il serait inapproprié d'indemniser la LSFN sur cette base puisque rien ne prouve que l'Ontario ou le Manitoba aurait été prêt à payer plus que la valeur d'expropriation. Dans cette optique, toute indemnité supérieure à la valeur établie selon les principes d'expropriation ne découle pas du manquement et ne représente pas une occasion qu'a perdue la LSFN.

[142] Je ne suis pas de cet avis. La LSFN ne peut pas prouver de façon certaine le montant de l'indemnité que l'Ontario, le Manitoba ou le Canada aurait accepté de payer en 1929 si le Canada avait clairement indiqué que le projet serait reporté tant que la question de l'indemnisation ne serait pas réglée. La LSFN ne peut pas prouver l'indemnité qui *aurait pu* être négociée précisément parce que le Canada a manqué à son obligation de fiduciaire. Les projets des chutes Kananaskis, les paramètres économiques

would have accepted could include the Kananaskis Falls Projects, the economic fundamentals of the Project, and the anticipated benefit that the provinces stood to receive from the Project. The LSFN did advance evidence at trial showing how cost-effective the Project was and the incredible economic advantages that it conferred on Ontario and Manitoba. The evidence shows that the parties were very motivated to finish this Project and realize its economic benefits. For example, in the 1930s, Canada spent over \$850,000 on a failed timber clearing project to advance the Project and resolve an impasse with Ontario.

[143] Thus, equitable compensation must reflect Canada's obligation to ensure the LSFN was compensated for the value of the land to the Project given the nature of the interest and the impact on the LSFN. The trial judge should have considered the Kananaskis Falls Projects and other evidence available at trial as relevant proxies for what this premium was worth. The trial judge also had evidence at trial regarding agreements that were reached with another First Nation.

[144] After assessing the lost opportunity, the trial judge must determine whether the new total compensation award is sufficient to fulfill the deterrent function of equity (*Hodgkinson*, at p. 453). Deterrence has special importance in this case because deterring the Crown from breaching its fiduciary duty encourages it to act honourably and orients it towards the ongoing project of reconciliation. As this Court stated in *Williams Lake*, the just resolution of claims arising from the Crown's failure to honour its obligations is essential to reconciliation (para. 2). Given the facts of this case, including Canada's "inexplicable" conduct, the fact the land was never legally surrendered or taken, and the significant harm to the LSFN, the trial judge must seriously consider whether the total award will be an effective deterrent,

fondamentaux du projet ainsi que le bénéfice que les provinces prévoyaient tirer du projet pouvaient constituer des éléments de preuve supplémentaires utiles pour déterminer le montant de l'indemnité que l'Ontario ou le Manitoba aurait accepté de payer. Au procès, la LSFN a présenté des éléments de preuve montrant à quel point le projet était rentable ainsi que les avantages économiques incroyables qu'en ont tirés l'Ontario et le Manitoba. Il ressort de la preuve que les parties étaient très motivées à mener ce projet à terme et à en tirer des avantages économiques. Par exemple, dans les années 1930, le Canada a consacré plus de 850 000 \$ à un projet de déboisement — qui n'a pas abouti — dans le but de faire avancer le projet et de sortir de l'impasse dans laquelle il se trouvait avec l'Ontario.

[143] Par conséquent, l'indemnité en equity doit refléter l'obligation du Canada de s'assurer que la LSFN reçoive une indemnité correspondant à la valeur des terres pour le projet, compte tenu de la nature de l'intérêt en cause et des répercussions sur la LSFN. Le juge de première instance aurait dû considérer les projets des chutes Kananaskis et les autres éléments de preuve présentés au procès comme des indicateurs pertinents relativement à la valeur de cette prime. Au procès, le juge de première instance disposait également d'éléments de preuve concernant des accords qui avaient été conclus avec une autre première nation.

[144] Après avoir évalué la perte de possibilité, le juge de première instance doit décider si la nouvelle indemnité totale est suffisante pour satisfaire à la fonction de dissuasion de l'equity (*Hodgkinson*, p. 453). La dissuasion revêt une importance particulière en l'espèce, car le fait de dissuader la Couronne de manquer à son obligation fiduciaire l'encourage à agir honorablement et l'oriente vers l'objectif continu de réconciliation. Comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Williams Lake*, le juste règlement des revendications découlant de l'omission de la Couronne de s'acquitter de ses obligations est essentiel au processus de réconciliation (par. 2). Compte tenu des faits de la présente affaire, notamment la conduite « inexplicable » du Canada, du fait que les terres n'ont jamais été légalement cédées ou prises et

thus reflecting the honour of the Crown and the goal of reconciliation.

[145] In conclusion, the assessment of the lost opportunity was flawed because it was based on an incorrect view of what the fiduciary duty required. By valuing the loss as the amount required under expropriation law, the trial judge failed to account for a fiduciary obligation to negotiate for compensation reflecting the LSFN's interest in the Reserve land, impact on the community, and the value of the land given its intended use as water storage for hydroelectricity generation. As a result, the assessment of the value of the flooded land must be reassessed. The trial judge's assessment of other losses were not challenged in this appeal. Similarly, I take no issue with the manner in which the trial judge brought forward historic losses to present value.

IV. Conclusion

[146] A hypothetical flowage easement at \$1.29 an acre is not an appropriate measure of compensation in this case because it does not reflect the value of the land to the Project. The sole basis for this valuation is the conclusion that because the Project was a public work, and Canada could have expropriated the land, Canada was not expected to secure compensation for the LSFN reflecting the value of its land to the Project. I cannot agree. As I have explained, this approach is inconsistent with the unique nature of the Indigenous interest in reserve land and the devastating impact of the flooding on the LSFN. It does not reflect the honour of the Crown nor serve the overarching goal of reconciliation. The LSFN is entitled to equitable compensation for the lost opportunity to negotiate for an agreement reflecting the value of the land to the hydroelectricity generation Project.

[147] The award for equitable compensation must be returned for reassessment in accordance with

du préjudice considérable subi par la LSFN, le juge de première instance doit bien examiner la question de savoir si l'indemnité totale aura un effet dissuasif efficace, reflétant ainsi le principe de l'honneur de la Couronne et l'objectif de réconciliation.

[145] En conclusion, l'évaluation de la perte de possibilité était viciée car elle était fondée sur une vision erronée de ce qu'exigeait l'obligation de fiduciaire. En établissant le montant de la perte en fonction du droit de l'expropriation, le juge de première instance n'a pas pris en compte l'obligation fiduciaire de négocier une indemnité tenant compte de l'intérêt de la LSFN dans les terres de réserve, des répercussions sur la communauté et de la valeur des terres compte tenu de leur utilisation projetée pour le stockage de l'eau en vue de la production d'hydroélectricité. Par conséquent, la valeur des terres inondées doit être réévaluée. L'évaluation qu'a faite le juge de première instance des autres pertes n'a pas été contestée dans le cadre du présent pourvoi. De même, je n'ai rien à redire quant à la manière dont il a actualisé la valeur des pertes historiques.

IV. Conclusion

[146] En l'espèce, une servitude de submergement hypothétique de 1,29 \$ l'acre n'est pas une mesure d'indemnisation appropriée, car elle ne reflète pas la valeur des terres pour le projet. Cette évaluation n'a été effectuée que sur la base de la conclusion portant que puisque le projet était un ouvrage public et que le Canada aurait pu exproprier les terres, celui-ci n'avait pas à obtenir pour la LSFN une indemnité qui tienne compte de la valeur de ses terres pour le projet. Je ne suis pas de cet avis. Comme je l'ai expliqué, cette approche est incompatible avec la nature unique de l'intérêt autochtone dans les terres de réserve et les répercussions dévastatrices de l'inondation sur la LSFN. Elle ne reflète pas le principe de l'honneur de la Couronne, non plus qu'elle ne sert l'objectif global de réconciliation. La LSFN a droit à une indemnité en equity pour la perte de la possibilité de négocier un accord qui reflète la valeur des terres pour le projet de production d'hydroélectricité.

[147] L'indemnité en equity accordée doit faire l'objet d'une nouvelle évaluation conformément

these reasons. I would allow the appeal with costs to the Appellant throughout. I would set aside the judgment of the Court of Appeal and the trial judge's award of equitable damages and return that question to the trial court for reassessment.

The following are the reasons delivered by

[148] CÔTÉ J. (dissenting) — Canada breached its fiduciary duty to Lac Seul First Nation (“LSFN”) when it unlawfully allowed the flooding of over 11,000 acres (or approximately 4,575 hectares) of LSFN reserve lands for a hydroelectric project that was completed in 1929 (“Project”). The flooding had devastating effects on LSFN, including the complete deprivation of the use and benefit of a large part of its reserve. Canada did not obtain the right to flood the lands through either of the two routes established by the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, as it read in 1929: it neither sought LSFN’s consent to surrender the lands, nor did it expropriate the lands.

[149] No party to this appeal questions this reality. Canada acknowledges its breach of fiduciary duty and its “inexplicable” historical treatment of the appellants, and rightly so. The question, then, is how to compensate for the harms caused by Canada’s breach in a manner that accords with settled equitable compensation principles. The appellants contest the basis upon which the trial judge calculated an aspect of the equitable compensation he awarded, namely the value attributed to the flooded lands (2017 FC 906, [2018] 4 C.N.L.R. 63). Canada submits that, to the extent that a financial award can accomplish it, the amount awarded by the trial judge for the fair market value of the flooded lands, in combination with the award for non-calculable losses, fairly and reasonably compensates the appellants for their losses.

aux présents motifs. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur de l’appelant devant toutes les cours, d’annuler le jugement de la Cour d’appel et l’octroi par le juge de première instance de dommages-intérêts en equity, et de renvoyer la question au tribunal de première instance en vue d’une nouvelle évaluation.

Version française des motifs rendus par

[148] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Le Canada a manqué à son obligation fiduciaire envers la Lac Seul First Nation (« LSFN ») lorsqu’il a permis, pour les besoins d’un projet hydroélectrique achevé en 1929 (« projet »), l’inondation illégale des terres de sa réserve sur une surface de plus de 11 000 acres (ou environ 4 575 hectares). L’inondation a eu des effets dévastateurs sur la LSFN, qui s’est vue privée complètement de l’usage et des bénéfices d’une grande partie de sa réserve. Le Canada n’a pas obtenu le droit d’inonder les terres par l’une ou l’autre des deux voies que prévoyait la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, dans sa version en vigueur en 1929 : il n’a pas cherché à obtenir le consentement de la LSFN pour qu’elle cède ses terres et il n’a pas non plus exproprié les terres.

[149] Aucune des parties au présent pourvoi ne remet cela en question. Le Canada admet avoir manqué à son obligation fiduciaire et reconnaît à juste titre avoir autrefois traité les appelants d’une façon « inexplicable ». La question est donc celle de savoir comment indemniser les appelants des préjudices qu’ils ont subis en raison du manquement du Canada, d’une manière qui respecte les principes établis d’indemnisation en equity. Les appelants contestent le fondement sur lequel le juge de première instance s’est appuyé pour calculer un aspect de l’indemnité en equity qu’il a accordée, soit la valeur attribuée aux terres inondées (2017 CF 906, 74 C.L.R. (4th) 136). Le Canada soutient que, dans la mesure où une indemnité pécuniaire peut permettre d’atteindre cet objectif, le montant accordé par le juge de première instance pour la juste valeur marchande des terres inondées, combiné à l’indemnité pour les pertes non calculables, constitue une compensation équitable et raisonnable pour les pertes subies par les appelants.

[150] Both the majority judges and the dissenting judge at the Federal Court of Appeal were in complete agreement on two issues (2019 FCA 171, [2020] 1 F.C.R. 745). First, the Court of Appeal unanimously found that the trial judge correctly held that there was no basis to award compensation for loss of a revenue-sharing agreement and that the trial judge made no palpable and overriding error in concluding that the Lac Seul situation was not comparable to the other revenue-sharing situations on which the appellants relied. Second, with respect to the trial judge's conclusions on one-time compensation for the loss of the flooded lands, the Court of Appeal agreed that there was no error of law or palpable and overriding error in the trial judge's conclusion that, had Canada expropriated the flooded lands in 1929, it would not have paid more than the fair market value of \$1.29 per acre. The sole disagreement between the majority and the dissent concerned the appellants' second submission regarding the trial judge's conclusions on one-time compensation, namely that he had erred in distinguishing the Kananaskis Falls development project ("Kananaskis Project") from the Lac Seul situation.

[151] However, my colleagues in the majority go further than the Court of Appeal, seemingly undertaking a fresh equitable compensation analysis. The majority does not agree with the trial judge's assessment of equitable compensation, not because of any palpable and overriding error that he committed, but because his assessment does not accord with the majority's view that LSFN is entitled to equitable compensation for the lost opportunity to negotiate an agreement reflecting the value of the lands for hydroelectric purposes specifically, as opposed to equitable compensation for the lost opportunity to negotiate generally.

[152] The value of the compensation that Canada should have negotiated for LSFN cannot be determined in an evidentiary or factual vacuum, and it is improper to fault a trier of fact regarding possible

[150] Les juges majoritaires et la juge dissidente de la Cour d'appel fédérale furent entièrement d'accord sur deux points (2019 CAF 171, [2020] 1 R.C.F. 745). D'abord, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge de première instance avait eu raison de juger que rien ne justifiait d'accorder une indemnité pour la perte de l'opportunité de négocier une entente de partage des bénéfices. Elle a également estimé que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur manifeste et déterminante en concluant que la situation du lac Seul n'était pas comparable à d'autres situations de partage des bénéfices sur lesquelles se fondaient les appelants. Ensuite, en ce qui concerne les conclusions du juge de première instance quant à l'octroi d'une indemnité unique pour la perte des terres inondées, la Cour d'appel a estimé qu'aucune erreur de droit ni aucune erreur manifeste et déterminante n'entachait la conclusion selon laquelle le Canada n'aurait pas payé plus que la juste valeur marchande de 1,29 \$ l'acre s'il avait exproprié les terres inondées en 1929. Le seul point de désaccord entre les juges majoritaires et la juge dissidente concernait le deuxième argument invoqué par les appelants au sujet des conclusions tirées par le juge de première instance sur le versement d'une indemnité unique, à savoir que celui-ci avait commis une erreur en établissant une distinction entre le projet d'aménagement des chutes Kananaskis (« projet Kananaskis ») et la situation du lac Seul.

[151] Cependant, mes collègues de la majorité vont plus loin que la Cour d'appel et semblent entreprendre une nouvelle analyse de l'indemnisation en equity. Ils ne souscrivent pas à l'évaluation de l'indemnité en equity faite par le juge de première instance, non pas en raison d'une erreur manifeste et déterminante qu'il aurait commise, mais parce que son évaluation ne concorde pas avec leur avis que la LSFN a droit à une indemnité en equity pour la perte de l'opportunité non pas de négocier de façon générale, mais plus précisément de négocier une entente reflétant la valeur des terres pour l'utilisation à des fins hydroélectriques.

[152] La valeur de l'indemnité que le Canada aurait dû négocier pour la LSFN ne peut être établie en l'absence de toute preuve ou de tout fondement factuel, et l'on ne saurait reprocher au juge des faits de

alternative findings based on a newly raised theory of the case. That is not the proper standard of appellate review. In my view, the majority of the Federal Court of Appeal was correct to find that there was no basis to interfere with the trial judge's equitable compensation assessment. As I will explain below, the trial judge assessed compensation for the value of the flooded lands in 1929 based on a thorough examination of the facts as established in the record. I find no reviewable error in the trial judge's analysis, and I would dismiss the appeal.

I. Standard of Review

[153] While the majority largely refrains from discussing the applicable standard of review, the parties took opposing positions concerning the proper standard for questions related to the trial judge's compensation assessment. Therefore, clear guidance on this point ought to be provided.

[154] Appellate review of an award of damages is to be conducted in accordance with the standards of review articulated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. The appellants submit that the errors in this case relate to the failure of the courts below to correctly apply the legal principles they identified, and therefore should be assessed on a correctness standard. The respondent submits that the issues raised by the appellants are matters of mixed fact and law and that there are no extricable questions of law to which the standard of correctness applies.

[155] Both parties rely on the same passage from *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321, at para. 28, although the respondent emphasizes the first sentence and the appellants focus on the second:

A trial judge's damages or compensation assessment is entitled to considerable deference on appeal. An appellate court should interfere with that assessment only

ne pas avoir tiré d'autres conclusions fondées sur une théorie de la cause avancée tardivement. Ce n'est pas la norme de contrôle applicable en appel. À mon avis, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont conclu à juste titre qu'il n'y avait aucune raison de modifier l'évaluation de l'indemnité en equity faite par le juge de première instance. Comme je vais l'expliquer plus loin, le juge de première instance a évalué l'indemnité pour la valeur des terres inondées en 1929 sur la base d'un examen en profondeur des faits établis dans le dossier. Je ne vois aucune erreur révisable dans son analyse et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Norme de contrôle

[153] Bien que les juges majoritaires s'abstiennent dans une large mesure de discuter de la norme de contrôle applicable, les parties ont adopté des points de vue opposés concernant la norme applicable aux questions liées à l'évaluation de l'indemnité par le juge de première instance. Il convient donc de donner des indications claires sur ce point.

[154] Le contrôle en appel des dommages-intérêts accordés doit être effectué conformément aux normes de contrôle énoncées dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Les appelants soutiennent qu'en l'espèce, les erreurs reprochées ont trait au fait que les juridictions inférieures n'ont pas correctement appliqué les principes juridiques qu'elles avaient cernés, de sorte que ces erreurs devraient être examinées selon la norme de la décision correcte. L'intimée affirme que les questions soulevées par les appelants sont des questions mixtes de fait et de droit, et qu'il n'y a pas de question de droit isolable à laquelle s'applique la norme de la décision correcte.

[155] Les deux parties invoquent le même passage de l'arrêt *Whitefish Lake Band of Indians c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321, par. 28, mais l'intimée insiste sur la première partie de l'extrait et les appelants, sur la seconde :

[TRADUCTION] L'évaluation du montant des dommages-intérêts ou de l'indemnité par le juge de première instance commande une grande déférence en appel. La juridiction

if it is tainted by an error in principle, or is unreasonably high or low.

[156] A similar pronouncement was made by Justice Wilson in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 363: “. . . I do not think it is the function of this Court to interfere with the *quantum* of damages awarded by the trial judge if no error in principle in determining the measure of damages has been demonstrated. . . . The trial judge’s task was not an easy one but I think he ‘did the best he could’”

[157] Thus, the question to be decided is whether the assessment is tainted by a reviewable error. The appellants attempt to get around this exacting standard by asserting that the courts below erred in “apprehending how the assessment of equitable compensation should be carried out”, which they suggest is an “extricable question of principle or pure law [that is] reviewable on a correctness standard” (A.F., at para. 72). I disagree. Not only is the trial judge’s determination that the appellants should have been compensated through a one-time payment in 1929 based on an expropriation model in accordance with the *Indian Act* not an extricable error, and thus not reviewable on a correctness standard, but the appellants have also not identified any particular findings of fact by the trial judge as constituting a palpable and overriding error.

[158] Under the standard of review for questions of mixed fact and law, “an appellate court’s role is not to reconsider the evidence globally and reach its own conclusions, but simply to ensure that the trial judge’s conclusions — including the trial judge’s legal inferences — are supported by the evidence” (*Modern Cleaning Concept Inc. v. Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics de la région de Québec*, 2019 SCC 28, [2019] 2 S.C.R. 406, at para. 69). “The possibility of alternative findings based on different ascriptions of weight is . . . [not a] basis for overturning the findings of a fact-finder” (*Nelson (City) v. Mowatt*, 2017 SCC 8, [2017] 1

d’appel ne devrait modifier cette évaluation que si elle est entachée d’une erreur de principe ou si elle est déraisonnablement élevée ou faible.

[156] La juge Wilson a tenu des propos semblables dans l’arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 363 : « . . . je ne crois pas qu’il appartienne à cette Cour de modifier le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance si on n’a pas démontré l’existence d’une erreur de principe dans [son] évaluation. [. . .] La tâche du juge de première instance n’était pas facile, mais je crois qu’il a “agi de son mieux”. . . »

[157] Par conséquent, la question à trancher est celle de savoir si l’évaluation est entachée d’une erreur révisable. Les appelants tentent de contourner cette norme exigeante en faisant valoir que les juridictions inférieures ont commis une erreur en [TRADUCTION] « déterminant la façon dont l’évaluation de l’indemnité en equity devait être effectuée », ce qui, selon eux, est une « question isolable de principe ou de droit pur assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte » (m.a., par. 72). Je ne partage pas leur avis. Non seulement la conclusion du juge de première instance portant que les appelants auraient dû être indemnisés au moyen d’un paiement unique en 1929 selon un modèle d’expropriation conforme à la *Loi des Indiens* n’est pas une erreur isolable, et n’est donc pas assujettie à la norme de la décision correcte, mais les appelants n’ont pas davantage établi quelles conclusions de fait particulières tirées par le juge de première instance constitueraient une erreur manifeste et déterminante.

[158] Suivant la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit, « le rôle d’une cour d’appel ne consiste pas à réexaminer la preuve globalement et à tirer ses propres conclusions, mais simplement à s’assurer que les conclusions du juge du procès — y compris ses inférences juridiques — trouvent appui dans la preuve » (*Modern Concept d’entretien inc. c. Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics de la région de Québec*, 2019 CSC 28, [2019] 2 R.C.S. 406, par. 69). « [L]es conclusions à tirer de la preuve p[eu]vent varier en fonction du poids attribué à l’un ou l’autre des éléments qui la constituent et cette possibilité ne justifie pas

S.C.R. 138, at para. 38). Appellate intervention is not warranted “absent an error that is ‘plainly seen’ and has affected the result” (para. 38, quoting *Housen*, at para. 6).

[159] Even if an appellate court might have come to a different conclusion, it cannot overturn the trial judge’s discretionary decision unless a reviewable error has been made. As noted by Stratas J.A. in *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344:

Palpable and overriding error is often best defined by describing what it is not. If an appellate court had a free hand, it might weigh the evidence differently and come to a different result. It might be inclined to draw different inferences or see different factual implications from the evidence. But these things, without more, do not rise to the level of palpable and overriding error. [para. 70]

[160] In my view, the trial judge made no reviewable errors. The majority of the Federal Court of Appeal properly applied the deferential standard of review, holding that there was no basis to interfere with the trial judge’s factual findings. The alleged errors raised before this Court relate to questions of fact and mixed fact and law, and the appellants have not demonstrated that the trial judge made any palpable and overriding errors. The trial judge properly reviewed and assessed the voluminous quantities of evidence. His legal inferences are supported by the evidence. Therefore, the appellants have not established a basis for interfering with his valuation.

II. The Trial Judge’s Equitable Compensation Assessment

[161] The principles of equitable compensation, including the special importance of its deterrent effect in furthering the ongoing project of reconciliation

d’infirmer les conclusions du juge des faits » (*Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, [2017] 1 R.C.S. 138, par. 38). L’intervention en appel n’est pas justifiée en l’absence d’une « erreur qui est “évidente” et qui a eu une incidence sur le résultat » (par. 38, citant *Housen*, par. 6).

[159] Même si elle aurait pu tirer une conclusion différente, la juridiction d’appel ne peut infirmer la décision discrétionnaire du juge de première instance, à moins que ce dernier n’ait commis une erreur révisable. Comme le fait observer le juge Stratas dans l’arrêt *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344 :

Souvent, l’erreur manifeste et dominante est mieux définie par une description de ce qu’elle n’est pas. Si une cour d’appel avait carte blanche, elle pourrait pondérer différemment les éléments de preuve et parvenir à un résultat différent. Elle pourrait être portée à tirer des inférences différentes ou à voir des implications factuelles différentes dans les éléments de preuve. Mais ces choses, sans plus, n’équivalent pas à l’erreur manifeste et dominante. [par. 70]

[160] À mon avis, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur révisable. Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont appliqué comme il se doit la norme de contrôle qui commande la déférence, et ont conclu qu’il n’y avait aucune raison de modifier les conclusions de fait tirées par le juge de première instance. Les erreurs reprochées soulevées devant notre Cour ont trait à des questions de fait et à des questions mixtes de fait et de droit, et les appelants n’ont pas démontré d’erreur manifeste et déterminante commise par le juge de première instance. Celui-ci a correctement examiné et évalué la quantité volumineuse d’éléments de preuve. Ses inférences juridiques trouvent appui dans la preuve. Par conséquent, les appelants n’ont pas démontré qu’il existe une raison de modifier son évaluation.

II. Évaluation de l’indemnité en equity par le juge de première instance

[161] Les principes de l’indemnisation en equity, notamment l’importance particulière que revêt son effet dissuasif afin de favoriser l’objectif continu de

between Canada and Indigenous peoples, are settled and not at issue in this appeal. It is the application of those principles that is at issue. Therefore, it is important to begin by outlining the trial judge's assessment. In his decision, the trial judge made it clear that the goal of equitable compensation is to restore what the plaintiff has lost due to a breach of fiduciary duty, the loss being an opportunity not realized because of the breach. The plaintiff's loss arising from the breach is to be assessed with the advantage of hindsight, not based on what may have been known at the date of the breach or what would have been reasonably foreseeable. In assessing the loss, courts must assume both that the plaintiff would have made the most favourable use of the trust property at issue and that the defendant, had it not committed the breach, would have carried out its duties vis-à-vis the plaintiff in a lawful manner (Trial Reasons, at para. 285).

[162] The trial judge applied these settled principles, specifically looking back to when the breach occurred in 1929, and, with the benefit of hindsight and the evidentiary record, assessed what position the appellants would have been in but for the breach. Based on the evidence, the trial judge determined that, had Canada acted legally, it would have taken the reserve lands in 1929 through expropriation or surrender (para. 358).

[163] The trial judge noted the public importance of the Project and held that “[t]here is no reasonable likelihood that the project would have been shelved had the LSFN or Indian Affairs refused to have the land flooded” (paras. 292 and 327; see also C.A. Reasons, at paras. 23 and 50, per Gleason J.A., dissenting, but not on this point). Having found that the Project and the resulting flooding would have occurred when they did, the trial judge presumed that Canada would have acted lawfully if it had not breached its fiduciary duty and determined that Canada would have, and should have, either obtained a surrender of the reserve lands to be flooded as provided for in Treaty No. 3 (1873) and ss. 50 and 51 of

réconciliation entre le Canada et les peuples autochtones, sont bien établis et ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. C’est l’application de ces principes qui est en cause. Il est donc important de commencer en passant en revue l’évaluation du juge de première instance. Dans sa décision, celui-ci a bien précisé que l’objectif de l’indemnisation en equity est de restituer au demandeur ce qu’il a perdu par suite du manquement à l’obligation fiduciaire, la perte étant une opportunité qui n’a pu se concrétiser en raison du manquement. Il faut évaluer cette perte en procédant à une analyse rétrospective, et non en se fondant sur des faits qui pourraient avoir été connus au moment du manquement ou sur ce qui aurait été raisonnablement prévisible. Lorsqu’ils évaluent la perte, les tribunaux doivent présumer que le demandeur aurait fait l’utilisation la plus avantageuse possible du bien en question et que le défendeur, n’eût été du manquement, se serait acquitté de ses obligations envers le demandeur conformément à la loi (motifs de première instance, par. 285).

[162] Le juge de première instance a appliqué ces principes établis, se reportant expressément au moment où le manquement a eu lieu en 1929 et, sur le fondement d’une analyse rétrospective et du dossier de preuve, il a déterminé la situation dans laquelle se seraient trouvés les appelants n’eût été du manquement. À la lumière de la preuve, le juge de première instance a conclu que, si le Canada avait agi conformément à la loi, il aurait pris les terres de réserve en 1929 au moyen de l’expropriation ou d’une cession (par. 358).

[163] Le juge de première instance a souligné l’importance du projet pour le public et a estimé qu’« [i]l n’existait aucune probabilité raisonnable que le projet soit annulé si la [LSFN] ou le ministère des Affaires indiennes avait refusé la submersion des terres » (par. 292 et 327; voir également les motifs de la C.A., par. 23 et 50, la juge Gleason, dissidente, mais non sur ce point). Ayant conclu que le projet et l’inondation en résultant se seraient produits au moment où ils sont survenus, le juge de première instance a supposé que le Canada aurait agi conformément à la loi s’il n’avait pas manqué à son obligation fiduciaire. Il a conclu que le Canada aurait alors soit obtenu la cession des terres de réserve devant

the *Indian Act*, or expropriated the necessary lands in accordance with Treaty 3 and s. 48 of the *Indian Act*. In either case, Canada would have compensated the appellants for the flooded lands in 1929, the year of the dam's construction (Trial Reasons, at paras. 350-71). The parties accept this finding (C.A. Reasons, at para. 50).

[164] The evidence proffered at trial focused broadly on two concepts: a revenue- or benefit-sharing agreement and one-time compensation for the loss of the flooded lands. The trial judge rejected the revenue-sharing agreement as unprecedented and inconsistent with the historical approach taken in other instances of reserve land compensation, and found that there was no evidence that the parties would have been amenable to such an arrangement (paras. 351-57). The Federal Court of Appeal unanimously upheld this finding (paras. 57 and 106-7).

[165] Therefore, the trial judge concluded that Canada would have compensated the appellants through a one-time payment for the flooded lands and would not have secured an indefinite revenue-sharing agreement. In order to assess the quantum of the one-time compensation for the loss of the flooded lands, the trial judge reviewed all evidence proffered at trial on how to value the lands. He noted that the question of how the fair market value was to be assessed had been discussed by two experts: Duncan Bell, called jointly by Canada and Ontario, and Norris Wilson, called by the appellants. Both experts agreed that the fair market value had to be assessed on the basis of the highest and best use of the lands (D. Bell, *Appraisal Report: Lac Seul First Nation — Southwind Action*, February 28, 2014, at p. 78, reproduced in A.R. Supp., vol. CCXLI, at p. 168; N. Wilson, *Technical Review of an Appraisal Report by: Charles Bell Real Estate Appraisals Ltd.*, May 16, 2016, at p. 2, reproduced in A.R. Supp., vol. CCXXXV, at p. 320).

être inondées comme le prévoyaient le Traité n° 3 (1873) et les art. 50 et 51 de la *Loi des Indiens*, soit exproprié les terres nécessaires conformément au Traité n° 3 et à l'art. 48 de la *Loi des Indiens*. Dans un cas comme dans l'autre, le Canada aurait indemnisé les appelants pour les terres inondées en 1929, année de la construction du barrage (motifs de première instance, par. 350-371). Les parties acceptent cette conclusion (motifs de la C.A., par. 50).

[164] La preuve présentée au procès s'articulait essentiellement autour de deux concepts : l'existence d'une entente de partage des revenus ou des bénéfices et le versement d'une indemnité unique pour la perte des terres inondées. Le juge de première instance a rejeté l'entente de partage des bénéfices, parce que selon lui une telle entente était sans précédent, qu'elle ne cadrerait pas avec les pratiques passées du Canada dans d'autres situations d'indemnisation relatives à des terres de réserve, et qu'il n'existait aucune preuve que les parties auraient été disposées à conclure une telle entente (par. 351-357). La Cour d'appel fédérale a confirmé à l'unanimité cette conclusion (par. 57 et 106-107).

[165] Par conséquent, le juge de première instance a conclu que le Canada aurait versé aux appelants une indemnité unique pour les terres inondées et qu'il n'aurait pas accepté une entente de partage des bénéfices à durée indéterminée. Afin de fixer le montant de l'indemnité unique à verser pour la perte des terres inondées, le juge de première instance a examiné l'ensemble de la preuve présentée au procès sur la façon d'évaluer les terres. Il a fait observer que la question de savoir comment évaluer la juste valeur marchande avait été examinée par deux experts : Duncan Bell, appelé à témoigner par le Canada et l'Ontario conjointement, et Norris Wilson, appelé à témoigner par les appelants. Les deux experts s'entendaient pour dire que la juste valeur marchande devait être évaluée en fonction de l'utilisation optimale des terres (D. Bell, *Appraisal Report : Lac Seul First Nation — Southwind Action*, 28 février 2014, p. 78, reproduit dans d.a. supp., vol. CCXLI, p. 168; N. Wilson, *Technical Review of an Appraisal Report by : Charles Bell Real Estate Appraisals Ltd.*, 16 mai 2016, p. 2, reproduit dans d.a. supp., vol. CCXXXV, p. 320).

[166] In his appraisal report, Mr. Bell stated that prior to 1934, the highest and best use of the Lac Seul reserve lands would have been for continued traditional uses by LSFN, and it would be expected that the majority of the flooded lands would have remained vacant and unimproved. Mr. Bell stated that when flooding of the reserve lands occurred in order to accommodate the development of a hydroelectric dam “the flooded lands had a greater utility as flooded land rather than their previous use” (p. 79). He estimated the value of the subject lands as at April 1, 1929, April 1, 1934, and April 1, 1943, in accordance with Canada and Ontario’s terms of reference. In Mr. Bell’s opinion, the overall effective price per acre of the reserve lands was \$1.29 in 1929, \$1.06 in 1934, and \$1.24 in 1943. In his testimony, Mr. Bell noted that he had valued the land as un-flooded in each of the years for which he provided an estimated value because, if he had valued them differently once they were flooded, “[t]hat would be like somebody damaging your car and say, yes, I owe you a newer car but your car’s damaged now so I’m only going to pay you for the damaged car. So the valuations for traditional uses were simply just brought forward in those dates based on the market changes and the market evidence” (A.R. Supp., vol. XV, at p. 247).

[167] Mr. Wilson criticized Mr. Bell on three points: (1) a failure to correctly apply the principle of highest and best use; (2) the decision to apply the direct comparison approach; and (3) a failure to make findings and assumptions consistent with the historical record. Mr. Wilson found that while Mr. Bell had acknowledged that the highest and best use of the lands had changed once it was flooded, all three of his valuations, for 1929, 1934, and 1943, were almost identical. From Mr. Wilson’s perspective, either Mr. Bell had not made any attempt to analyze the impact of the hydroelectric project on the value of the reserve lands, or he had concluded that the project had no impact on the value of the lands. Regardless, Mr. Wilson submitted that Mr. Bell’s

[166] Dans son rapport d’évaluation, M. Bell affirmait qu’avant 1934, l’utilisation optimale des terres de réserve du lac Seul aurait été l’usage traditionnel continu de la LSFN, ajoutant que l’on se serait attendu à ce que la plus grande partie des terres inondées demeure vacante et non aménagée. M. Bell a expliqué que lorsque l’inondation des terres de réserve a eu lieu en vue de l’aménagement d’un barrage hydroélectrique, [TRADUCTION] « les terres inondées avaient une plus grande utilité comme terres inondées qu’avant leur inondation » (p. 79). Il a estimé la valeur des terres en question en date du 1^{er} avril 1929, du 1^{er} avril 1934 et du 1^{er} avril 1943, conformément au mandat qui lui avait été confié par le Canada et l’Ontario. Selon M. Bell, le prix effectif global des terres de réserve s’établissait à 1,29 \$ en 1929, à 1,06 \$ en 1934 et à 1,24 \$ en 1943 par acre. Dans son témoignage, M. Bell a dit avoir évalué les terres comme des terres non inondées pour chacune des années examinées, car s’il les avait évaluées en tant que terres inondées, [TRADUCTION] « [c]’est comme si quelqu’un endommagerait votre voiture et vous disait : oui, je vous dois une voiture plus récente, mais comme votre voiture est maintenant endommagée, je vais seulement vous payer pour la voiture endommagée. La valeur attribuée aux usages traditionnels aux dates en question a simplement été reportée pour tenir compte de l’évolution du marché et des données du marché » (d.a. supp., vol. XV, p. 247).

[167] Monsieur Wilson a reproché trois erreurs à M. Bell : (1) le fait qu’il n’avait pas appliqué correctement le principe de l’utilisation optimale; (2) sa décision d’appliquer la méthode de la comparaison directe; et (3) le fait qu’il n’avait pas formulé ses conclusions et ses hypothèses conformément aux données historiques. Monsieur Wilson a constaté que, même si M. Bell avait reconnu que l’utilisation optimale des terres avait changé une fois qu’elles étaient inondées, ses trois évaluations pour les années 1929, 1934 et 1943 étaient presque identiques. Du point de vue de M. Wilson, soit M. Bell n’avait pas tenté d’analyser l’incidence du projet hydroélectrique sur la valeur des terres de réserve, soit il avait conclu que le projet n’avait aucune incidence

highest and best use analysis was unsound. As the trial judge summarized:

... in his view, the flooded Reserve land formed part of a storage project that facilitated a hydroelectric system down the English and Winnipeg Rivers. He testified that the hydroelectric project at Ear Falls would affect the value of the land around the foreshore of Lac Seul, because the highest and best use of that land would change to the storage of water for the power project from traditional uses before it was flooded. [para. 377]

However, both in his report and his testimony, Mr. Wilson did not propose an alternative valuation.

[168] The trial judge found that Mr. Bell’s method of valuation was “appropriate and proper in the circumstances” and adopted his conclusions (para. 380). He noted that “[t]his manner of proceeding may seem contrary to that advanced by Indian Affairs in the Kananaskis Falls development where, it will be recalled, the Department informed Calgary Power that the cost of the land must exceed its agricultural value as the ‘value in the lands consists in their usefulness in connection with the development of power at Kananaskis Falls and in this connection they have a considerable value’” (para. 381, referring to A.R. Supp., vol. XLI, at p. 184). However, the trial judge distinguished the Kananaskis Project on the basis that there was no ability to expropriate any reserve lands in that example, whereas there was in the instant case. Therefore, Calgary Power was in an entirely different position vis-à-vis the Stoney Indian Band than Canada vis-à-vis the LSFN reserve (paras. 382-83).

[169] In determining the price per acre, the trial judge rejected Canada’s submission that \$1.00 per acre would be a more appropriate basis to calculate the amount payable. He held that “[w]hile \$1.29 is slightly more than may have been in the contemplation of [Manitoba and Ontario, the provinces with whom Canada was negotiating], I have no evidence

sur la valeur des terres. Dans tous les cas, M. Wilson a soutenu que l’analyse que M. Bell avait faite de l’utilisation optimale n’était pas valable. Comme l’a résumé le juge de première instance :

... [M. Wilson a estimé] que les terres de réserve inondées faisaient partie de l’aménagement à retenue qui a facilité le système hydroélectrique en aval sur les rivières des Anglais et Winnipeg. Il a témoigné que le projet hydroélectrique à Ear Falls aurait affecté la valeur des terres bordant les berges du lac Seul, car l’utilisation optimale des terres serait la retenue d’eau pour un projet énergétique, et non l’usage traditionnel préalable à l’inondation. [par. 377]

Toutefois, autant dans son rapport que dans son témoignage, M. Wilson n’a pas proposé d’autre évaluation.

[168] Le juge de première instance a conclu que la méthode d’évaluation de M. Bell était « appropriée et adaptée aux circonstances » et il a accepté ses conclusions (par. 380). Il a fait observer que « [c]ette manière de procéder peut sembler contraire à celle adoptée par le ministère des Affaires indiennes dans le projet d’aménagement aux chutes Kananaskis où, on se souviendra, le ministère avait informé Calgary Power que le prix des terres pourrait être supérieur à leur valeur agricole, car [TRADUCTION] “la valeur des terres est fonction de leur utilité pour la production d’énergie aux chutes Kananaskis et, à cet égard, leur valeur est considérable” » (par. 381, renvoyant au d.a. supp., vol. XLI, p. 184). Le juge de première instance a toutefois établi une distinction entre la présente affaire et le projet Kananaskis au motif qu’il était impossible d’exproprier les terres de réserve dans cet exemple, alors que cela était possible dans le cas qui nous occupe. Par conséquent, Calgary Power se trouvait dans une situation, à l’égard de la Première Nation de Stoney, tout à fait différente de celle du Canada envers la réserve de la LSFN (par. 382-383).

[169] En fixant le prix par acre, le juge de première instance a rejeté l’argument du Canada suivant lequel le prix de 1 \$ l’acre serait plus approprié pour calculer le montant payable. Il a estimé qu’« [a]lors que 1,29 \$ est un montant légèrement supérieur à celui envisagé par [le Manitoba et l’Ontario, les provinces avec lesquelles négociait le Canada], je ne dispose

that had Canada insisted, it would not have been accepted by the Provinces” (para. 384). The trial judge considered additional avoidable losses, finding calculable financial losses of \$14,582.16 in 1929 for a flowage easement over the reserve lands, \$34,917.33 in 1929 for timber dues, and \$1,750,000 in 2008 for community infrastructure (para. 443). In addition, the trial judge awarded \$16.2 million for non-calculable losses, namely loss of livelihood both on and off the reserve as well as loss of easy shore access, damage to boats, and overall damage to the aesthetic of the lake shore.

III. The Appellants Were Fairly and Appropriately Compensated for Their Losses

[170] The appellants submit that the lower courts improperly applied the principles of equitable compensation and failed to compensate LSFN for what it actually lost. According to them, “[r]ather than compensating for those losses in light of the use to which the Lands have been put, the Courts re-wrote history and relied on a fictional expropriation scenario to improperly approach LSFN’s losses as if they were one-time lost expropriation funds” (para. 69). I cannot agree. Based on the evidence before him, the trial judge assessed the appellants’ losses presuming the highest and best use and with the benefit of hindsight. The appellants have not identified or established any palpable and overriding errors.

A. *Defining and Valuing the Lost Opportunity*

[171] I am in agreement with the majority that equitable compensation in this case should be assessed on the basis of a negotiated surrender (paras. 118 and 121). This is not controversial. Canada agrees that the lost opportunity in this case includes the opportunity to negotiate a surrender. The Court of Appeal

d’aucun élément de preuve montrant que si le Canada avait insisté pour un montant plus élevé, les provinces ne l’auraient pas accepté » (par. 384). Le juge de première instance a pris en compte d’autres pertes évitables, et a conclu que les pertes pécuniaires calculables s’établissaient à 14 582,16 \$ en 1929 pour une servitude de submergement sur les terres de réserve, à 34 917,33 \$ en 1929 pour les droits sur le bois et à 1 750 000 \$ en 2008 pour l’infrastructure communautaire (par. 443). De plus, le juge de première instance a accordé la somme de 16,2 millions de dollars au titre des pertes non quantifiables, notamment la perte de moyens de subsistance dans la réserve et hors réserve, ainsi que la perte d’accès au rivage, les dommages aux embarcations et les dommages généraux à l’esthétique du rivage.

III. Les appelants ont obtenu une compensation juste et appropriée pour leurs pertes

[170] Les appelants soutiennent que les juridictions inférieures ont appliqué de façon incorrecte les principes de l’indemnisation en equity et qu’ils n’ont pas indemnisé la LSFN des pertes qu’elle a effectivement subies. Selon eux, [TRADUCTION] « [a]u lieu de les indemniser pour ces pertes en fonction de l’usage qui avait été fait des terres, les tribunaux ont réécrit l’histoire et se sont fondés sur un scénario d’expropriation fictif pour considérer à tort les pertes subies par la LSFN comme s’il s’agissait de sommes uniques perdues en cas d’expropriation » (par. 69). Je ne peux être d’accord avec cet énoncé. À la lumière de la preuve dont il disposait, le juge de première instance a évalué les pertes subies par les appelants en supposant qu’il y avait eu utilisation optimale et en effectuant une analyse rétrospective. Les appelants n’ont ni relevé ni démontré l’existence d’erreurs manifestes et déterminantes.

A. *Définition et évaluation de la perte d’une opportunité*

[171] Je suis d’accord avec les juges majoritaires pour dire qu’en l’espèce, l’indemnité en equity doit être évaluée en fonction d’une cession négociée (par. 118 et 121). Ce point n’est pas controversé. Le Canada admet que l’opportunité perdue en l’espèce comprend l’opportunité de négocier une cession. La

unanimously agreed, finding that “the Federal Court correctly identified the impact of the breaches of fiduciary duty committed by Canada as being *both* the deprivation of an opportunity to negotiate a surrender of the flooded land in 1929 and the deprivation in 1929 of the funds that ought to have been paid had Canada taken and exercised the right to flood the reserve land” (para. 59 (emphasis in original)).

[172] As a fiduciary, Canada was arguably required to pursue a negotiated surrender before proceeding to expropriation, as the former more closely aligns with the nature of the breach and probably would have been less detrimental to LSFN. However, it does not necessarily follow that the lost opportunity to negotiate a surrender of the lands to be flooded equates to a lost opportunity to negotiate a surrender of those lands *for hydroelectricity generation*. In my view, the majority’s characterization presupposes that the trial judge had the requisite factual basis to make such a finding. It is clear from the record that he did not.

[173] For the appellants to recover the value of a lost opportunity to negotiate a surrender for hydroelectric benefits specifically, they would have had to establish their entitlement through specific facts and evidence, including expert evidence, led at trial. They did not do so. As noted by the majority, the appellants’ theory of compensation has changed during this litigation. At trial, the appellants’ theory, and their expert valuation evidence, were focused on their revenue-sharing claims. They did not provide evidence regarding a one-time payment for the flooded lands for hydroelectric purposes, and chose to limit themselves to criticizing Canada’s expert valuation. Therefore, the trial judge was correct to find that the argument that Canada could, and should, have paid more than fair market value for the lands was “nothing more than optimistic speculation” (para. 383).

Cour d’appel a convenu à l’unanimité que « la Cour fédérale a correctement défini les répercussions des manquements du Canada à ses obligations de fiduciaire comme étant *à la fois* la privation d’une possibilité de négocier une cession des terres inondées en 1929 et la privation en 1929 des sommes qui auraient dû être payées si le Canada avait pris les terres de la réserve et exercé son droit de les inonder » (par. 59 (en italique dans l’original)).

[172] On peut soutenir qu’en tant que fiduciaire, le Canada avait l’obligation de tenter de négocier une cession avant de procéder à une expropriation, car la cession négociée concorde davantage avec la nature du manquement et aurait probablement été moins préjudiciable pour la LSFN. Toutefois, il ne s’ensuit pas nécessairement que la perte de l’opportunité de négocier une cession des terres à inonder équivaut à la perte de l’opportunité de négocier une cession de ces terres *pour la production d’hydroélectricité*. À mon avis, la qualification des juges majoritaires présuppose que le juge de première instance disposait du fondement factuel nécessaire pour tirer une telle conclusion. Il ressort clairement du dossier que ce n’était pas le cas.

[173] Pour que les appelants puissent recouvrer la valeur de l’opportunité perdue de négocier une cession pour les bénéfices découlant de la production d’hydroélectricité en particulier, ils auraient dû établir leur droit en présentant au procès des faits et des preuves spécifiques, notamment des preuves d’experts. Ils ne l’ont pas fait. Comme le signalent les juges majoritaires, les appelants ont modifié au cours de l’instance leur thèse relative à l’indemnisation. Au procès, la thèse des appelants et les témoignages des experts au sujet de l’évaluation étaient axés sur leur prétention à un partage des bénéfices. Ils n’ont pas présenté d’éléments de preuve concernant le paiement d’une indemnité unique pour les terres inondées à des fins hydroélectriques et ils ont choisi de se contenter de critiquer les expertises présentées par le Canada. C’est donc à raison que le juge de première instance a conclu que l’argument suivant lequel le Canada pouvait et aurait dû payer un prix supérieur à la juste valeur marchande des terres « se résum[ait] à des suppositions fantaisistes ». (par. 383).

[174] The value of the compensation that Canada should have negotiated for LSFN cannot be assessed in an evidentiary or factual vacuum. As I explain below, the trial judge determined the compensation for the flooded lands in 1929 based on a “meticulous examination of the facts” (*Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at pp. 413-14, quoting *National Westminster Bank plc v. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821 (H.L.), at p. 831). I find no palpable and overriding error.

B. *The Trial Judge’s Findings Are Not Tainted by Error*

[175] The trial judge’s findings regarding what would have actually happened in 1929 had Canada not breached its duty to the appellants are factual determinations, not legal ones. They were based entirely on the evidence before him, including a lengthy historical record and numerous expert reports. As I outline below, I am of the view that the trial judge made no palpable and overriding error in his compensation assessment, and therefore deference is owed to his determination that \$1.29 per acre in 1929 dollars was the proper compensation for the appellants’ flooded lands.

(1) Kananaskis Project Example

[176] The majority takes issue with the trial judge’s assessment and ultimate rejection of the evidence from the Kananaskis Project agreements. In the majority’s view, that evidence was relevant to the assessment of loss in this case, and the factor used by the trial judge to distinguish this example is not material.

[177] First, it is important to identify what evidence was actually proffered on this point. There was minimal discussion of this example in the record. The extent of our knowledge is from the expert report addendum and testimony of Gwynneth C. D. Jones and a brief response to Ms. Jones’ addendum

[174] La valeur de l’indemnité que le Canada aurait dû négocier pour la LSFN ne peut être établie sans preuve ou sans fondement factuel. Comme je l’explique plus loin, le juge de première instance a fixé l’indemnité à verser pour les terres inondées en 1929 en se fondant sur un [TRADUCTION] « examen méticuleux des faits » (*Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 413-414, citant *National Westminster Bank plc c. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821 (H.L.), p. 831). Je ne relève aucune erreur manifeste et déterminante.

B. *Les conclusions du juge de première instance ne sont entachées d’aucune erreur*

[175] Les conclusions du juge de première instance concernant ce qui se serait vraiment passé en 1929 si le Canada n’avait pas manqué à son obligation envers les appelants sont des conclusions de fait, et non des conclusions de droit. Elles reposent entièrement sur la preuve dont il disposait, notamment des données historiques exhaustives et de nombreux rapports d’experts. Comme je l’explique plus loin, je suis d’avis que le juge de première instance n’a pas commis d’erreur manifeste et déterminante dans son évaluation de l’indemnité, de sorte qu’il y a lieu de faire preuve de déférence à l’égard de sa conclusion portant que le montant de 1,29 \$ l’acre en dollars de 1929 était l’indemnité adéquate pour les terres inondées des appelants.

(1) L’exemple du projet Kananaskis

[176] Les juges majoritaires se dissocient du juge de première instance quant à l’appréciation et au rejet des éléments de preuve relatifs aux ententes issues du projet Kananaskis. Selon eux, ces éléments de preuve étaient pertinents pour évaluer les pertes subies en l’espèce et le facteur retenu par le juge de première instance pour écarter l’exemple du projet Kananaskis est sans importance.

[177] D’abord, il importe de préciser quels éléments de preuve ont effectivement été présentés sur ce point. L’analyse de cet exemple dans le dossier est très succincte. Les connaissances que nous en avons proviennent du témoignage et de l’addendum au rapport d’expertise de Gwynneth C. D. Jones et

in Dr. Betsey Baldwin's expert report. In her addendum, Ms. Jones discussed the process used to deal with the interests of the Stoney Indian Band in the course of the development of three hydroelectric power sites on the Bow River, including Kananaskis Falls. She outlined the specific instructions given by the Department of Indian Affairs to Calgary Power, the dam's proponent, to negotiate a resolution with the Stoney Indian Band that resulted in a payment for the flooded lands in excess of their value as agricultural lands. In response to Ms. Jones' addendum, Dr. Baldwin identified that Ms. Jones did not provide any comparison with the Lac Seul situation. Dr. Baldwin's response noted two overarching differences: the hydro developments were differently situated in relation to the reserves and water-power in Ontario and Alberta was differently administered (B. Baldwin, *A History of the Lac Seul Storage Project, Flooding on the Lac Seul Indian Reserve No. 28, and Related Compensation to the Lac Seul Band, 1873 to 1943*, April 30, 2014, at p. 202, reproduced in A.R. Supp., vol. CCXXXIX, at p. 305).

[178] In her testimony, Ms. Jones summarized the differences between what happened at Lac Seul and what happened at Kananaskis Falls as follows:

Well the most salient difference of course is the extent to which the Indian people were consulted. And not just consulted, but were asked to give formal consent to the arrangements, to give consent to the taking of their reserve lands for the power sites, but also for the land to be flooded by the power site. The difference in the valuations of the land comments that it should be valued in terms of its value to the Stoney and also in terms of its value to the power site. In other words, that its value was intimately tied up with the fact that it was going to be part of what was necessary to generate revenue and power from these sites.

Of course, the issue of heavy annual payments which would be made, as well as this upfront payment. In other

d'une brève réponse à cet addendum dans le rapport d'expertise de Betsey Baldwin. Dans ce document, M^{me} Jones examine le modèle suivi pour tenir compte des intérêts de la bande indienne de Stoney au cours de l'aménagement de trois sites hydroélectriques sur la rivière Bow, dont celui des chutes Kananaskis. Elle mentionne les instructions spécifiques données par le ministère des Affaires indiennes à Calgary Power, le promoteur du barrage, afin que ce dernier négocie avec la bande indienne de Stoney un règlement donnant lieu à un versement, pour les terres inondées, d'une indemnité supérieure à leur valeur comme terres agricoles. En réponse à l'addendum de M^{me} Jones, M^{me} Baldwin a indiqué que celle-ci n'avait fait aucune comparaison avec la situation du lac Seul. La réponse de M^{me} Baldwin soulignait deux différences globales : les projets de développement hydroélectriques n'étaient pas situés au même emplacement par rapport aux réserves et l'énergie hydroélectrique n'était pas gérée de la même façon en Ontario et en Alberta (B. Baldwin, *A History of the Lac Seul Storage Project, Flooding on the Lac Seul Indian Reserve No. 28, and Related Compensation to the Lac Seul Band, 1873 to 1943*, 30 avril 2014, p. 202, reproduit dans d.a. suppl., vol. CCXXXIX, p. 305).

[178] Dans son témoignage, M^{me} Jones a résumé comme suit les différences entre ce qui s'est passé au lac Seul et ce qui s'est passé aux chutes Kananaskis :

[TRADUCTION] Eh bien, disons que la différence la plus importante concerne évidemment la mesure dans laquelle les Indiens ont été consultés. Et ils n'ont pas seulement été consultés, mais on leur a aussi demandé de donner leur consentement en bonne et due forme aux accords, et de consentir à l'appropriation de leurs terres de réserve pour les centrales hydroélectriques et à l'inondation de leurs terres pour les centrales en question. La différence dans les évaluations des terres indique qu'elles devraient être évaluées en fonction de leur valeur pour la bande de Stoney et aussi de leur valeur pour la centrale hydroélectrique. Autrement dit, la valeur des terres était intimement liée au fait qu'elles allaient faire partie de ce qui était nécessaire pour générer des revenus et produire de l'électricité à partir des centrales en question.

Bien entendu, il y avait aussi la question des paiements annuels élevés qui seraient effectués, en plus de ce

words, that the Stoney people were to be offered a toll or dues on the power that was generated by the private company as a result of their being — the private companies being able to flood Indian reserve land; that’s a salient difference. And of course, just the difference in relationship of the Department of Indian Affairs and even the Water Power Branch in these cases.

(A.R. Supp., vol. V, at pp. 69-70)

[179] Additionally, Ms. Jones noted that in the Kananaskis Project, there was an agreement between the Department of the Interior and Calgary Power that the “company will have the power to acquire and take [lands] for the purposes of its undertaking, essentially, powers the same as those conferred by the *Railway Act* on railway companies” (A.R. Supp., vol. V, at p. 93), even though no formal expropriation occurred.

[180] While noting that there may be a basis upon which to distinguish this evidence as it relates to the valuation of the loss, the majority finds that “[t]he trial judge should have considered the Kananaskis Falls Projects and other evidence available at trial as relevant proxies for what [the] premium was worth” (para. 143).

[181] With respect, the majority’s analysis of this evidence seems to stray from the settled standards of appellate review and instead focuses on how the trial judge ought to have undertaken an assessment of the evidence. That is not this Court’s role. We must not reconsider the evidence globally and reach our own conclusions; our role is to ensure that there is no error in principle or overriding and palpable error in the trial judge’s conclusions.

[182] I am in agreement with the majority of the Court of Appeal that the limited evidence proffered at trial concerning the Kananaskis Project does not substantiate a finding that the trial judge made a palpable and overriding error in refusing to grant

paiement initial. Autrement dit, la bande de Stoney allait se voir offrir des péages ou des droits sur l’électricité produite par la société privée en raison du fait que celle-ci était autorisée à inonder les terres de la réserve indienne : voilà une différence importante. Bien sûr, il y avait aussi une différence sur le plan de la relation avec le ministère des Affaires indiennes, voire avec la Direction générale des forces hydrauliques dans ces situations.

(d.a. suppl., vol. V, p. 69-70)

[179] Madame Jones a par ailleurs signalé que, dans le cas du projet Kananaskis, il y avait entre le ministère de l’Intérieur et Calgary Power une entente prévoyant que [TRADUCTION] « la compagnie pourra acquérir et s’approprier des [terres] pour réaliser son entreprise en vertu essentiellement des mêmes pouvoirs que ceux qui sont conférés aux compagnies ferroviaires aux termes de la *Loi sur les chemins de fer* » (d.a. suppl., vol. V, p. 93), même si aucune expropriation en bonne et due forme n’a eu lieu.

[180] Tout en reconnaissant la possibilité de mettre à l’écart ces éléments de preuve en ce qui a trait à l’évaluation de la perte, les juges majoritaires concluent que « [l]e juge de première instance aurait dû considérer les projets des chutes Kananaskis et les autres éléments de preuve présentés au procès comme des indicateurs pertinents relativement à la valeur de cette prime » (par. 143).

[181] Avec égards, l’analyse que font les juges majoritaires de ces éléments de preuve semble s’écarter des normes établies de contrôle en appel et insister plutôt sur la façon dont le juge de première instance aurait dû analyser la preuve. Ce n’est pas le rôle de notre Cour. Nous ne devons pas réexaminer la preuve dans son ensemble et tirer nos propres conclusions; notre rôle consiste à nous assurer que les conclusions du juge de première instance ne sont entachées d’aucune erreur de principe ni d’aucune erreur manifeste et déterminante.

[182] Je suis d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel pour dire que les éléments de preuve limités présentés au procès concernant le projet Kananaskis ne permettaient pas de conclure que le juge de première instance avait commis une

the appellants a sum in excess of the fair market value of \$1.29 per acre. The trial judge's determination regarding the comparability of the Kananaskis Project and the Lac Seul situation is a factual determination. Based on his review of the evidence and Ms. Jones' testimony, he found that the Kananaskis Project could be distinguished in at least one material respect: there was no ability to expropriate, and therefore "Calgary Power vis-à-vis the Stoney Indian Band [was] in an entirely different position than Canada was vis-à-vis LSFN Reserve" (para. 382).

[183] The record before us provides no evidence as to why Canada was not in a position to utilize its expropriation powers for the Kananaskis Project, and thus it is simply speculation to conclude that Canada's differing approach in that matter leads, *per se*, to the conclusion that it breached its duty towards the appellants in this case. It may be, as the majority of the Court of Appeal noted, "that the fact that the Kananaskis Project was located on the reserve led Indian Affairs to take the view that the Band's land had a fair market value much greater than its agricultural value, resulting in a payment of approximately \$93.85 per acre of reserve land" (para. 138). It may also be, as the majority in this Court identifies, that a fundamental difference between the two projects is that in the Kananaskis Project, the compensation included a one-time payment plus an annual water power rental payment.

[184] While my colleagues in the majority acknowledge that "[i]t is up to the trial judge to assess how the differences in the location of the dam, or the amount of land involved, or the nature of the impact on the First Nation, would impact the value of the land for flooding purposes" (para. 138), they insist that "[t]he trial judge should have considered the Kananaskis Falls Projects and other evidence available at trial as relevant proxies for what [the] premium was worth" (para. 143). The majority's reconsideration of evidence to reach its own conclusions is not a

erreur manifeste et déterminante en refusant d'accorder aux appelants une somme supérieure à la juste valeur marchande de 1,29 \$ l'acre. La conclusion tirée par le juge de première instance concernant la comparabilité du projet Kananaskis et de la situation du lac Seul était une conclusion de fait. À la lumière de son examen de la preuve et du témoignage de M^{me} Jones, il a conclu que le projet Kananaskis différait au moins sous un aspect important : Calgary Power n'avait pas la capacité d'exproprier les terres de réserve et, par conséquent, elle « se trouvait dans une situation, à l'égard de la Première Nation de Stoney, tout à fait différente de celle du Canada envers la [LSFN] » (par. 382).

[183] Le dossier dont nous disposons ne permet pas de savoir pourquoi le Canada n'était pas en mesure d'exercer ses pouvoirs d'expropriation dans le cas du projet Kananaskis, et il serait donc spéculatif de soutenir que le comportement différent du Canada dans cette affaire mène, à lui seul, à la conclusion que celui-ci a manqué en l'espèce à son obligation envers les appelants. Il se peut, comme l'ont fait remarquer les juges majoritaires de la Cour d'appel, que « le fait que le projet Kananaskis ait été situé dans la réserve ait amené Affaires indiennes à adopter le point de vue que les terres de la Première Nation avaient une valeur marchande bien supérieure à leur valeur agricole, et à accorder un paiement d'environ 93,85 \$ par acre de terres de réserve » (par. 138). Il se peut également, comme le relèvent les juges majoritaires de notre Cour, qu'une différence essentielle entre les deux projets soit le fait que, dans le cas du projet Kananaskis, l'indemnité comprenait un versement unique et un loyer annuel pour la location d'énergie hydraulique.

[184] Bien que mes collègues de la majorité reconnaissent qu'« [i]l appartient au juge de première instance de déterminer en quoi les différences dans l'emplacement du barrage, la quantité de terres visées ou la nature des répercussions sur la première nation peuvent influencer sur la valeur des terres aux fins d'inondation » (par. 138), ils insistent pour dire que « [l]e juge de première instance aurait dû considérer les projets des chutes Kananaskis et les autres éléments de preuve présentés au procès comme des indicateurs pertinents relativement à la valeur de cette

basis for overturning the fact-finder's findings. While there may be a possibility of alternative findings based on differing ascriptions of weight, the trial judge's finding that the Kananaskis Project was not a relevant proxy was supported by the limited evidence before him. The trial judge therefore cannot be said to have made a palpable and overriding error in distinguishing the Kananaskis Project.

(2) Impact on the Community and LSFN's Perspective

[185] The majority further critiques the trial judge's reasoning by noting that he ought to have given "appropriate weight to the evidence regarding the impact on the community and . . . LSFN's perspective" (para. 140). These two points relate to profound losses not susceptible of mathematical calculation. I am of the view that the trial judge appropriately acknowledged and incorporated the impact on the community and LSFN's perspective in his non-calculable loss analysis. I see no error here either.

[186] It is important to note that the trial judge's valuation at \$1.29 per acre is not the total valuation of the lands. It is simply the value of the lands as agricultural lands, based on the accepted expert evidence. The trial judge subsequently valued other calculable and non-calculable losses in order to arrive at his final conclusion. The \$16.2 million he awarded as compensation for non-calculable losses was influenced by a number of factors:

1. The amount of the calculable losses;
2. That many of the non-quantifiable losses created in 1929 persisted over decades, and some are still continuing;

prime » (par. 143). Ce n'est pas parce que les juges majoritaires ont réexaminé la preuve pour tirer leurs propres conclusions qu'ils étaient pour autant justifiés d'infirmer celles du juge des faits. Bien qu'il soit possible que les conclusions à tirer de la preuve varient en fonction du poids attribué à l'un ou l'autre des éléments qui la constituent, il n'en demeure pas moins que la conclusion du juge de première instance suivant laquelle le projet Kananaskis n'était pas un indicateur pertinent trouvait appui dans la preuve limitée dont il disposait. On ne saurait donc dire que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante en écartant le projet Kananaskis.

(2) Répercussions sur la communauté et point de vue de la LSFN

[185] Les juges majoritaires critiquent également le raisonnement du juge de première instance en faisant observer qu'il aurait dû accorder « l'importance qui convenait à la preuve concernant les répercussions sur la communauté et au point de vue de la LSFN » (par. 140). Ces deux éléments se rapportent à des pertes considérables qui ne se prêtent pas à un calcul mathématique. Je suis d'avis que le juge de première instance a bien pris acte des répercussions sur la communauté et du point de vue de la LSFN et en a dûment tenu compte dans son analyse des pertes non calculables. Je ne décèle aucune erreur à ce chapitre non plus.

[186] Il importe de signaler que l'évaluation de 1,29 \$ l'acre retenue par le juge de première instance ne représente pas la valeur totale des terres. Il s'agit simplement de la valeur des terres en tant que terres agricoles, selon les preuves d'experts retenues. Le juge de première instance a ensuite évalué d'autres pertes calculables et non calculables pour en arriver à sa conclusion finale. L'indemnité de 16,2 millions de dollars qu'il a accordée au titre des pertes non calculables a été déterminée en fonction d'un certain nombre de facteurs :

1. Le montant des pertes calculables.
2. Le fait que de nombreuses pertes non quantifiables survenues en 1929 ont persisté pendant des décennies et se poursuivent actuellement.

- | | |
|---|---|
| <p>3. The failure to remove the timber from the foreshore created an eyesore and impacted the natural beauty of the Reserve land;</p> <p>4. The failure to remove timber from the foreshore also created a very long-term water hazard effecting travel and fishing for members of the LSFN;</p> <p>5. The flooding negatively affected hunting and trapping requiring members to travel further to engage in these pursuits and the number of animals were reduced for some period as a result of the flooding;</p> <p>6. Although Canada supplied the materials to build the replacement houses, the LSFN members supplied their own labour;</p> <p>7. The LSFN docks and other outbuildings were not replaced;</p> <p>8. LSFN hay land, gardens and rice fields were destroyed;</p> <p>9. The hunting and trapping grounds on the Reserve were negatively impacted;</p> <p>10. Two LSFN communities were separated by water and one became an island, impacting the ease of movement of the people who lived there;</p> <p>11. Canada failed to keep the LSFN informed and never consulted with the band on any of the flood related matters that affected it, creating uncertainty and, doubtless, some anxiety for the band; and</p> <p>12. Canada failed to act in a prompt and effective manner to deal with compensation with the LSFN prior to the flooding and did not do so for many years after the flooding, despite being aware of the negative impact on the band members. [para. 512]</p> | <p>3. Le défaut d’abattre le [bois] sur les berges, ce qui a créé une intrusion visuelle et a porté atteinte à la beauté naturelle des terres de réserve.</p> <p>4. Le défaut d’abattre le [bois] sur les berges a aussi créé, pour les membres de la [LSFN] un risque à très long terme pour la navigation et la pêche.</p> <p>5. L’inondation a nui à la chasse et au piégeage, obligeant les membres à se déplacer sur de longues distances pour se livrer à ces activités, et a réduit le nombre d’animaux pendant un certain temps après l’inondation.</p> <p>6. Même si le Canada a fourni les matériaux pour construire les maisons de remplacement, les membres de la [LSFN] ont fourni la main-d’œuvre.</p> <p>7. Les quais et les autres dépendances de la [LSFN] n’ont pas été remplacés.</p> <p>8. Les prairies de fauche, les potagers et les champs de riz sauvage de la [LSFN] ont été détruits.</p> <p>9. Les terrains de chasse et de piégeage dans la réserve ont été touchés.</p> <p>10. Deux collectivités de la [LSFN] ont été séparées par les eaux, et les terres de l’une d’elles ont été transformées en île, ce qui a nui à la facilité des déplacements des résidents de l’île.</p> <p>11. Le Canada a omis d’informer et de consulter la [LSFN] au sujet des questions relatives à l’inondation qui la touchaient directement, créant de l’incertitude et, sans doute, une certaine anxiété pour la Première Nation.</p> <p>12. Le Canada n’a pas agi de manière prompte et efficace pour discuter de l’indemnisation avec la [LSFN] avant l’inondation et ne l’a pas fait pendant de nombreuses années après l’inondation, malgré le fait qu’il ait été au courant des conséquences négatives pour les membres de la Première Nation. [par. 512]</p> |
|---|---|

It is the total equitable compensation, not simply the \$1.29 per acre figure, which ensures that the appellants are compensated for the value of the lands given the nature of their interest and the impact on LSFN.

C’est l’indemnité en equity totale, et non seulement le chiffre de 1,29 \$ l’acre, qui garantit que les appelants sont indemnisés de la valeur des terres compte tenu de la nature de leur intérêt et des répercussions sur la LSFN.

[187] When the compensation analysis is viewed in this way, it is clear that the trial judge's inclusion of a robust non-calculable loss analysis allowed him to meaningfully consider the impact of the flooding on LSFN, such as the negative impact on hunting and trapping, hayland, gardens, and rice fields, including off-reserve losses.

C. *Concluding Remarks*

[188] As outlined above, I have found that the trial judge's equitable compensation analysis does not contain any reviewable errors and that neither of the points raised by the majority provides any basis for interfering with his judgment. Nonetheless, some concluding remarks are in order.

[189] While I agree with the majority that the appellants' strategic decision to change their theory of compensation during this litigation is not a bar to addressing the merits of this appeal, a reconsideration of the merits must take place within the appropriate scope of appellate review and must take into account the evidence — or lack thereof — adduced at trial. In this case, the appellants' position, and hence their strategy at trial, was that compensation for their flooded lands ought to have included the value of a revenue-sharing agreement. The evidence introduced at trial was to this effect. The appellants were seemingly content with attacking Canada's expert valuation of their lands and did not introduce any expert evidence regarding the fair market value of the lands or any premium that ought to have been paid in relation to the use of the lands for hydroelectric purposes.

[190] Despite the appellants' focus on their revenue-sharing claims and the fact that their "loss of use" valuation expert was found not to be credible, the trial judge nevertheless undertook a thorough review of all of the evidence adduced by the parties, rejected Canada's submission that the value

[187] Lorsqu'on aborde sous cet angle l'analyse relative à l'indemnisation, on constate à l'évidence que le fait que le juge de première instance a effectué une solide analyse des pertes non calculables lui a permis de tenir véritablement compte des répercussions de l'inondation sur la LSFN, comme les conséquences négatives sur la chasse et le trappage, ainsi que sur les prairies de fauche, les potagers et les champs de riz sauvage, y compris des pertes subies hors de la réserve.

C. *Observations finales*

[188] Comme je l'ai déjà indiqué, j'ai conclu que l'analyse de l'indemnisation en equity effectuée par le juge de première instance ne contient aucune erreur révisable et qu'aucun des points soulevés par les juges majoritaires ne permet de modifier son jugement. Quoi qu'il en soit, quelques remarques finales s'imposent.

[189] Je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que le choix stratégique des appelants de changer leur thèse au sujet de l'indemnisation au cours de la présente instance ne fait pas obstacle à l'examen du fond du présent pourvoi. Cependant, tout réexamen au fond doit être circonscrit par la portée d'un contrôle en appel et tenir compte de la preuve — ou de l'absence de preuve — présentée au procès. Dans le cas qui nous occupe, la thèse des appelants, et donc la stratégie qu'ils ont adoptée au procès, consistait à dire que l'indemnisation de leurs terres inondées devait comprendre la valeur d'une entente de partage des bénéfices. La preuve présentée au procès allait dans ce sens. Il semble que les appelants se soient contentés d'attaquer l'évaluation de leurs terres faite par les experts du Canada, et ils n'ont pas fait témoigner d'experts au sujet de la juste valeur marchande des terres ou de toute prime qui aurait dû être payée pour l'utilisation des terres à des fins hydroélectriques.

[190] Malgré l'accent que les appelants ont mis sur leur prétention à un partage des bénéfices et malgré le fait que l'expert qu'ils ont appelé à témoigner au sujet de l'évaluation de la « perte d'usage » n'a pas été jugé crédible, le juge de première instance a néanmoins procédé à un examen approfondi de

of the lands should be \$1.00 per acre, found that \$1.29 per acre was the proper compensation for the flooded reserve lands, and subsequently awarded over \$16 million in additional compensation for the non-calculable losses suffered by LSFN.

[191] I find that the majority's reasons seek to impose a greater obligation on a trial judge than the law demands. The trial judge had a daunting task. This trial lasted 56 days, and all but 2 of the 24 witnesses called were expert witnesses. He had to resolve a myriad of difficult factual questions by examining a voluminous factual record consisting of 8,347 documents entered as exhibits and thousands of pages of expert reports. The majority returns the award of equitable compensation for reassessment based on an alternative valuation methodology that is currently unsupported by the trial record. It is wrong to fault the trial judge for accepting the sole evidence proffered on the value of the flooded lands without pointing to any palpable and overriding error in his analysis. I could not say it better than Justice Wilson in *Guerin*: the trial judge “did the best he could”.

[192] The appellants must bear the consequences of their tactical choice to advance a predominant theory of the case based on revenue-sharing claims. In retrospect, it may have been a more appropriate trial strategy for the appellants to present, alongside their revenue-sharing claims, fulsome expert evidence on the value of the flooded reserve lands in the event that compensation was awarded as a one-time payment, including a premium based on the usefulness of the lands for hydroelectric purposes. The appellants are responsible for the ramifications of their trial strategy, even though they have changed tack on appeal.

tous les éléments de preuve présentés par les parties, rejeté l'argument du Canada suivant lequel les terres devaient être évaluées à 1 \$ l'acre, conclu que le montant de 1,29 \$ l'acre correspondait à l'indemnité adéquate à verser pour les terres inondées et accordé ensuite plus de 16 millions de dollars à titre d'indemnité supplémentaire pour les pertes non calculables subies par la LSFN.

[191] J'estime que les motifs des juges majoritaires imposent au juge de première instance une obligation plus lourde que celle qui est prévue en droit. Le juge de première instance avait une tâche exigeante. Ce procès a duré 56 jours et des 24 témoins cités, tous sauf 2 étaient des témoins experts. Il lui a fallu trancher une multitude de questions de fait en examinant un dossier factuel volumineux composé de 8 347 documents produits comme pièces et des milliers de pages de rapports d'experts. Les juges majoritaires concluent que l'indemnité en equity doit faire l'objet d'une nouvelle évaluation en fonction d'une autre méthode qui n'est pour le moment pas appuyée par le dossier de l'instance. On aurait tort de reprocher au juge de première instance d'avoir accepté la seule preuve présentée au sujet de la valeur des terres inondées si l'on ne peut déceler la moindre erreur manifeste et déterminante dans son analyse. Je ne saurais mieux dire que la juge Wilson dans l'arrêt *Guerin* : le juge de première instance a « “agi de son mieux” ».

[192] Les appelants doivent assumer les conséquences de leur décision stratégique de faire valoir au procès une théorie de la cause reposant de façon prédominante sur leur prétention à un partage des bénéfices. Si l'on analyse la situation rétrospectivement, force est de constater que les appelants auraient été mieux avisés d'adopter au procès une stratégie consistant à présenter, en plus de leurs prétentions à un partage des bénéfices, une preuve d'expert complète sur la valeur des terres de réserve inondées dans le cas où l'indemnité consistait en un versement unique, comprenant une prime fondée sur l'utilité des terres à des fins hydroélectriques. Les appelants sont responsables des conséquences de la stratégie qu'ils ont adoptée au procès, même s'ils ont changé leur fusil d'épaule en appel.

[193] Returning the award of equitable compensation for reassessment, which will inevitably require additional discovery and historical and valuation expert evidence, would permit the appellants to repair the deficiencies in their case and forward their new theory of the case *de novo*. Absent any reviewable error, and I have found none, this is not the proper role of appellate intervention.

IV. Conclusion

[194] The trial judge reviewed, analyzed, and weighed the evidence before him. Based on the record, he was entitled to find that the argument that Canada could, and should, have paid more than fair market value for the reserve lands was “nothing more than optimistic speculation”. As the trial judge did not commit any errors in principle, his compensation assessment “is entitled to considerable deference on appeal” (*Whitefish*, at para. 28). I would accord the trial judge this considerable deference and would not disturb his findings and conclusions. I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs throughout, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellants: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Fox Fraser, Calgary.

Solicitors for the intervener the Tseshah First Nation: DGW Law Corporation, Victoria.

[193] Ordonner que l’indemnité en equity fasse l’objet d’une nouvelle évaluation, qui nécessitera inévitablement d’autres communications préalables et des preuves d’expert en matière d’histoire et d’évaluation, permettrait aux appelants de corriger les failles de leur argumentaire et d’avancer une toute nouvelle théorie de la cause. À défaut d’erreur révisable, et je n’en ai trouvé aucune, il ne s’agit pas là de l’objectif d’une intervention en appel.

IV. Conclusion

[194] Le juge de première instance a examiné, analysé et soupesé la preuve qui lui avait été soumise. En se fondant sur le dossier, il était en droit de conclure que l’argument suivant lequel le Canada pouvait et aurait dû payer un prix supérieur à la juste valeur marchande des terres de réserve « se résum[ait] à des suppositions fantaisistes ». Comme le juge de première instance n’a pas commis d’erreur de principe, son évaluation de l’indemnité à verser « commande une grande déférence en appel » (*Whitefish*, par. 28). Je ferais montre d’une telle déférence à l’endroit du juge de première instance et je me garderais de modifier ses constats et ses conclusions. Je rejetterais donc le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureurs des appelants : Mandell Pinder, Vancouver.

Procureur de l’intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l’intervenante Assembly of Manitoba Chiefs : Fox Fraser, Calgary.

Procureurs de l’intervenante Tseshah First Nation : DGW Law Corporation, Victoria.

Solicitors for the intervener Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc.: Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.

Solicitors for the intervener the Treaty Land Entitlement Committee of Manitoba Inc.: Duboff Edwards Haight & Schachter Law Corporation, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Anishinabek Nation: Westaway Law Group, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Wauzhushk Onigum Nation: David Garth Leitch Professional Corporation, Toronto.

Solicitor for the interveners the Big Grassy First Nation, the Onigaming First Nation, the Naoatkamegwanning First Nation and the Niisaachewan First Nation: Donald R. Colborne, Victoria.

Solicitors for the interveners the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Penticton Indian Band and the Williams Lake First Nation: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Federation of Sovereign Indigenous Nations: Maurice Law, Calgary.

Solicitors for the intervener the Atikameksheng Anishnawbek First Nation: Maurice Law, Calgary.

Solicitors for the intervener the Kwantlen First Nation: JFK Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations Quebec-Labrador: Cain Lamarre, Roberval, Que.

Solicitors for the intervener the Grand Council Treaty #3: First Peoples Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc. : Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Treaty Land Entitlement Committee of Manitoba Inc. : Duboff Edwards Haight & Schachter Law Corporation, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante la Nation Anishinabek : Westaway Law Group, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Wauzhushk Onigum Nation : David Garth Leitch Professional Corporation, Toronto.

Procureur des intervenantes Big Grassy First Nation, Onigaming First Nation, Naoatkamegwanning First Nation et Niisaachewan First Nation : Donald R. Colborne, Victoria.

Procureurs des intervenantes Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, Penticton Indian Band et Williams Lake First Nation : Mandell Pinder, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des nations autochtones souveraines : Maurice Law, Calgary.

Procureurs de l'intervenante la Première Nation Atikameksheng Anishnawbek : Maurice Law, Calgary.

Procureurs de l'intervenante Kwantlen First Nation : JFK Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations Québec-Labrador : Cain Lamarre, Roberval (Qc).

Procureurs de l'intervenant Grand Council Treaty #3 : First Peoples Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke: Mohawk Council of Kahnawà:ke Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke, Que.

Solicitors for the intervener the Elsipogtog First Nation: Semaganis Worme Lombard, Saskatoon.

Solicitors for the intervener the Chemawawin Cree Nation: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitors for the intervener the West Moberly First Nations: Camp Fiorante Matthews Mogerma, Vancouver.

Procureur de l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke : Mohawk Council of Kahnawà:ke Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke (Qc).

Procureurs de l'intervenant la Première Nation d'Elsipogtog : Semaganis Worme Lombard, Saskatoon.

Procureurs de l'intervenante Chemawawin Cree Nation : Arvay Finlay, Victoria.

Procureurs de l'intervenante West Moberly First Nations : Camp Fiorante Matthews Mogerma, Vancouver.