

A-890-97

Musqueam Indian Band and Chief Joseph Ralph Becker, Ernie Campbell, Wayne Sparrow, Leona M. Sparrow, Nolan Charles, Mary Charles, Johnna Crawford, Gail Y. Sparrow, Myrtle McKay, Larry Grant and Her Majesty the Queen (*Plaintiffs*) (*Appellants*)

v.

Mary Glass, Hin F. Ko, Mabel W. Ko, Roy Westwick, Gwyneth M. Westwick, Kerry-Lynne Ferris, Stephen W. Findlay, Norah C. Findlay, Jerry Janes, Diana Janes, Gregory Pappas, Tasie Pappas, Solon S. Wang, Peter M. Lee, Herbert M. Lewis, Alexander Kalinowski, Katarina Kalinowski, John W. Whitefoot, Sheila M. Whitefoot, Lisbet MacKay, Pierre Dow, Mona McKinnon, Wong L. Lee, Man-Loong Lee, John M. Glaiserman, Juan L.G. Cam, Elizabeth C. Cam, Evelyn M. Murray, William T. Ziemba, James R. Thompson, Ann B. Thompson, Yum C. Lau, Irene Lau, James Y. P. King, Tjin K. Tan, Eiji Murakami, Miyako Murakami, Thomas W. F. Fung, Amy M. L. Chan, Gertrude Henneken, Hans T. Henneken, Howard G. Isman, Marjorie E. Isman, Stanley Evans, Dorothy Evans, Khi Yoeng Tjin, Wen-Tien Tai, Kui-Hsiang Huang, Phyllis Weinstein, Patricia Lai, Wilfred E. Patton, Jean M. Patton, Attilio Girardi, Mary Girardi, Irma E. Boulter, George S. Boulter, John G. Cragg, Olga B. Cragg, Howard E. Cadinha, Arlene B. Cadinha, Maria C. Ormond, Douglas R. Eyrl, Judith F. Eyrl, Cheung K. Choi, Chan P. K. Choi, Celia Kaan, Cecil S. C. Kaan, Ramon Y. Kaan, Helena Kan, Leslie Bara, Ottilia Bara, Alfred K. Lee, Esther K. Lee, Diana W. C. Sung, Donald C. Graham, Winnifred A. Graham, Ronald J. MacKee, Alexander H. Wong, Stella L. Wong, Edward B. Huyck, Dorothy A. Huyck, Frederick S. Edy, Ellen V. Edy, Victor H. Hildebrand, John E. Egan, Chi K. Ching, Siu Y. Chan, Lavender Chu, Frederick Chu, George E. Rush, Anne L. Rush, Herta J. Neumann, Cornelius Neumann, James A. Forsythe, Diane R. Forsythe, Peter J. Funk, Elizabeth Funk, Elfriede Machek, Adelheid Machek, Lillian P. Toews, Hui C. Keung, Patricia H. K. S. Wah, Vadilal J. Modi, Mira V.

A-890-97

Bande indienne de Musqueam et chef Joseph Ralph Becker, Ernie Campbell, Wayne Sparrow, Leona M. Sparrow, Nolan Charles, Mary Charles, Johnna Crawford, Gail Y. Sparrow, Myrtle McKay, Larry Grant et Sa Majesté la Reine (*demandeurs*) (*appelants*)

c.

Mary Glass, Hin F. Ko, Mabel W. Ko, Roy Westwick, Gwyneth M. Westwick, Kerry-Lynne Ferris, Stephen W. Findlay, Norah C. Findlay, Jerry Janes, Diana Janes, Gregory Pappas, Tasie Pappas, Solon S. Wang, Peter M. Lee, Herbert M. Lewis, Alexander Kalinowski, Katarina Kalinowski, John W. Whitefoot, Sheila M. Whitefoot, Lisbet MacKay, Pierre Dow, Mona McKinnon, Wong L. Lee, Man-Loong Lee, John M. Glaiserman, Juan L.G. Cam, Elizabeth C. Cam, Evelyn M. Murray, William T. Ziemba, James R. Thompson, Ann B. Thompson, Yum C. Lau, Irene Lau, James Y. P. King, Tjin K. Tan, Eiji Murakami, Miyako Murakami, Thomas W. F. Fung, Amy M. L. Chan, Gertrude Henneken, Hans T. Henneken, Howard G. Isman, Marjorie E. Isman, Stanley Evans, Dorothy Evans, Khi Yoeng Tjin, Wen-Tien Tai, Kui-Hsiang Huang, Phyllis Weinstein, Patricia Lai, Wilfred E. Patton, Jean M. Patton, Attilio Girardi, Mary Girardi, Irma E. Boulter, George S. Boulter, John G. Cragg, Olga B. Cragg, Howard E. Cadinha, Arlene B. Cadinha, Maria C. Ormond, Douglas R. Eyrl, Judith F. Eyrl, Cheung K. Choi, Chan P. K. Choi, Celia Kaan, Cecil S. C. Kaan, Ramon Y. Kaan, Helena Kan, Leslie Bara, Ottilia Bara, Alfred K. Lee, Esther K. Lee, Diana W. C. Sung, Donald C. Graham, Winnifred A. Graham, Ronald J. MacKee, Alexander H. Wong, Stella L. Wong, Edward B. Huyck, Dorothy A. Huyck, Frederick S. Edy, Ellen V. Edy, Victor H. Hildebrand, John E. Egan, Chi K. Ching, Siu Y. Chan, Lavender Chu, Frederick Chu, George E. Rush, Anne L. Rush, Herta J. Neumann, Cornelius Neumann, James A. Forsythe, Diane R. Forsythe, Peter J. Funk, Elizabeth Funk, Elfriede Machek, Adelheid Machek, Lillian P. Toews, Hui C. Keung, Patricia H. K. S. Wah, Vadilal J. Modi, Mira V.

Modi, Charles H. Shnier, Elaine C. Shnier, Agnes P. C. Shen, Carol M. Lau, Dennis Lau, Marjorie McClelland, Arthur Nee, Laura T. Nee, Donald W. Scheideman, Kathryn M. Scheideman, William N. King, Allan J. Hunter, Grace K. Hunter, Grace NG, Irving Glassner, Noreen C. Glassner, Priscilla Fratkin, Nancy B. Berner, Gregory Hryhorchuk, Darcy L. Hryhorchuk, Astley E. Smith, Betty Ann Smith, Lily R. Eng. (*Defendants*) (*Respondents*)

INDEXED AS: *MUSQUEAM INDIAN BAND v. GLASS (C.A.)*

Court of Appeal, Desjardins, Robertson and Sexton J.J.A.—Vancouver, November 3 and 4; Ottawa, December 21, 1998.

*Native peoples — Lands — Lots located on Indian reserve, surrendered to Crown by Indian Band for leasing — Crown entering into Master Agreement with private developer to subdivide land, install services — Developer receiving leases for each subdivided lot, assigning them to individuals for residential use — Annual rent under lease to be 6% of “current land value” — Whether “current land value” meaning value of 99-year leasehold on Indian Reserve or fee simple value of land — Parties intending Band to be entitled to receive as rent 6% of fee simple value of land — Band’s intention to receive fair, conservative return on value of capital investment — Case law on Aboriginal land valuation reviewed — “Current land value” meaning fee simple value of land — Indian reserve feature not diminishing market value of property — Trial Judge wrong in imposing 50% reduction on reserve land — Parties intending land to be valued in unserviced form — Costs of servicing, development to be deducted from fee simple value of lots to determine “current land value”.*

This was an appeal from a Trial Division decision determining the annual fair rent for the 20-year period commencing June 8, 1995 for 75 large lots located on Musqueam Indian Reserve No. 2 in a most desirable location in Vancouver. The lots in question comprise an area of 40 acres which were surrendered to the Crown by the Musqueam Indian Band to be leased. On June 8, 1965, the Crown entered into a Master Agreement with a private developer whose mandate was to subdivide the land and install services. The developer received leases for each

Modi, Charles H. Shnier, Elaine C. Shnier, Agnes P. C. Shen, Carol M. Lau, Dennis Lau, Marjorie McClelland, Arthur Nee, Laura T. Nee, Donald W. Scheideman, Kathryn M. Scheideman, William N. King, Allan J. Hunter, Grace K. Hunter, Grace NG, Irving Glassner, Noreen C. Glassner, Priscilla Fratkin, Nancy B. Berner, Gregory Hryhorchuk, Darcy L. Hryhorchuk, Astley E. Smith, Betty Ann Smith, Lily R. Eng. (*défendeurs*) (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: *BANDE INDIENNE DE MUSQUEAM c. GLASS (C.A.)*

Cour d’appel, juges Desjardins, Robertson et Sexton, J.C.A.—Vancouver, 3 et 4 novembre; Ottawa, 21 décembre 1998.

*Peuples autochtones — Terres — Lots situés sur une réserve indienne, cédés à la Couronne par une bande indienne à des fins de location — La Couronne a conclu une entente cadre avec un promoteur privé en vue de faire un plan de lotissement du terrain et d’y fournir des services — Le promoteur a reçu des baux pour chacun des lots et les a cédés à des particuliers à des fins résidentielles — Le bail précisait que le loyer annuel équivaldrait à 6 % de la «valeur courante du terrain» — La «valeur courante du terrain» désignait-elle la valeur d’un droit de tenure à bail de 99 ans sur la réserve indienne ou la valeur du terrain détenu en pleine propriété? — L’intention des parties était que la bande avait le droit de recevoir, à titre de loyer, 6 % de la valeur de la pleine propriété — L’intention de la bande était de s’assurer un rendement équitable et modéré sur la valeur des investissements — Revue de la jurisprudence sur l’évaluation de terres autochtones — La «valeur courante du terrain» signifie la valeur d’un terrain détenu en pleine propriété — Le fait qu’une propriété soit située sur une réserve indienne ne diminue pas sa valeur marchande — Le juge de première instance a commis une erreur en imposant une réduction de 50 % à des terres situées sur une réserve — L’intention des parties était que les terrains soient évalués avant d’avoir été viabilisés — Les frais de service et de mise en valeur doivent être soustraits de la valeur des lots détenus en pleine propriété pour déterminer la «valeur courante du terrain».*

Il s’agissait d’un appel d’une décision de la Section de première instance déterminant le juste loyer annuel pour la période de 20 ans commençant le 8 juin 1995, pour 75 lots importants situés sur la réserve indienne n° 2 de Musqueam dans l’un des endroits les plus prisés de Vancouver. Les lots en question couvrent une superficie de 40 acres qui ont été cédées à la Couronne par la bande indienne de Musqueam à des fins de location. Le 8 juin 1965, la Couronne a conclu une entente cadre avec un promoteur privé dont le mandat était de faire un plan de lotissement du terrain et d’y fournir

subdivided lot and assigned them to individuals for residential use. Under paragraph 2(4) of the typical lease, an annual clear total rental which represents 6% of the current land value shall be regarded as a "fair rent" for the purposes thereof. The Trial Judge accepted the respondents' position that "current land value" meant the value of a 99-year leasehold on the Musqueam Indian Reserve No. 2 rather than the fee simple value of the land. He found that there was no material difference between the value of a long-term lease and a fee simple, but concluded that the Musqueam lots would have a lower value than similar fee simple land on account of the "Indian reserve feature" of the land and of issues of taxation, servicing and uncertainty of the Aboriginal interest. Thus, he discounted by 50% the amount of \$600,000 representing the fee simple value of the average lot. Finally, the Trial Judge found upon a proper construction of the rental provision of the lease agreement that the land was to be valued in its unserviced form. Two issues were raised on appeal: (1) whether the words "current land value" in the rent review clause of the leases should be interpreted as referring to the value of a fee simple estate in land or to the value of a 99-year leasehold interest of reserve land, and (2) whether the costs of servicing and development should be deducted from the fee simple value of the lots to determine "current land value".

*Held*, the appeal should be allowed in part.

(1) The Trial Judge erred in construing "current land value" to mean the value of a 99-year leasehold on the Musqueam Indian Reserve No. 2 rather than the value of the land as freehold. The reference to "current land value" means that the Band was entitled to receive, as rent, 6% of the fee simple value of the land. This was the intention of the parties, having regard to the whole of the contract and its entire context. It is common in long-term leases to use a percentage of land value to determine annual rent. The long standing practice in this approach is to value the land at its fee simple value. This meaning of "current land value" is consistent with the adoption of a formula based on the market value of the land to determine the rent and such formula was adopted to generate an annual fair rent in terms of a return on a capital asset. The purpose of using a rent review clause in a long-term lease is to guarantee a return of investment on a capital asset that could be sold. Once surrendered for sale, the Band's interest would no longer be a burden on the Crown's estate and any purchaser of the land would receive an unfettered estate in the land, in fee simple. The parties intended the "current land value" to mean the freehold value of the land, which is consistent with the fact that through surrender, the Band could have delivered a fee simple. In real estate appraisal practice, there is no authority for taking into account the identity of the

des services. Le promoteur a reçu des baux pour chacun des lots et les a ensuite cédés à des particuliers à des fins résidentielles. En vertu du paragraphe 2(4) du bail type, un loyer annuel total net représentant 6 % de la valeur courante du terrain est considéré comme un «juste loyer» aux fins du bail. Le juge de première instance a accepté la position des intimés selon laquelle la «valeur courante du terrain» désignait la valeur d'un droit de tenure à bail de 99 ans sur la réserve indienne n° 2 de Musqueam, plutôt que la valeur du terrain détenu en pleine propriété. Il a jugé qu'il n'y avait pas de différence substantielle entre la valeur d'un bail à long terme et celle d'une pleine propriété mais a conclu que les lots de Musqueam auraient une valeur inférieure à une pleine propriété similaire, compte tenu du fait que le lot était situé sur une réserve indienne et des questions de fiscalité, de viabilité et de l'incertitude du titre autochtone. Par conséquent, il a réduit de 50 % le montant de 600 000 \$ représentant la valeur du lot moyen détenu en pleine propriété. Finalement, le juge de première instance a jugé, d'après une interprétation appropriée de la clause de location du bail, que les terrains devaient être évalués avant d'avoir été viabilisés. Deux questions ont été soulevées en appel: 1) l'expression «valeur courante du terrain» dans la clause de révision du loyer des baux devrait-elle être interprétée comme étant la valeur d'une pleine propriété ou la valeur d'un droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres d'une réserve?; 2) les frais de service et de mise en valeur devraient-ils être soustraits de la valeur des lots détenus en pleine propriété pour déterminer la «valeur courante du terrain»?

*Arrêt*: l'appel est accueilli en partie.

1) Le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'expression «valeur courante du terrain» signifiait la valeur d'un droit de tenure à bail de 99 ans dans la réserve indienne n° 2 de Musqueam, plutôt que la valeur d'une propriété franche. La mention de la «valeur courante du terrain» signifie que la bande avait le droit de recevoir, à titre de loyer, 6 % de la valeur de la pleine propriété. D'après l'ensemble du contrat et son contexte global, telle était l'intention des parties. Il est d'usage dans les baux à long terme d'utiliser un pourcentage de la valeur du terrain pour déterminer le loyer annuel. La technique utilisée de longue date consiste à évaluer le terrain comme une pleine propriété. Cette interprétation de la «valeur courante du terrain» est compatible avec l'adoption d'une formule basée sur la valeur marchande du terrain dont il faut déterminer le loyer et cette formule a été adoptée dans le but de parvenir à un juste loyer annuel, en termes de rendement sur une immobilisation. Le but d'inclure une clause de révision du loyer dans un bail à long terme est de garantir un rendement sur l'investissement d'un bien immobilisé qui pourrait être vendu. Une fois que la bande a cédé son droit à des fins de vente, celui-ci ne peut plus grever la propriété cédée à la Couronne et tout acquéreur du terrain reçoit un titre de propriété absolu. Les parties souhaitaient que l'expression «valeur courante du terrain»

owner in the determination of land value. Aboriginal land should not be treated differently from other land. The valuation of the market value of Aboriginal land should be made in the same manner as any other land. Discounting the value of Aboriginal land on the basis of their *sui generis* interest in their own land is irrelevant to the determination of rent calculated as a percentage return on a capital investment. If the parties intended to depart from the well-accepted practice of valuing land in long-term leases at its freehold or exchange value, they could, and should have specified it in the lease. The fact that these lands are reserve lands does not diminish the market value of the property in question. The Trial Judge's conclusion that the hypothetical fee simple value of the average lot is \$600,000 was acceptable, but it was wrong to impose a 50% reduction based on the "Indian reserve feature" of the land.

(2) The issue of whether the cost of servicing the land should be deducted from the fee simple value of the lots was a matter of construction, hinging on the meaning of paragraph 2(2)(a) of the lease. Under that paragraph, the lands to be valued were "unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement". That raised another issue, whether "this agreement" referred to the Master Agreement, at the completion of which the lands were unserviced, or to the lease agreement itself, at the completion of which the lands were serviced. The parties clearly intended that the land was to be valued in its unserviced form. The costs of servicing must be deducted from the current value of the serviced lots and "this agreement" must mean the Master Agreement. The Trial Judge based his conclusion that paragraph 2(2)(a) of the lease refers to the Master Agreement on a number of persuasive reasons. The most convincing of them was that the Band provided unimproved, undeveloped land while the developer expended the funds and assumed the risk of development, including servicing costs. Therefore, the parties could not have intended that at rent review, the Band was to receive compensation in respect of servicing and development for which it did not pay and for which it was not responsible. It is a well accepted principle that in the absence of wording to the contrary, a landlord should not benefit from the improvements made by and at the expense of the tenant. The Band did not pay for the servicing and thus should not be compensated for it. The use of the word "unimproved" accords with the view that the costs of servicing are not to be included in the calculation of the "fair annual rent". All servicing costs must be deducted from the fee simple value

signifie la valeur du terrain détenu en pleine propriété, ce qui est compatible avec le fait que la bande aurait pu, par voie de cession, délivrer un titre de pleine propriété. Les techniques d'évaluation immobilière ne permettent pas de prendre en compte l'identité du propriétaire pour déterminer la valeur du terrain. Les terres autochtones ne devraient pas être traitées différemment d'autres terrains. La valeur marchande des terres autochtones devrait être déterminée de la même manière que celle d'autres terrains. Réduire la valeur des terres autochtones en s'appuyant sur le droit *sui generis* des Autochtones sur leurs propres terres est un facteur non pertinent pour déterminer le loyer calculé en tant que pourcentage de rendement sur un investissement. Si les parties avaient l'intention de s'écarter de la méthode bien acceptée qui consiste à évaluer les terrains faisant l'objet de baux à long terme à leur valeur de propriété libre ou à leur valeur d'échange, elles pouvaient le préciser dans le bail, et elles auraient dû le faire. Le fait qu'il s'agisse de terres situées sur une réserve ne diminue pas la valeur marchande de la propriété en question. La conclusion du juge de première instance selon laquelle la valeur hypothétique du lot moyen détenu en pleine propriété est de 600 000 \$ était acceptable, mais c'était une erreur d'imposer une réduction de 50 % parce qu'il s'agissait de terres situées sur une réserve.

2) La question de savoir s'il faut soustraire les frais de service afférents au terrain de la valeur des lots détenus en pleine propriété était une question d'interprétation, s'articulant sur le sens de l'alinéa 2(2)a) du bail. D'après cet alinéa, les terrains à évaluer sont «des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente». Cela soulève une autre question, savoir si «la présente entente» fait référence à l'entente cadre, à la date de laquelle les terrains n'avaient pas été viabilisés, ou au bail lui-même, à la date duquel ils l'avaient été. Il est clair que les parties avaient l'intention de faire évaluer les terrains avant qu'ils ne soient viabilisés. Les frais de service doivent être déduits de la valeur courante des lots viabilisés «la présente entente» doit désigner l'entente cadre. Le juge de première instance a fondé sa conclusion selon laquelle l'alinéa 2(2)a) du bail renvoie à l'entente cadre sur plusieurs raisons convaincantes. La plus convaincante de ces raisons était que la bande avait fourni un terrain non viabilisé et non mis en valeur, tandis que le promoteur avait dépensé les fonds et accepté le risque inhérent à la mise en valeur, y compris les frais de service. Par conséquent, les parties ne pouvaient pas souhaiter, lors de la révision du loyer, que la bande reçoive un dédommagement à l'égard des services et de la mise en valeur alors qu'elle n'en avait pas payé le coût et qu'elle n'en était pas responsable. Il existe un principe bien établi selon lequel, en l'absence de mots à l'effet contraire, un propriétaire ne doit pas bénéficier d'améliorations qui ont été faites par le preneur à bail à ses frais. La bande n'a pas payé pour les services, et elle ne devrait donc pas être dédommée pour ceux-ci. L'utilisation de l'expression «sans amélioration» est compatible avec l'opinion selon

of the bare lots to determine the “current land value”.

laquelle les frais de service ne doivent pas être inclus dans le calcul du «juste loyer annuel». Tous les frais de service doivent être soustraits de la valeur des terrains nus, détenus en pleine propriété pour déterminer la «valeur courante du terrain».

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 369, 394.  
*Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 2, 39, 53.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 2, 39, 53.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 369, 394.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Bullock's, Inc. v. Security-First Nat. Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958); *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *Canada v. Cascade Inn Ltd.*, [1978] F.C.J. No. 201 (T.D.) (QL); *Gulf Oil Canada Ltd. v. National Harbours Board*, T-1478-71, Kerr J., reasons dated 14/9/72, F.C.T.D., not reported; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (T.D.) (QL); *Queen (The) in right of Canada and Lynnwood Marinaland Ltd., Re* (1971), 20 D.L.R. (3d) 589 (B.C.C.A.).

##### NOT FOLLOWED:

*Golden Acres Ltd. v. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123 (F.C.T.D.); *Rodgers et al. v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164 (F.C.T.D.); *Morin et al. v. Canada* (1996), 114 F.T.R. 141 (F.C.T.D.).

##### DISTINGUISHED:

*Leighton et al. v. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198 (F.C.T.D.).

##### REFERRED TO:

*Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; 62 O.A.C. 35 (Ont. Div. Ct.); *Montreal Trust Co. v. Spendthrift Holdings Ltd.*, [1984] O.J. No. 296 (H.C.) (QL); *Burrard Dry Dock Co. v. Canada*, [1974] F.C.J. No. 417 (T.D.) (QL).

#### AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, “improved land”, “improvement”.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Bullock's, Inc. v. Security-First Nat. Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958); *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *Canada c. Cascade Inn Ltd.*, [1978] A.C.F. n° 201 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Gulf Oil Canada Ltd. c. Conseil des ports nationaux*, T-1478-71, le juge Kerr, motifs en date du 14-9-72, C.F. 1<sup>re</sup> inst., non publié; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Queen (The) in right of Canada and Lynnwood Marinaland Ltd., Re* (1971), 20 D.L.R. (3d) 589 (C.A.C.-B.).

##### DÉCISIONS NON SUIVIES:

*Golden Acres Ltd. c. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Rodgers et al. c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Morin et al. c. Canada* (1996), 114 F.T.R. 141 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Leighton et al. c. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; 62 O.A.C. 35 (C. div. Ont.); *Montreal Trust Co. v. Spendthrift Holdings Ltd.*, [1984] O.J. No. 296 (H.C.) (QL); *Burrard Dry Dock Co. c. Canada*, [1974] A.C.F. n° 417 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

#### DOCTRINE

*Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, «improved land», «improvement».

APPEAL from a Trial Division decision ((1997), 137 F.T.R. 1) determining the method of valuing Aboriginal reserve lands which are the subject of a long-term lease requiring the rent to be periodically reassessed at an annual rent of 6% of the "current land value". Appeal allowed in part.

APPEARANCES:

*Darrell W. Roberts and Lisa Fong* for appellants.

*Timothy J. Maledy and Julie D. Fisher* for respondents (other than James A. and Diane R. Forsythe).

SOLICITORS OF RECORD:

*Roberts & Griffin*, Vancouver, for appellants.  
*Watson Goepel Maledy*, Vancouver, for respondents (other than James A. and Diane R. Forsythe).

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

[1] SEXTON J.A.: The main issue in this appeal involves determining the correct method of valuing Aboriginal reserve lands which are the subject of a long-term lease that requires the rent to be periodically reassessed at an annual rent of 6% of the "current land value". Should the fact that the lands are reserve lands justify valuing them at one half of what they would be worth if they were not on a reserve? For the reasons which follow, I would interpret the lease as meaning that the lands should be valued as lands held in fee simple with no reduction for what has been termed the "Indian reserve factor".

Facts

[2] This is an appeal from a decision of the Federal Court Trial Division, rendered on October 10, 1997 [(1997), 137 F.T.R. 1], which determined the annual fair rent for the 20-year period commencing June 8,

APPEL d'une décision de la Section de première instance ((1997), 137 F.T.R. 1) déterminant la méthode d'évaluation de terres des réserves indiennes faisant l'objet d'un bail à long terme en vertu duquel le loyer annuel doit être réévalué périodiquement au taux de 6 % de la «valeur courante du terrain». Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU:

*Darrell W. Roberts et Lisa Fong* pour les appelants.

*Timothy J. Maledy et Julie D. Fisher* pour les intimés (sauf James A. et Diane R. Forsythe).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Roberts & Griffin*, Vancouver, pour les appelants.  
*Watson Goepel Maledy*, Vancouver, pour les intimés (sauf James A. et Diane R. Forsythe).

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

[1] LE JUGE SEXTON, J.C.A.: La principale question soulevée dans le présent appel consiste à déterminer la méthode qu'il convient d'utiliser pour évaluer les terres des réserves indiennes qui font l'objet d'un bail à long terme aux termes duquel le loyer annuel doit être réévalué périodiquement au taux de 6 % de la «valeur courante du terrain». Le fait que les terrains sont situés sur une réserve justifie-t-il de les évaluer à la moitié de ce qu'ils vaudraient s'ils étaient situés à l'extérieur de celle-ci? Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'interpréter le bail comme signifiant que les terrains doivent être évalués comme des terrains détenus en pleine propriété sans application de la réduction désignée sous l'expression de «facteur applicable à une réserve indienne».

Les faits

[2] Il s'agit d'un appel d'une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale, qui a été rendue le 10 octobre 1997 [(1997), 137 F.T.R. 1], et qui a déterminé le juste loyer annuel pour la période

1995, for 75 lots located in Musqueam Park on Musqueam Indian Reserve No. 2 in southwest Vancouver. The lots in question, which are located near the University of British Columbia and a golf course, are large in size. They are described by the learned Trial Judge as being in “one of the most attractive and desirable locations in Vancouver”.

[3] In comprehensive reasons, the Trial Judge gave a thorough review of the facts of this case, which I do not intend to repeat here. Rather, I provide below, a short summary of the facts necessary to the resolution of the issues in this appeal.

[4] The lots in question comprise an area of roughly 40 acres that were surrendered for the purpose of lease to Her Majesty the Queen on February 17, 1960, by the Musqueam Indian Band (the Band). This surrender was accepted on April 20, 1961, under which the Crown was authorized to lease the land in accordance with the Act and terms of surrender, pursuant to section 53 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149. On June 8, 1965, Her Majesty the Queen entered into a “Master Agreement” with a private developer (Musqueam Development Company Limited), of no relation to the Band, which obligated the developer to subdivide the land and to install services. The developer was to receive leases for each of the subdivided plots, once the land was developed. The developer filed the plan of subdivision on December 15, 1965, and services were provided to the lots in 1966. Thus, the developer received leases for each subdivided lot, which were in accordance with the “Draft Lease (Residential)” that was appended to the Master Agreement. The developer then assigned the leases for each subdivided plot to individuals for residential use.

[5] An example of the typical rent review provision at issue is provided below:

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

de 20 ans commençant le 8 juin 1995, pour les 75 lots situés dans le parc Musqueam sur la réserve indienne n° 2 de Musqueam au sud-ouest de Vancouver. Les lots en question, qui sont situés à proximité de la University of British Columbia et d'un terrain de golf, ont une grande superficie. Ils sont décrits par le juge de première instance comme étant «l'un des endroits les plus attrayants et les plus agréables de Vancouver».

[3] Dans des motifs très détaillés, le juge de première instance a fait une analyse exhaustive des faits de la cause, que je n'ai pas l'intention de reprendre ici. Je donnerai plutôt ci-dessous un bref résumé des faits qui sont essentiels au règlement des questions soulevées dans le présent appel.

[4] Les lots en question couvrent une superficie d'environ 40 acres qui ont été cédées à Sa Majesté la Reine le 17 février 1960 par la bande indienne de Musqueam (la bande indienne) à des fins de location. Cette cession a été acceptée le 20 avril 1961 et prévoyait que Sa Majesté était autorisée à louer les terrains conformément à la Loi et aux conditions de la cession, aux termes de l'article 53 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149. Le 8 juin 1965, Sa Majesté la Reine a conclu une «entente cadre» avec un promoteur privé (Musqueam Development Company Limited), non liée à la bande indienne de Musqueam, qui obligeait le promoteur à faire un plan de lotissement du terrain et à y fournir des services. Le promoteur devait recevoir des baux pour chacun des lots, une fois qu'ils auraient été viabilisés. Il a déposé le plan de lotissement le 15 décembre 1965, et les services ont été fournis en 1966. Ainsi donc, le promoteur a reçu des baux pour chacun des lots conformément au «projet de bail (résidentiel)», qui était joint en annexe à l'entente cadre. Le promoteur a ensuite cédé chaque bail à des particuliers à des fins résidentielles.

[5] Voici un exemple type de la clause de révision du loyer qui est en cause en l'espèce:

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

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

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

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

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

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

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

[6] It is common ground that section 2 of the typical lease is virtually identical to section 15 of the Master Agreement, which is provided below:

15(2) The rent for each year of the three succeeding twenty (20) year periods and for the final nine (9) year period of the term hereof, shall be a fair rent for the land comprised in each of such leases negotiated immediately before the commencement of each such period. In conducting such negotiations the parties shall assume that, at the time of such negotiations, the lands are

- a) unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement;

a) pour chaque année de la première période de dix ans, un montant de 298 \$;

b) pour chaque année de la deuxième période de dix ans, un montant de 343,75 \$;

c) pour chaque année de la troisième période de dix ans, un montant de 375 \$;

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

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

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

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

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

[6] Il est bien établi que l'article 2 de ce bail type est pratiquement identique à l'article 15 de l'entente cadre qui est rédigé dans les termes suivants:

15(2) Le loyer relatif à chaque année des trois périodes successives de vingt (20) ans et à chaque année de la dernière période de neuf (9) ans correspond à un juste loyer relatif au terrain visé dans chacun des baux négociés immédiatement avant le début de chacune de ces périodes. Dans le cadre de ces négociations, les parties présument que, à la date desdites négociations, les terrains sont

- a) des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de l'entente;

- b) lands to which there is public access;
- c) lands in a subdivided area, and
- d) land which is zoned for single family residential use,

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

15(3) In the event the Minister and the Lessee or its assignees cannot reach agreement on the rents to be paid in any of the Leases, for any of the succeeding periods as provided in subparagraph (2) above, the question shall be determined under the authority of paragraph (g) of subsection (1) of Section 18 of the Exchequer Court Act.

15(4) An annual clear total rental which represents six percent (6%) of the current land value, calculated at the time of renegotiation, and on the basis set out in subparagraph (2) hereof, shall be regarded as a "fair rent" for the purposes thereof.

[7] The typical lease provides that the land is subject to a 99-year leasehold commencing on June 8, 1965. The rent for the first three 10-year periods is set in the lease. It should be noted that the amount of rent for this initial period is set at \$298-\$375 per year. The method used to arrive at this rent is not in evidence. For the 20-year period commencing June 8, 1995, and for the two 20-year periods thereafter, as well as for the final nine-year period, the lease specified that the annual rent was to be 6% of the "current land value".

[8] At the heart of this dispute is the difference in the opinion of the parties over the meaning of "current land value". The lease specifies that the resolution of any differences between the parties in this regard are to be settled in court.

[9] At trial, the parties presented very different assessments of the "current land value". The appellants presented two experts, Mr. Johnston and Mr. Grant, who used the method of direct comparison with similar off-reserve fee simple land to value the average lot at \$712,500 and \$607,000 respectively. The respondents' expert, Mr. Oikawa, taking into account the Aboriginal character of the land, used the land residual method and found the value of the average lot

- b) des terrains comportant une voie d'accès publique;
- c) des terrains se trouvant dans une zone lotie;
- d) des terrains zonés pour la construction résidentielle de maisons unifamiliales,

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

15(3) Si le ministre et le preneur à bail ou les cessionnaires de celui-ci ne peuvent s'entendre sur les loyers à payer à l'égard de l'un ou l'autre des baux pour une des périodes successives selon le paragraphe (2) qui précède, la question sera tranchée en application de l'alinéa 18(1)g) de la Loi sur la Cour de l'Échiquier.

15(4) Un loyer annuel total net représentant six pour cent (6 %) de la valeur courante du terrain, calculé à la date des nouvelles négociations conformément à la méthode énoncée au paragraphe (2) des présentes, est considéré comme un «juste loyer» aux fins des présentes.

[7] Le bail type stipule que le terrain fait l'objet de baux de 99 ans qui sont entrés en vigueur le 8 juin 1965. Le loyer pour chacune des trois premières périodes de dix ans est établi dans les baux. Il convient de noter que le montant du loyer annuel pour cette période initiale se situe entre 298 \$ et 375 \$. La méthode utilisée pour déterminer ce loyer n'a pas été déposée en preuve. Pour la période de 20 ans commençant le 8 juin 1995, et pour les deux périodes ultérieures de 20 ans, de même que pour la dernière période de neuf ans, le bail précise que le loyer annuel équivalra à 6 % de la «valeur courante du terrain».

[8] Le présent litige porte essentiellement sur les divergences d'opinions des parties au sujet du sens de l'expression «valeur courante du terrain». Le bail précise que le règlement de tout différend entre les parties à cet égard doit être tranché par les tribunaux.

[9] En première instance, les parties ont présenté des estimations très différentes de la «valeur courante du terrain». Les appelants ont présenté deux experts, MM. Johnston et Grant, qui ont utilisé la technique de la parité avec des pleines propriétés semblables situées à l'extérieur de la réserve pour en arriver à fixer la valeur du lot moyen à 712 500 \$ et 607 000 \$ respectivement. L'expert des intimés, M. Oikawa, tenant compte du fait qu'il s'agit de terres indiennes, a utilisé

in its unserviced form was \$134,000. With the appellants' appraisal roughly five times the amount of the respondents', it is obvious that the parties have very different ideas on the meaning of "current land value".

[10] The Trial Judge [at page 15] accepted the respondents' position that "current land value" meant the value of a "99-year leasehold on the Musqueam Indian Reserve No. 2 unaffected by the terms of the current leases except for the prescribed assumptions in s. 2(2) of the current leases." Thus he rejected the appellants' view that "current land value" meant the fee simple value of the land.

[11] To assess the "current land value" as he construed it, and in the absence of adequate data relating to transactions on the reserve, the Trial Judge found it necessary to refer to the value of fee simple land located outside of Musqueam Park to generate a starting figure for the determination of the value of the Musqueam lots. He first concluded that Mr. Grant had arrived at a fair valuation of the off-reserve value of the lots through the direct comparison method. Indeed, Mr. Oikawa conceded that Mr. Grant had fairly employed this method to determine the hypothetical fee simple value of the Musqueam lots.

[12] The Trial Judge concluded that the evidence demonstrated that there was no material difference between the value of a long-term lease (valued at the commencement of the lease) and a fee simple. Thus the fact that the estate being valued was a 99-year leasehold rather than a freehold estate did not materially affect the "current land value". He concluded however, that the Musqueam lots would have a lower value than similar fee simple land, not on account of the leasehold feature, but on account of the "Indian reserve feature" of the land.

la technique résiduelle du terrain et a conclu que la valeur du lot moyen non viabilisé était de 134 000 \$. L'estimation des appelants étant à peu près cinq fois plus élevée que celle des intimés, il est manifeste que les parties se font une opinion très différente du sens qu'il convient de donner à l'expression «valeur courante du terrain».

[10] Le juge de première instance [à la page 15] a accepté la position des intimés selon laquelle la «valeur courante du terrain» désignait la valeur d'un «droit de tenure à bail de 99 ans sur la réserve indienne n° 2 de Musqueam, lequel droit n'est pas touché par les conditions des baux actuellement en vigueur, sauf en ce qui a trait aux présomptions prescrites au paragraphe 2(2) des baux en question». Il a donc rejeté l'opinion des appelants selon laquelle la «valeur courante du terrain» désignait la valeur du terrain détenu en pleine propriété.

[11] Pour évaluer la «valeur courante du terrain» selon son interprétation, et en l'absence de données appropriées ayant trait aux transactions ayant été faites sur la réserve, le juge de première instance a jugé nécessaire de se référer à la valeur des pleines propriétés situées à l'extérieur du parc Musqueam afin d'obtenir une donnée de base lui permettant de déterminer la valeur des lots de Musqueam. Il a tout d'abord conclu que M. Grant en était arrivé à une juste évaluation de la valeur des lots situés en dehors de la réserve en utilisant la technique de la parité. En fait, M. Oikawa a concédé que M. Grant avait utilisé équitablement cette technique pour déterminer la valeur hypothétique des lots de Musqueam détenus en pleine propriété.

[12] Le juge de première instance a conclu que la preuve démontrait qu'il n'y avait pas de différence substantielle entre la valeur d'un bail à long terme (estimée au début du bail) et celle d'une pleine propriété. Ainsi donc, le fait que la propriété à évaluer faisait l'objet d'un droit de tenure à bail de 99 ans plutôt que d'être une propriété franche ne modifiait pas substantiellement la «valeur courante du terrain». Toutefois, il a conclu que les lots de Musqueam devaient avoir une valeur inférieure à une pleine propriété similaire, non pas à cause du droit de tenure

[13] He found that the evidence demonstrated that Aboriginal land was worth less than fee simple land because of issues of taxation, servicing and uncertainty of the Aboriginal interest, due to the possibility of Aboriginal self-government and Aboriginal unrest in the area. He found that the appraisal evidence on the whole indicated that the leasehold of the Musqueam lots, because of its "Indian reserve feature", was worth between 40% to 70% of the fee simple value of similar off-reserve lots. The Trial Judge preferred Mr. Oikawa's evidence toward the lower end of the range and relied on Mr. Oikawa's estimates generated by the land residual method, which found that comparable reserve land in Salish Park was worth roughly \$305,000 less than similar fee simple land. He considered this to be evidence that the discount on Aboriginal land should be approximately 50%.

[14] Recognizing that the value of the land could not be determined precisely, the Trial Judge rounded Mr. Grant's figure of \$607,000 for the fee simple value of the average lot to \$600,000.<sup>1</sup> Based on Mr. Oikawa's evidence, he discounted this figure by 50% to account for the fact it was reserve land. Thus the Trial Judge found the value of the average Musqueam lot in its serviced state was \$300,000.

[15] Finally, the Trial Judge found upon a proper construction of the rental provision of the lease agreement that the land was to be valued in its unserviced form. Based on this finding, he had to reduce the average value of the serviced land by the cost of the servicing. The Trial Judge accepted Mr. Oikawa's uncontradicted evidence as to the cost of these services, after correcting the calculation to

à bail, mais plutôt du fait que le lot était situé sur une réserve indienne.

[13] Il a aussi conclu que la preuve démontrait que les terres indiennes avaient une valeur inférieure à des terrains détenus en pleine propriété à cause de questions de fiscalité et de viabilité et de l'incertitude du titre autochtone, résultant de la possibilité que les Autochtones parviennent à l'autonomie gouvernementale et de l'agitation connue sur les réserves indiennes de la région. Il a déclaré que, dans l'ensemble, la preuve relative à l'estimation indiquait que le droit de tenure à bail afférent aux lots de Musqueam, du fait que ceux-ci sont situés sur une réserve indienne, valait entre 40 % et 70 % de la valeur de lots détenus en pleine propriété comparables situés à l'extérieur d'une réserve. Le juge de première instance a préféré le témoignage de M. Oikawa qui concluait à une valeur inférieure par rapport aux autres estimateurs et il s'est appuyé sur les estimations que ce dernier a obtenues au moyen de la technique résiduelle du terrain, et selon laquelle il a été déterminé que des terres de la réserve situées dans le parc Salish valaient approximativement 305 000 \$ de moins qu'une pleine propriété comparable. Il a jugé que cela constituait la preuve que la réduction applicable à des terres indiennes devait être d'environ 50 %.

[14] Reconnaissant que la valeur du terrain ne pouvait être déterminée avec précision, le juge de première instance a arrondi à 600 000 \$<sup>1</sup> l'estimation de 607 000 \$ à laquelle M. Grant était parvenu pour la valeur du lot moyen détenu en pleine propriété. En s'appuyant sur le témoignage de M. Oikawa, il a réduit ce chiffre de 50 % pour tenir compte du fait qu'il s'agissait de terres situées sur une réserve. Le juge de première instance a donc établi la valeur du lot moyen viabilisé de Musqueam à 300 000 \$.

[15] Finalement, le juge de première instance a jugé, d'après une interprétation appropriée de la clause de location du bail, que les terrains devaient être évalués avant d'avoir été viabilisés. À partir de cette conclusion, il a dû réduire la valeur moyenne des terrains viabilisés en soustrayant les frais de service. Le juge de première instance a accepté le témoignage non contredit de M. Oikawa portant sur le coût de ces

correspond with his higher valuation of the lots in their serviced form. Thus he deducted the cost of servicing from the fee simple values of the serviced lots to arrive at their final value in their unserviced form. As prescribed by the lease, 6% of this final result for the “current land value” represented the annual fair rent for the property.

### Issues

[16] The appeal raises the following two issues:

I. Are the words “current land value” in the rent review clause of the leases to be interpreted as referring to the value of a fee simple estate in land or to the value of a 99-year leasehold interest of reserve land?

II. Does the lease require that the costs of servicing and development be deducted from the fee simple value of the lots to determine “current land value”?

I. Are the words “current land value” in the rent review clause of the leases to be interpreted as referring to the value of a fee simple estate in land or to the value of a 99-year leasehold interest of reserve land?

[17] The crux of this case is a question of construction, focusing specifically on the meaning of the words “current land value” used in subsection 2(4) of the lease agreements. Subsection 2(4) states:

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

[18] The appellants have argued that the Trial Judge erred in construing “current land value” to mean the value of a 99-year leasehold on the Musqueam Indian Reserve No. 2 rather than the value of the land as

services, après avoir corrigé ces calculs pour les faire correspondre à son évaluation plus élevée des lots viabilisés. Il a donc soustrait les frais de service de la valeur des lots viabilisés détenus en pleine propriété pour parvenir à leur valeur finale en tant que lots non viabilisés. Comme le prévoit le bail, le juste loyer annuel pour la propriété équivaut à 6 % de ce résultat final qui représente en fait la «valeur courante du terrain».

### Les questions en litige

[16] Le présent appel soulève les deux questions suivantes:

I. L’expression «valeur courante du terrain» dans la clause de révision du loyer des baux doit-elle être interprétée comme étant la valeur d’une pleine propriété ou la valeur d’un droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres d’une réserve?

II. D’après le bail, les frais de service et de mise en valeur doivent-ils être soustraits de la valeur des lots détenus en pleine propriété pour déterminer la «valeur courante du terrain»?

I. L’expression «valeur courante du terrain» dans la clause de révision du loyer des baux doit-elle être interprétée comme étant la valeur d’une pleine propriété ou la valeur d’un droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres d’une réserve?

[17] La présente affaire est essentiellement une question d’interprétation, portant expressément sur le sens de l’expression «valeur courante du terrain» utilisée au paragraphe 2(4) des baux. Ce paragraphe est rédigé dans les termes suivants:

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

[18] Les appelants font valoir que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que l’expression «valeur courante du terrain» signifiait la valeur d’un droit de tenure à bail de 99 ans dans la

freehold. With all due respect to the Trial Judge's careful consideration of this issue, I am of the view that the appellants' position must be sustained.

[19] I agree with appellants' counsel when he contends that the reference to "current land value" means that the Band is entitled to receive as rent, 6% of the fee simple value of the land. In my view, having regard to the whole of the contract and its entire context, this was the intention of the parties. In coming to his conclusion, the learned Trial Judge focused on the interest vested in the leaseholder as opposed to valuing the land itself. In doing so, he departed from the plain meaning of the terms of the provision. If the parties intended to value the interest of the lessee, then in the rent review clause, rather than using the chosen words "current land value", they could have used the words "current leasehold value" or, similar to *Leighton et al. v. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198 (F.T.C.D.), "the value of the land leased on the terms and conditions contained in this lease".

[20] It should be noted at the outset that the evidence demonstrates that it is common in long-term leases to use a percentage of land value to determine annual rent. This approach is often employed by a lessor to ensure that the rent represents the true return negotiated by the parties on the market value of the land. It reflects the fact that the lessor could sell the land at its current land value and reinvest the proceeds at market rates of interest, if not subject to a long-term lease.

[21] The long-standing practice in this approach is to value the land at its fee simple value. This was confirmed at trial by Mr. Johnston, the appellants' appraiser, who explained the purpose of using a percentage return in the following manner:

The underlying rationale is a return on the value of the investment, and I think in almost every case I've seen where that methodology is employed, the value referred to is the

réserve indienne n° 2 de Musqueam, plutôt que la valeur d'une propriété franche. En toute déférence pour l'examen approfondi que le juge de première instance a fait de cette question, je suis d'avis qu'il faut maintenir la position des appelants.

[19] Je suis d'accord avec l'avocat des appelants qui prétend que la «valeur courante du terrain» signifie que la bande a le droit de recevoir, à titre de loyer, 6 % de la valeur de la pleine propriété. À mon avis, d'après l'ensemble du contrat et son contexte global, telle était l'intention des parties. Pour parvenir à sa conclusion, le juge de première instance a mis l'accent sur le droit conféré au preneur à bail, au lieu d'évaluer le terrain lui-même. En agissant ainsi, il s'est écarté du sens ordinaire des termes de la clause. Si les parties avaient l'intention d'évaluer le droit du preneur à bail, alors dans la clause de révision du loyer, plutôt que d'utiliser les mots «valeur courante du terrain», elles auraient pu utiliser les mots «valeur courante de la propriété à bail» ou, comme dans l'affaire *Leighton et al. c. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), «la valeur des «terres louées selon les modalités du présent bail».

[20] Il convient de noter dès le début que la preuve démontre qu'il est depuis longtemps d'usage dans les baux à long terme d'utiliser un pourcentage de la valeur du terrain pour déterminer le loyer annuel. Cette méthode est souvent employée par le bailleur pour s'assurer que le loyer représente fidèlement le rendement négocié par les parties sur la valeur marchande du terrain. Elle tient compte du fait que le bailleur pourrait vendre le terrain à sa valeur courante et réinvestir le produit aux taux d'intérêt en vigueur, si le terrain ne faisait pas l'objet d'un bail à long terme.

[21] La technique utilisée de longue date consiste à évaluer le terrain comme une pleine propriété. C'est ce qu'a confirmé à l'instruction M. Johnston, l'estimateur des appelants, qui a expliqué de la manière suivante quel était le but d'utiliser un rendement en pourcentage:

[TRADUCTION] La raison d'être fondamentale est d'obtenir un rendement sur la valeur d'un investissement, et je pense que dans presque tous les cas où j'ai vu cette technique

fee simple value of the land, and when it's not it's generally spelled out carefully what is involved.

[22] The appellants' view of the meaning of "current land value" is consistent with the adoption of a formula based on the market value of the land to determine the rent. It seems clear that the reason this formula was adopted was to generate an annual fair rent, in terms of a return on a capital asset. The return on this investment is fixed at 6%, but the rent provision accounts for fluctuation in the value of the asset, reflecting the fact that the Band anticipated that its value would vary over time. The intention of the Band must have been to receive a fair but conservative return on the value of its capital investment in return for the security that comes with a long-term lease.

[23] I find support in my view from the statement in *Bullock's, Inc. v. Security-First Nat. Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958). The following passage at pages 188-189 of *Bullock* was cited in *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (Ont. Div. Ct.) [at page 181] as applicable in rent review cases:

The lease calls for a determination of the value of the land, not the value of the use of the land for any particular purpose. The entire context shows that the parties had in mind the property's worth rather than its utility for a given purpose. The issue should not be confused by the fact that the actual annual rent figure is obtained by taking five per cent of the appraised value. It is obvious from the rental provisions that the parties were contracting for the lessors to receive as rent a fixed percentage return on the value of the land, such value to be redetermined every ten years. . . . From the method of calculation which the parties agreed upon it may reasonably be inferred that they were thinking in terms of interest rate on a capital investment. They fixed the net rate of return on the lessor's investment at five per cent, but they also provided for fluctuation in the value of such investment. They realized that this capital asset might fluctuate in value from time to time and therefore provided for periodic reevaluation in order that the lessors might continue to receive a five percent return on the value of their investment. When the parties referred to the "value" of the land in question they meant its monetary worth or marketable price—i.e. its *market value*.

utilisée, la valeur de référence est la valeur d'une pleine propriété, et quand ce n'est pas le cas, on précise généralement de façon très explicite quelle est la valeur à utiliser.

[22] La position des appelants sur le sens de l'expression «valeur courante du terrain» est compatible avec l'adoption d'une formule basée sur la valeur marchande du terrain dont il faut déterminer le loyer. Il semble manifeste que cette formule a été adoptée dans le but de parvenir à un juste loyer annuel, en termes de rendement sur une immobilisation. Le rendement de cet investissement est fixé à 6 %, mais la clause de loyer tient compte d'une fluctuation possible de la valeur de l'actif, ce qui indique que la bande avait prévu que sa valeur pourrait varier avec le temps. La bande devait donc avoir l'intention de s'assurer un rendement équitable mais modéré sur la valeur de ses investissements en échange de la sécurité que procure un bail à long terme.

[23] Mon opinion est appuyée par le raisonnement énoncé dans *Bullock's, Inc. v. Security-First Nat. Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958). Le passage suivant de *Bullock*, tiré des pages 188 et 189, a été cité dans la décision *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (C. div. Ont.) [à la page 181] comme étant applicable dans les cas de révision des loyers:

[TRADUCTION] Le bail prévoit la détermination de la valeur du terrain, et non pas de la valeur de l'utilisation du terrain à une fin particulière. Tout le contexte révèle que les parties avaient à l'esprit la valeur de la propriété plutôt que son utilisation à une fin donnée. Il ne faut pas se laisser confondre par le fait que le loyer annuel réel est obtenu en calculant cinq pour cent de la valeur estimative. Il ressort clairement des clauses de location que les parties ont convenu que les bailleurs toucheraient comme loyer un pourcentage fixe sur la valeur du terrain, cette valeur devant être redéterminée tous les dix ans [. . .] D'après la méthode de calcul acceptée par les parties, on peut raisonnablement déduire qu'elles envisageaient leur rendement comme un taux d'intérêt sur un investissement. Elles ont fixé le taux net du rendement sur l'investissement du bailleur à cinq pour cent, mais elles ont également prévu que la valeur de cet investissement pourrait fluctuer. Elles se sont rendu compte que la valeur de cette immobilisation pouvait fluctuer de temps à autre, et par conséquent, elles ont prévu une réévaluation périodique afin que les bailleurs puissent continuer de toucher un rendement de cinq pour cent sur la valeur de leur investissement. Quand les parties faisaient

[24] What then can be said to be the intention of the parties? It is not debatable that the Band, if not involved in a long-term lease, could choose to surrender the land to the Crown for sale. The Crown would then be under a fiduciary duty to sell the land at the best price it could find. This value would surely be the fee simple value of the land.

[25] Given this fact, it is extremely doubtful that the Band would enter a long-term lease if the effect of its doing so would be to devalue the worth of its own asset, thereby lowering the return it receives on the asset. Under this scenario, the Band would be foolish not to sell the land for its full value and reinvest the proceeds at the going rate.

[26] The respondents propose a construction of the lease under which the Band would receive less compensation than if they simply sold the land and invested the money. To accept that this was within the contemplation of the parties is dubious at best and, in my view, strongly militates against adopting the respondents' construction of "current land value" as the value of a 99-year leasehold of reserve land.

[27] The Trial Judge wrestled with this point. He found that "there is no suggestion in the leases that the 'current land value' refers to anything other than the actual value of the land which forms the subject of the leases" (see page 11). This is similar to the view of Justice Reid in the case of *Montreal Trust Co. v. Spendthrift Holdings Ltd.*, [1984] O.J. No. 296 (H.C.) (QL) where it was found that it was the "bare land" that was to be valued. However, as has been seen, the Trial Judge departs from this view by valuing a 99-year leasehold interest in reserve land rather than the "bare land" itself.

référence à la «valeur» du terrain en question, elles songeaient à sa valeur pécuniaire ou à son prix sur le marché, c'est-à-dire sa *valeur marchande*.

[24] Alors, quelle était l'intention des parties? On ne peut contester que la bande, si elle n'était pas partie à un bail à long terme, pourrait choisir de céder le terrain à Sa Majesté à des fins de vente. En vertu de son obligation de fiduciaire, Sa Majesté devrait alors vendre le terrain au meilleur prix qu'elle pourrait obtenir. Cette valeur équivaldrait certainement à la valeur du terrain détenu en pleine propriété.

[25] Compte tenu de ce fait, je doute fort que la bande aurait conclu un bail à long terme si cette décision avait eu pour effet de dévaluer la valeur de son propre actif, réduisant par le fait même le rendement qu'elle touche sur l'actif. D'après ce scénario, ce serait pure folie de la part de la bande de ne pas vendre le terrain à sa pleine valeur afin de réinvestir le produit aux taux en vigueur.

[26] Les intimés proposent une interprétation du bail selon laquelle la bande toucherait une compensation moindre que si elle avait simplement vendu le terrain et investi le produit de cette vente. Accepter que telle était l'intention des parties est au mieux discutable et, à mon avis, cela nous incite fortement à ne pas adopter l'interprétation que donnent les intimés de l'expression «valeur courante du terrain» comme étant la valeur d'un droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres d'une réserve.

[27] Le juge de première instance a débattu ce point. Il a conclu qu'«il n'est nullement sous-entendu dans les baux que la "valeur courante du terrain" renvoie à autre chose que la valeur réelle du terrain visé par les baux en question» (voir la page 11). Cette opinion est similaire à l'opinion du juge Reid dans la décision *Montreal Trust Co. v. Spendthrift Holdings Ltd.*, [1984] O.J. n° 296 (H.C.) (QL) dans laquelle on a conclu que c'était le «terrain nu» qui devait être évalué. Toutefois, comme on l'a déjà vu, le juge de première instance s'écarte de cette opinion en évaluant le droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres de la réserve plutôt que le «terrain nu» lui-même.

Analysis of the findings of the Trial Judge

[28] The learned Trial Judge came to his conclusion that the estate to be valued was a 99-year leasehold of reserve land largely based on his analysis of the unique nature of Aboriginal title. The Trial Judge correctly noted that section 2 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149 establishes that legal title to reserve land is vested in the Crown, for the use and benefit of a band. Thus the Crown's title in reserved land is not an unfettered estate but is encumbered by the burden of the Aboriginal interest. He recognized that under section 39 of the Act, a band can surrender its land to the Crown for sale. Finally, he noted that any surrender was subject to the consent of the Governor in Council.

[29] Based on this analysis, he drew a distinction between fee simple land and Aboriginal land. Thus at page 14 he states:

These provisions of the **Indian Act** have the effect that neither the interest of the Crown nor that of the Indians in reserve land can be equated to a freehold estate in fee simple. There is only one way in which reserve land could be truly comparable to freehold land held in fee simple. That is by way of an absolute surrender to the Crown for the purposes of sale, pursuant to ss. 37 to 39 of the **Indian Act**. However, an absolute surrender extinguishes the Indians' interest in the land and causes the land to lose its character as land reserved for Indians. Upon absolute surrender, such land is no longer reserve land.

The learned Trial Judge correctly recognized that the Band could choose to sell its land by surrendering it for that purpose. Once surrendered, it is comparable to freehold land. However, his concern over the fact that under this scenario the land would lose its Aboriginal character is misplaced. The fact that reserve land surrendered for the purpose of sale loses its Aboriginal character is consistent with the fact that in the sale of any fee simple land, once the owner sells the land, the land is no longer affected by a previous ownership. The Trial Judge has simply recognized the principle

Analyse des conclusions du juge de première instance

[28] Le juge de première instance en est venu à la conclusion que la propriété à évaluer était un droit de tenure à bail de 99 ans afférent aux terres d'une réserve en fondant largement son analyse sur le caractère unique du titre autochtone. Le juge de première instance a correctement fait observer que l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, établit que le titre de propriété légal des terres des réserves est dévolu à Sa Majesté, que celle-ci doit utiliser ces terres à l'usage et au profit d'une bande. Donc, le titre de propriété de Sa Majesté sur les terres des réserves n'est pas absolu puisqu'il est assujéti au droit des Autochtones. Il reconnaît qu'en vertu de l'article 39 de la Loi, une bande peut céder ses terres à Sa Majesté à des fins de vente. Finalement, il note que toute cession n'est valide que si elle est acceptée par le gouverneur en conseil.

[29] À partir de cette analyse, il établit une distinction entre un domaine détenu en pleine propriété et des terres indiennes. À la page 14, il déclare ceci:

En raison de ces dispositions de la **Loi sur les Indiens**, ni le droit de Sa Majesté non plus que celui des Indiens sur les terres des réserves ne peuvent être considérés comme l'équivalent d'un domaine franc ou d'un domaine détenu en fief simple. Il n'y a qu'un seul cas où les terres des réserves peuvent vraiment se comparer aux propriétés franches détenues en fief simple. Il s'agit du cas où la propriété est cédée de façon absolue à Sa Majesté à des fins de vente, conformément aux articles 37 à 39 de la **Loi sur les Indiens**. Cependant, la cession absolue a pour effet d'éteindre le droit des Indiens sur la terre, de sorte que celle-ci n'est plus considérée comme une terre réservée aux Indiens. Lors de la cession absolue, cette terre n'est plus une terre réservée.

Le juge de première instance a reconnu à bon droit que la bande aurait pu choisir de vendre ses terres en les cédant à cette fin. Une fois cédées, les terres auraient pu être comparées à des terres franches. Toutefois, la préoccupation qu'il entretient au sujet du fait que, selon ce scénario, les terres perdraient leur caractère de terres réservées aux Indiens est hors de propos. Le fait que les terres des réserves cédées à des fins de vente perdent leur caractère de terres réservées aux Indiens est compatible avec le fait que, dans le cas d'une vente d'une pleine propriété, une fois que le

that through surrender, Aboriginals are entitled to sell reserve land, like any owner of fee simple land. The fact that land surrendered for sale by Aboriginals no longer retains its Aboriginal character is consistent with principles of real estate law.

[30] The Trial Judge relies on the inalienability and the *sui generis* nature of the Aboriginal interest in reserve land to distinguish it from freehold land. However, in my view, this is not relevant to the valuation of the current land value for purposes of rent review. It ignores the fact that together, through surrender, the Crown and the Band can deliver fee simple title in the land. Both, of course, are plaintiffs in this case.

[31] Accordingly, I cannot agree with the emphasis the learned Trial Judge placed on his conclusion found at page 14 of his reasons:

In this case, the land was only surrendered for the limited purpose of leasing. Accordingly, it retains its character as land reserved for Indians with all the benefits and limitations flowing from that character . . . . The greatest estate in land which can be granted by the Crown on behalf of the Musqueam Band in accordance with its surrender to the Crown is a long-term leasehold interest.

It is evident that the learned Trial Judge concluded that the estate to be valued is a 99-year leasehold because that was the extent of the interest surrendered by the Aboriginals. In my view, his focus on the nature of the estate granted to the tenant ignores the fact that it was open to the Band to surrender the land for purposes of sale rather than lease.

[32] It must be reinforced that the purpose of using a rent review clause in a long-term lease is to guarantee a return of investment on a capital asset that could be sold. Once the decision has been made to lease the

propriétaire a vendu le terrain, le droit de propriété antérieur s'est éteint. Le juge de première instance a simplement reconnu le principe que, par la cession, les Autochtones ont le droit de vendre les terres des réserves, comme tout propriétaire d'un domaine détenu en pleine propriété. Le fait que les terres cédées à des fins de vente par les Autochtones ne conservent pas leur caractère de terres réservées aux Indiens est fidèle aux principes du droit immobilier.

[30] Le juge de première instance s'appuie sur l'inaliénabilité et le caractère *sui generis* du titre aborigène sur les terres des réserves pour les distinguer des terres franches. Toutefois, à mon avis, ce raisonnement n'est pas pertinent quant à l'évaluation de la valeur courante du terrain pour les fins de la révision du loyer. Il ne tient pas compte du fait qu'ensemble, par voie de cession, Sa Majesté et la bande peuvent délivrer un titre de pleine propriété sur le terrain. Bien entendu, en l'espèce, ces deux parties sont les demandresses.

[31] Par conséquent, je ne peux accepter l'importance que le juge de première instance a accordée à cette conclusion que l'on trouve à la page 14 de ses motifs:

Dans le cas qui nous occupe, le terrain n'a été cédé que dans le but d'être loué. Par conséquent, il demeure une terre réservée aux Indiens et comporte tous les avantages et restrictions découlant de cette nature [. . .] Le droit foncier le plus important que Sa Majesté peut accorder au nom de la bande indienne de Musqueam conformément à l'acte de cession s'y rapportant est un droit de tenure à bail à long terme.

Il est manifeste que le juge de première instance a conclu que l'évaluation à faire portait sur un droit de tenure à bail de 99 ans parce qu'il s'agit là de l'étendue du droit qui a été cédé par les Autochtones. À mon avis, l'accent qu'il a mis sur la nature de la propriété louée au preneur à bail ne tient pas compte du fait qu'il était loisible à la bande de céder les terrains à des fins de vente plutôt qu'à des fins de location.

[32] Il convient de réitérer que le but d'inclure une clause de révision du loyer dans un bail à long terme est de garantir un rendement sur l'investissement d'un bien immobilisé qui pourrait être vendu. Une fois que

asset, the fact that the asset is surrendered for the purpose of leasing rather than selling is irrelevant to the worth of that asset. After the lease terminates, the Band will still have the asset, which they can then sell or lease or use for their own purposes. While the asset was surrendered for the purposes of leasing, it could have been surrendered and sold and thus, the value of the asset for the purpose of determining the lease is not affected by the decision to lease. In my view, the fact that the land could be sold is fatal to the contention that it should be valued at anything other than its freehold value.

[33] In this regard, it is my opinion that with respect, the learned Trial Judge improperly relied on the Supreme Court of Canada's decision in *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335 to support his view. As stated by the Trial Judge at page 12 of his reasons, *Guerin* recognizes the well-accepted principle that Aboriginal title is *sui generis*. However, the Trial Judge seems to take from this case that Aboriginal land should not be valued as fee simple land because of its inalienability. In adopting this position, he seems to overlook the second part of the passage he quoted from Chief Justice Dickson's reasons in *Guerin, supra*, at page 382, where the Chief Justice states:

. . . but it is also true . . . that the interest gives rise upon a surrender to a distinctive fiduciary obligation on the part of the Crown to deal with the land for the benefit of the surrendering Indians. . . . The nature of the Indians' interest is therefore best characterized by its general inalienability, coupled with the fact that the Crown is under an obligation to deal with the land on the Indians' behalf when the interest is surrendered.

[34] In his judgment, the Trial Judge does not place sufficient emphasis on the ability of the Band to surrender its land for sale and on the nature of the land when surrendered. Once surrendered for sale, the Band's interest would no longer be a burden on the Crown's estate and thus any purchaser of the land would receive an unfettered estate in the land, in fee simple.

[35] I find additional support for my view in the recent case of *Delgamuukw v. British Columbia*,

la décision a été prise de louer ce bien, le fait que celui-ci soit cédé à des fins de location plutôt que de vente n'est pas pertinent quant à sa valeur. À l'expiration du bail, le bien appartiendra toujours à la bande, et celle-ci pourra le vendre ou le louer ou l'utiliser à ses propres fins. Le bien a été cédé à des fins de location, mais il aurait tout aussi bien pu être cédé et vendu et c'est pourquoi la valeur qui doit servir à déterminer le loyer n'est pas touchée par la décision de louer. À mon avis, le fait que le terrain puisse être vendu fait échec à la prétention selon laquelle il devrait être évalué autrement qu'à partir de sa valeur comme propriété franche.

[33] À cet égard, je suis d'avis que le juge de première instance s'est appuyé à tort sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, pour justifier sa conclusion. Comme le déclare le juge de première instance à la page 12 de ses motifs, *Guerin* reconnaît le principe bien accepté que le titre autochtone est *sui generis*. Toutefois, le juge de première instance semble conclure de cet arrêt que les terres autochtones ne peuvent être évaluées comme des pleines propriétés à cause de leur inaliénabilité. En adoptant cette position, il ne semble pas avoir tenu compte de la deuxième partie du passage qu'il a cité des motifs du juge en chef Dickson dans l'affaire *Guerin*, précitée, à la page 382, où le juge en chef déclare ceci:

[. . .] mais il est également vrai [. . .] que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées [. . .] Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit.

[34] Dans son jugement, le juge de première instance ne met pas suffisamment d'accent sur la capacité de la bande de céder ses terres à des fins de vente et sur la nature des terres au moment de la cession. Une fois que la bande a cédé son droit à des fins de vente, celui-ci ne peut plus grever la propriété cédée à Sa Majesté et par conséquent tout acquéreur du terrain reçoit un titre de propriété absolu.

[35] Mon opinion est également renforcée par le raisonnement énoncé dans la décision récente

[1997] 3 S.C.R. 1010. In *Delgamuukw*, *supra*, at page 1091, Chief Justice Lamer, speaking for a unanimous Court on the issue of Aboriginal title, reconfirmed the availability of surrender as a means of selling Aboriginal land. He stated:

Finally, what I have just said regarding the importance of the continuity of the relationship between an aboriginal community and its land, and the non-economic or inherent value of that land, should not be taken to detract from the possibility of surrender to the Crown in exchange for valuable consideration.

In my view the “exchange” referred to by the Chief Justice is the fee simple value of the land. This is consistent with the Crown’s obligation to act as a fiduciary when dealing with Aboriginal land and also accords with the view taken in cases involving the lease of Crown lands, which identifies the exchange value of land as its fee simple value (see *Canada v. Cascade Inn Ltd.*, [1978] F.C.J. No. 201 (T.D.) (QL), discussed *infra*).

[36] In sum, the above analysis demonstrates that the parties intended the “current land value” to mean the freehold value of the land. This is consistent with the fact that through surrender, the Band could have delivered a fee simple. The parties negotiated and settled for a return of 6% on the “current land value”. To hold that the land’s value is in any way diminished by the fact that the land is reserve land imports an element into the Aboriginal context which is irrelevant in the present context.

[37] The valuation reflected above is consistent with the approach taken in non-Aboriginal land valuation cases. The proper approach to the valuation of market value for the purposes of rent review was set out by Justice Kerr in *Gulf Oil Canada Ltd. v. National Harbours Board* (14 September 1972), No. T-1478-71 (F.C.T.D.). At page 19, he found that in long-term leases:

*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Dans *Delgamuukw*, précitée, à la page 1091, le juge en chef Lamer, exprimant l’avis unanime de la Cour sur la question du titre autochtone, reconferme la possibilité d’avoir recours à la cession pour vendre des terres réservées aux Autochtones. Il déclare ceci:

Enfin, les remarques que je viens de faire au sujet de l’importance de la continuité du rapport qu’entretient une collectivité autochtone avec ses terres, et la valeur non économique ou intrinsèque de celles-ci ne devraient pas être considérées comme faisant obstacle à la possibilité d’une cession à la Couronne moyennant contrepartie de valeur.

À mon avis, le mot «moyennant» auquel fait référence le juge en chef est la valeur du terrain détenu en pleine propriété. Cela est compatible avec l’obligation qui incombe à Sa Majesté d’agir comme fiduciaire dans les négociations concernant les terres des Indiens et est également conforme à l’opinion adoptée dans des affaires portant sur la location de terres de la Couronne, où la valeur d’échange d’un terrain est sa valeur en tant que pleine propriété (voir *Canada c. Cascade Inn Ltd.*, [1978] A.C.F. n° 201 (1<sup>re</sup> inst.) (QL) discutée ci-dessous).

[36] En résumé, l’analyse précitée démontre que les parties avaient l’intention que l’expression «valeur courante du terrain» signifie la valeur du terrain détenu en pleine propriété. Cette conclusion est compatible avec le fait que la bande aurait pu, par voie de cession, délivrer un titre de pleine propriété. Les parties ont négocié et accepté un rendement de 6 % sur la «valeur courante du terrain». Soutenir que la valeur du terrain est d’une quelconque façon diminuée du fait qu’il est situé sur une réserve introduit un élément dans le contexte autochtone qui n’est pas pertinent en l’espèce.

[37] L’évaluation effectuée ci-dessus est compatible avec la démarche adoptée dans des causes d’évaluation de terres non réservées aux Autochtones. La démarche appropriée pour évaluer la valeur marchande à des fins de révision du loyer a été établie par le juge Kerr dans la décision *Gulf Oil Canada Ltd. c. Conseil des ports nationaux* (14 septembre 1972), n° T-1478-71 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). À la page 10, il a statué que dans les baux à long terme:

The valuation of the property should be made, I think, so far as possible on the basis of this exchange value, the value actually or theoretically ascertained by the test of competition between a free and willing purchaser and like vendor.

[38] This approach was subsequently applied in *Canada v. Cascade Inn Ltd.*, *supra*, and *Burrard Dry Dock Co. v. Canada*, [1974] F.C.J. No. 417 (T.D.) (QL). In *Cascade*, at paragraph 37, Primrose D. J. confirmed the approach taken in the two earlier cases:

. . . the two cases in question set out the proper method by which to determine land rental—i.e., by ascertaining the true market value of the freehold interest in the land and by determining a reasonable and economic rental of such freehold.

Here it is evident that Primrose D.J. has identified the “exchange value” referred to in *Gulf Oil*, as the fee simple value of the land. It is the value “actually or theoretically ascertained by the test of competition between a free and willing purchaser and like vendor”. As already noted, this is further support for the view that the reference to the exchange of land for valuable consideration in *Delgamuukw*, *supra*, is a reference to the fee simple value of the land.

[39] Counsel for the respondents has attempted to distinguish these cases on the basis that the land in question is different in character from the instant case and, secondly, because the cases involved fee simple land held by the Crown and not Aboriginal lands. This latter point has already been discussed in full above, where I have noted that the burden of Aboriginal title on the land does not affect the land’s value for purposes of rent review, in leases containing clauses such as in the subject leases. In regard to the first distinction, although *Burrard* and *Gulf Oil* did not involve the valuation of residential lots, the passage from *Cascade* reproduced above confirms that the approach outlined in these cases is to be universally applied. Moreover, the issues raised in these cases are certainly the same as the issues raised here, despite differences

[TRADUCTION] «À mon avis l’évaluation devrait se faire autant que possible sur la base de la valeur marchande, c’est-à-dire de la valeur réellement ou théoriquement fournie par la loi de l’offre et de la demande entre un vendeur et un acheteur libres et consentants.»

[38] Cette démarche a par la suite été appliquée dans *Canada c. Cascade Inn Ltd.*, précitée, et dans *Burrard Dry Dock Co. c. Canada*, [1974] A.C.F. n° 417 (1<sup>re</sup> inst.) (QL). Dans la décision *Cascade*, au paragraphe 37, le juge suppléant Primrose confirme la démarche suivie dans les deux causes antérieures:

[. . .] les deux affaires en question exposent la bonne méthode de calculer le loyer foncier, à savoir: établir la valeur marchande véritable du droit sur la propriété et déterminer la valeur locative rentable et raisonnable de ce droit.

Il est évident que le juge suppléant Primrose a identifié la «valeur d’échange» dont il était question dans *Gulf Oil*, comme étant la valeur du terrain détenu en pleine propriété. C’est la valeur «déterminée de façon réelle ou théorique établie par le test de la concurrence entre un acquéreur prêt à acheter et un vendeur disposé à vendre». Comme il a déjà été noté, cette opinion renforce notre avis selon lequel le renvoi à l’échange du terrain moyennant la contrepartie de valeur dont il est question dans l’arrêt *Delgamuukw*, précité, fait référence à la valeur du terrain détenu en pleine propriété.

[39] L’avocat des intimés a essayé d’établir une distinction avec ces causes en s’appuyant sur le fait que les terrains en question ont un caractère différent de ceux visés en l’espèce et, deuxièmement, sur le fait que, dans ces affaires, il s’agissait de terrains détenus en pleine propriété par Sa Majesté et non de terres réservées aux Autochtones. Ce dernier point a déjà été discuté en détail ci-dessus, et j’ai noté que le titre aborigène qui affecte le terrain ne porte pas atteinte à sa valeur pour les fins de la révision du loyer, dans des baux contenant des clauses comme celles des baux en l’espèce. Pour ce qui a trait à la première distinction, bien que les décisions *Burrard* et *Gulf Oil* ne portaient pas sur l’évaluation de lots résidentiels, le passage tiré de la décision *Cascade* et reproduit ci-dessus confirme que la démarche énoncée dans ces

in the type of land being valued. All of these cases operated on the basic assumption that a landlord, who puts land out for long-term lease, is entitled to a return on the fee simple value of the land. No distinction can be made for the case of Aboriginal lands and I am of the opinion that the principle enunciated in these cases should govern.

[40] The view that it should be the land itself that is valued, rather than the tenant's interest, is consistent with case law that suggests that in general a landlord's rent should not be affected by the value of the land to the tenant. For instance, if the tenant does not put the land to its highest and best use, the valuation of the land is not reduced to reflect the tenant's choice (see *Revenue Properties Co. v. Victoria University, supra*).

[41] Further, in real estate appraisal practice, there is no authority for taking into account the identity of the owner in the determination of land value. This was confirmed by both the appellants' and respondents' experts.

[42] This last point is a matter of common sense. In coming to an agreement over what a buyer will pay for a house, the identity of the vendor has no bearing on the price. The purchase price is the amount of money agreed on by both the buyer and the seller, which reflects the open market value of the property based on the characteristics of the property itself, including such factors as its physical condition and its location. It is difficult to conceive of a scenario in which a buyer would study the qualities of the owner in coming to a decision about the price.

[43] Before concluding on the issue of the valuation of Aboriginal lands in long-term leases, I turn to the previous jurisprudence from the Trial Division of this Court.

affaires doit être appliquée de façon universelle. De plus, les questions soulevées dans ces affaires sont certainement les mêmes que les questions soulevées en l'espèce, malgré les différences dans le type de terrains à évaluer. Toutes ces affaires s'appuient sur l'hypothèse de base qu'un propriétaire, qui consent un bail à long terme sur des terrains, a droit à un rendement sur la valeur d'une pleine propriété. Aucune distinction ne peut être faite parce qu'il s'agit de terres réservées aux Autochtones et je suis d'avis que le principe énoncé dans ces affaires doit être suivi.

[40] L'opinion selon laquelle c'est le terrain lui-même qui doit être évalué, et non pas le droit du preneur à bail, est conforme à la jurisprudence qui laisse entendre qu'en général le loyer touché par le propriétaire ne doit pas être fonction de la valeur que représente le terrain pour le preneur à bail. Par exemple, si le preneur à bail n'utilise pas le terrain de la meilleure façon qui soit, la valeur du terrain n'est pas réduite pour autant (voir *Revenue Properties Co. v. Victoria University, précitée*).

[41] En outre, les techniques d'évaluation immobilière ne nous autorisent pas à prendre en compte l'identité du propriétaire pour déterminer la valeur du terrain. Cela a été confirmé par les experts des appelants comme par ceux des intimés.

[42] Il s'agit là d'une question de bon sens. Pour parvenir à une entente sur le prix que versera un acquéreur à l'achat d'une maison, l'identité du vendeur n'a aucune influence. Le prix d'achat est le montant dont l'acquéreur et le vendeur ont convenu, et qui tient compte de la valeur marchande de la propriété se fondant sur les caractéristiques de la propriété elle-même, y compris des facteurs comme son apparence et son emplacement. Il est difficile de concevoir un scénario dans lequel l'acquéreur étudierait les qualités du propriétaire pour décider du prix qu'il offrira.

[43] Avant de conclure sur la question de l'évaluation de terres autochtones faisant l'objet de baux à long terme, je traiterai de la jurisprudence de la Section de première instance de la Cour.

Aboriginal Land Valuation Cases

[44] The respondents have argued that the line of cases consisting of *Leighton et al. v. Canada, supra*; *Golden Acres Ltd. v. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123 (F.C.T.D.); *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (T.D.) (QL); *Rodgers et al. v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164 (F.C.T.D.) and *Morin et al. v. Canada* (1996), 114 F.T.R. 141 (F.C.T.D.) establish that the uniqueness of Aboriginal title has resulted in it presenting a different market valuation reality as opposed to lands offered in a freehold market. It must be said at the outset that I do not find these cases particularly useful in that they essentially turn on the construction of the words employed in each lease in question. This was recognized by Strayer J. (as he then was) in *Devil's Gap*, where he found that previous case law was of limited use since the terms at issue in each case differed from the words at issue before him. Nevertheless, much was made of these cases in oral submissions and therefore I feel it is necessary to comment on these decisions. The first case decided in this vein, *Leighton*, is discussed below.

1. *Leighton et al. v. Canada*

[45] The issue in this case was the rent to be paid for Aboriginal land located near Little Shuswap Lake in British Columbia. A typical lease provided that the yearly rent would be the amount which was (at page 200):

. . . in the opinion of the Minister a fair market rent for the land leased on the terms and conditions contained in this lease, and enjoying all the services, amenities then existing, but ignoring the value of any permanent improvements made on the land by the Tenant. [Emphasis added.]

[46] The central issue in the case was whether the rents imposed by the Minister, which were arrived at by imposing a blanket increase of \$720 to the rent of all the lots, was the "amount which is . . . in the opinion of the Minister a fair market rent for the land leased" (*Leighton*, at page 202). Muldoon J. emphati-

Causes d'évaluation de terres autochtones

[44] D'après les intimés, le courant jurisprudentiel composé de *Leighton et al. c. Canada*, précité; *Golden Acres Ltd. c. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Rodgers et al. c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Morin et al. c. Canada* (1996), 114 F.T.R. 141 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) établit que le caractère unique du titre autochtone a eu pour résultat concret que les terres autochtones ont été évaluées différemment des propriétés franches offertes en vente sur le marché. Il faut dire tout de suite qu'à mon avis, ces décisions ne sont pas particulièrement utiles étant donné qu'elles s'appuient essentiellement sur l'interprétation des mots employés dans chacun des baux en question. Le juge Strayer (tel était alors son titre) a reconnu ce fait dans la décision *Devil's Gap*, dans laquelle il a conclu que la jurisprudence antérieure était d'un usage limité puisque les clauses de chacune de ces affaires différaient du libellé dont il était saisi. Néanmoins, on a fait grand cas de ces décisions dans les observations verbales et j'estime donc qu'il est nécessaire de s'y attarder. La première affaire qui a été décidée dans cet ordre d'idée, soit l'affaire *Leighton*, est discutée ci-dessous.

1. *Leighton et al. c. Canada*

[45] Dans cette affaire, il était question du loyer à payer pour des terres autochtones situées près du lac Little Shuswap en Colombie-Britannique. Le bail type prévoyait que le loyer annuel serait égal au montant qui (à la page 200):

[. . .] de l'avis du ministre, est un juste loyer économique pour les terres louées selon les modalités du présent bail et avec tous les services et avantages existants, mais sans tenir compte de la valeur des améliorations permanentes faites sur les terres par le locataire. [Non souligné dans l'original.]

[46] Dans cette affaire, il s'agissait essentiellement de décider si les loyers imposés par le ministre, qui représentaient une augmentation générale de 720 \$ du loyer de tous les lots, étaient «le montant qui [. . .] de l'avis du ministre, est un juste loyer économique pour les terres louées» (*Leighton*, à la page 202). Le juge

cally rejected the Minister's position as he found the rents resulting from the blanket increase could not possibly represent the Minister's opinion of fair market rent.

[47] The words used in the lease provision in *Leighton* are quite different than the words at issue here and it is easy to distinguish *Leighton* on that basis. The issue in *Leighton* hinged on whether the Minister had acted fairly in unilaterally setting the rent. Justice Muldoon's decision was based on the fact that the Minister did not consider what an appropriate increase was in rent for each individual lot and that imposing a blanket increase was unfair to the smaller properties, which were being hit with a disproportionately large increase in rent. To this extent, I am in agreement with his judgment. However, to the extent that his reasons support the view that Aboriginal land should be treated differently from other land, such reasons should not be accepted.

[48] In sum, *Leighton* can be easily distinguished from the instant case on the wording of the rent review provision. Indeed, Muldoon J. placed much significance on the fact that the term "fair market rent" was qualified by the words "for the land leased on the terms and conditions contained in this lease". At page 202, he stated that the lease:

. . . does not provide for a fair, free and open market rent nor for rent based on any extraneous commercial market consideration. Far from expanding the expression of "fair market rent" to notions of any free, open or outside commercial markets, it confines the expression to such "rent for the land leased on the terms and conditions contained in this lease".

Thus, the intention of the parties was to set the fair rent at the rent for the value of the leased land as restricted and set by the terms of the lease. The case at bar has no similar wording and consequently, is distinguishable.

## 2. *Golden Acres Ltd. v. Canada*

[49] The question in this case was the rent to be paid for reserve land in British Columbia. The lease

Muldoon a rejeté avec vigueur la position du ministre en concluant que les loyers résultant de l'augmentation générale ne pouvaient représenter l'opinion que se faisait le ministre d'un juste loyer économique.

[47] Les mots utilisés dans la clause du bail visé dans l'affaire *Leighton* sont très différents des mots utilisés en l'espèce et il est facile de faire la distinction avec la décision *Leighton* sur ce point. Dans *Leighton*, il s'agissait de savoir si le ministre avait agi équitablement en fixant unilatéralement le loyer. Le juge Muldoon a fondé sa décision sur le fait que le ministre n'avait pas examiné quelle devait être l'augmentation appropriée pour chacun des lots et que le fait d'imposer une hausse générale était injuste pour les petites propriétés, qui étaient frappées de façon disproportionnelle par cette augmentation importante. Je partage son opinion sur ce point. Toutefois, ses motifs ne peuvent être acceptés dans la mesure où ils appuient l'opinion selon laquelle les terres autochtones devraient être traitées différemment d'autres terrains.

[48] En résumé, l'affaire *Leighton* peut facilement être distinguée de l'espèce en s'appuyant sur le libellé de la clause de révision du loyer. En fait, le juge Muldoon a accordé beaucoup d'importance au fait que le sens de l'expression «juste loyer économique» était restreint par les mots «pour les terres louées selon les modalités du présent bail». À la page 202, il déclare que le bail:

[. . .] ne prévoit pas un loyer économique juste déterminé par un marché libre, ni un loyer fondé sur toute considération externe de nature commerciale. Bien loin d'étendre l'expression de «juste loyer économique» aux notions de marchés commerciaux libres, ouverts et externes, [il] restreint le sens de l'expression au «loyer pour les terres louées selon les modalités du présent bail».

Ainsi donc, l'intention des parties était de fixer le juste loyer au loyer correspondant à la valeur des terres louées selon les modalités restreintes du bail. En l'espèce, il n'y a pas de libellé semblable et par conséquent, la présente instance se distingue de l'affaire *Leighton*.

## 2. *Golden Acres Ltd. c. Canada*

[49] Dans cette affaire, la question portait sur le loyer à payer pour certaines terres situées sur des

determined rent in the following way (at pages 124-125):

The yearly rent for each subsequent five year period shall be set by Her Majesty in an amount which has been ascertained by applying a capitalization rate equivalent to the prime rate of the local chartered banks at Kelowna, against the value of the land. The land value shall for this purpose be the market value on the day 90 days before the commencement of the five year period as if held in freehold. [Emphasis added.]

[50] Muldoon J., relying on his earlier decision in *Leighton*, determined at pages 127-128 that:

. . . the expression “as if in freehold” must be regarded as an artifice contrary to the reality . . . .

So, while the parties to the lease may have chosen or been importuned to write therein the words “as if in freehold” as an exercise of imagination, they did not indulge in the vapours of “an imaginary” market . . . . The lease’s notion of “market value” . . . therefore, in both law and equity, must be construed as meaning the value of land in that very restricted “market” comprising comparable Indian lands, for that is the market reality.

Here it is clear that Muldoon J. has interpreted the words used to determine rent in the manner which he feels is fair, and has departed from the clear meaning of the provision. The provision states in crystal clear terms that the “land value” is its freehold value. This was noted by Cullen J. in *Rodgers, supra*, at page 175:

Thus, Muldoon J., did not literally apply one provision of that lease. With respect to my colleague, I do not believe that this is the proper course of action in this case. The parties have undertaken to express their intentions in the agreement, and although it is poorly drafted in technical legalese, those intentions should be followed, particularly, that the market outside of the reserve is to be used as the source of the data in determining the fair market rent.

[51] I share the view of Cullen J. that Muldoon J.’s approach to the valuation of Aboriginal lands in *Golden Acres* ignores the clear words of the lease which precisely define the intention of the parties. Thus, I do not find the approach used in *Golden Acres*

réserves en Colombie-Britannique. Le bail fixait le loyer de la manière suivante (aux pages 124 et 125):

Le loyer annuel se rapportant à chaque période de cinq ans subséquente est fixé par Sa Majesté selon un montant déterminé en appliquant à la valeur de la terre un taux de capitalisation équivalant au taux préférentiel des banques à charte locales de Kelowna. À cette fin, la valeur de la terre correspond à la valeur marchande le 90<sup>e</sup> jour précédant le commencement de la période de cinq ans, comme si la terre faisait l’objet d’un droit de propriété libre. [Non souligné dans l’original.]

[50] Le juge Muldoon, s’appuyant sur sa décision antérieure dans *Leighton*, a conclu ceci aux pages 127 et 128:

[. . .] l’expression «comme si la terre faisait l’objet d’un droit de propriété libre» doit être considérée comme un artifice contraire à la réalité [. . .]

Ainsi, bien que les parties au bail ont peut-être décidé ou ont été pressées d’y écrire les mots «comme si elle faisait l’objet d’un droit de propriété libre» comme exercice de l’imagination, elles ne se sont pas aventurées dans les détails inextricables d’une valeur marchande «imaginaire» [. . .] L’expression «valeur marchande» [. . .] doit donc être interprétée, tant en droit qu’en equity, comme signifiant la valeur de la terre dans ce «marché» très retreint comprenant des terres indiennes comparables, car c’est là le marché réel.

Il est clair qu’ici le juge Muldoon a interprété les mots utilisés pour fixer le loyer de la manière qui lui semblait juste et qu’il s’est écarté du sens clair de la clause. Celle-ci stipule on ne peut plus clairement que la «valeur de la terre» est la valeur d’une terre faisant l’objet d’un droit de propriété libre. Le juge Cullen a noté ce fait dans *Rodgers*, précité, à la page 175:

Le juge Muldoon n’a donc pas appliqué littéralement une clause de ce bail. Je ne pense cependant pas que ce soit l’approche indiquée dans l’affaire en instance. Les parties ont exprimé leur volonté dans le bail et bien que celui-ci laisse à désirer sur le plan de la terminologie juridique, cette volonté doit être respectée, en ce qui concerne en particulier la stipulation que le marché à l’extérieur de la réserve doit servir de source de données servant au calcul du loyer.

[51] Je partage l’opinion du juge Cullen qui soutient que la démarche utilisée par le juge Muldoon pour l’évaluation des terres autochtones dans la décision *Golden Acres* ignore le sens manifeste des mots utilisés dans le bail qui définissent précisément l’inten-

to be useful in the determination of our case.

### 3. *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*

[52] This case involved the fair rental value for land that formed part of the Kenora Indian Reserve No. 38B which had been set apart for the use of the Rat Portage Indian Band. The lease provided that the rent was to be set at:

. . . the fair market rental value of the demised lands for the purpose herein permitted as at the date of such a review, but excepting thereout and therefrom the value of any permanent improvements erected by the Lessee on the demised land during the term.

[53] Significantly, the lease dictated that fair market rent be determined as follows:

. . . the amount of yearly rental . . . required to be paid for a parcel of vacant land, similar in area and character, but situate outside of the Reserve, to be used for similar purposes as herein permitted and within a radius of not more than 15 miles from the demised premises; and if no comparable premises can be found within such radius then situate closest to the demised land. [Emphasis added.]

[54] The lease also provides that if there are not a sufficient number of comparable rentals in the area, the alternative method of calculating rent is as follows:

. . . the said fair market value of the demised land shall be computed or determined at not less than ten percent (10%) of the market value of parcels of vacant land outside the Reserve as aforesaid, comparable in area and character to the demised land, which were sold or offered for sale during the preceeding [sic] three (3) or five (5) year period, without regard to the value of the improvements.

[55] Since there were no comparable rentals in the area, resort had to be made to the second method of calculating the fair market value, which involved calculating 10% of the market value of "parcels of vacant land outside the Reserve". Strayer J. accepted

tion des parties. Je ne crois donc pas que la démarche utilisée dans la décision *Golden Acres* soit utile pour trancher le cas en l'espèce.

### 3. *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*

[52] Dans cette affaire, il était question de la juste valeur locative d'un terrain qui faisait partie de la réserve indienne n° 38B de Kenora qui avait été mise de côté à l'usage et au profit de la bande indienne de Rat Portage. Le bail prévoyait que le loyer devait correspondre à la valeur indiquée ci-dessous:

[. . .] la juste valeur locative du terrain cédé à bail aux fins permises par les présentes à la date de la révision, sans toutefois tenir compte de la valeur des améliorations permanentes apportées au cours de cette période par le preneur à bail sur le terrain cédé à bail;

[53] Il est important de noter que le bail dictait que la juste valeur locative devait signifier le montant suivant:

[. . .] le montant du loyer annuel [. . .] qui doit être versé pour un terrain vague de dimensions et de nature similaires mais situé à l'extérieur de la réserve dans un rayon d'au plus quinze (15) milles du terrain cédé à bail et qui doit être utilisé à des fins analogues à elles permises par les présentes; advenant le cas où il est impossible de trouver des terrains comparables dans un tel rayon du terrain cédé à bail, il faut utiliser les terrains qui en sont les plus proches. [Non souligné dans l'original.]

[54] Le bail prévoyait également que s'il n'y avait pas un nombre suffisant de locations comparables dans la région, on devait utiliser la méthode subsidiaire suivante pour calculer le loyer:

[. . .] la juste valeur locative du terrain cédé à bail est calculée ou fixée à un taux représentant au moins dix pour cent (10 %) de la valeur marchande des terrains vagues situés à l'extérieur de la réserve comme cela est indiqué plus haut, comparables au terrain cédé à bail quant à leurs dimensions et à leur nature, qui ont été vendus ou mis en vente au cours de la période de trois (3) ou cinq (5) ans qui a précédé, sans tenir compte de la valeur des améliorations.

[55] Puisqu'il n'y avait pas de locations comparables dans la région, il a fallu avoir recours à la deuxième méthode de calcul de la juste valeur locative, c'est-à-dire 10 % de la valeur marchande des «terrains vagues situés à l'extérieur de la réserve». Le juge Strayer a

that the fair value of the land was to be determined by reference to non-reserve land. He did not adopt the position of Muldoon J. in *Golden Acres* that in the face of a precise definition, Aboriginal land was to be valued in some other manner than other land is valued.

[56] As pointed out by the Trial Judge in our case, the wording of the lease in *Devil's Gap* differs from the case at bar. However, the decision in *Devil's Gap* accords with my holding that Aboriginal land is to be valued in the same manner as any other land. It is consistent with the position of the Supreme Court of Canada in *Delgamuukw*, *supra*, that Aboriginals are able to surrender their land for valuable consideration. Although distinguishable on the words used in the lease, the result in *Devil's Gap* is consistent with the modern view on the nature of Aboriginal title.

[57] I note in passing that Strayer J. remarked on the difficulties of valuing Aboriginal land when the preferential zoning treatment accorded to reserve land actually increased its value over comparable fee simple land. The difficulties he noted in determining the resolution of this issue should not confuse the result that Aboriginal land was valued at its freehold value.

#### 4. *Rodgers et al. v. Canada*

[58] This case involved the valuation of land in Beaucage Park, which is Aboriginal land situated in Nipissing Indian Reserve No. 10. The lease provided that the price to be paid was the "annual fair market rent" of the land. The central issue in this case was the determination of the "annual fair market rent" for the demised land.

[59] The amount of rent was defined in the lease as follows (at page 167):

... 'annual fair market rent' means the amount of yearly rental at the time of the fixing of rent by the Minister,

accepté que la juste valeur des terrains devait être déterminée en faisant référence à des terres situées en dehors de la réserve. Il n'a cependant pas accepté la position du juge Muldoon dans l'affaire *Golden Acres* suivant laquelle, face à une définition précise, il fallait évaluer les terres autochtones d'une manière différente de celle dont on évalue les autres terrains.

[56] Comme l'a signalé le juge de première instance en l'espèce, le libellé du bail dans l'affaire *Devil's Gap* est différent de celui visé en l'espèce. Toutefois, la décision *Devil's Gap* appuie ma conclusion selon laquelle les terres autochtones doivent être évaluées de la même manière que tous les autres terrains. Cette démarche est aussi compatible avec la position adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Delgamuukw*, précité, indiquant que les Autochtones ont le droit de céder leurs terres moyennant une contrepartie de valeur. Bien qu'on puisse également faire une distinction avec l'affaire *Devil's Gap* en raison du libellé du bail, son résultat est compatible avec l'opinion moderne concernant la nature du titre autochtone.

[57] Je note en passant que le juge Strayer a souligné les difficultés que pose l'évaluation des terres autochtones quand un traitement préférentiel accordé aux terres des réserves au niveau du zonage a en fait augmenté leur valeur par rapport à des pleines propriétés comparables. Les difficultés qu'il a notées en essayant de régler cette question ne doivent cependant pas nous faire perdre de vue que les terres autochtones ont été évaluées en tant que propriété libre.

#### 4. *Rodgers et al. c. Canada*

[58] Cette affaire portait sur l'évaluation d'un terrain dans le parc Beaucage, qui faisait partie des terres réservées aux Autochtones dans la réserve indienne n° 10 de Nipissing. Le bail prévoyait que le prix à payer était le «loyer annuel au taux du marché» pour le terrain loué. La question principale dans cette affaire consistait à déterminer le «loyer annuel au taux du marché» pour le terrain loué.

[59] Le montant du loyer était défini dans le bail de la façon suivante (à la page 167):

[. . .] «loyer annuel au taux du marché» s'entend du loyer annuel exigible, à la date où le ministre fixe le loyer, pour

required to be paid for a parcel of vacant land, similar in area and character, but situate outside of the Reserve, to be used for similar purposes as herein permitted within the vicinity of Sturgeon Falls, Ontario, but if an insufficient number of or no parcels of vacant land outside the Reserve as aforesaid, comparable in area and character to the demised land are found to be leased or to be offered for lease for similar purposes as herein permitted, then the annual fair market rent of the demised land shall be computed or determined at a rate of not less than ten (10) percent of the market value of parcels of vacant land outside the Reserve as aforesaid comparable in area and character to the demised lands. . . without regard to the value of the improvements. [Emphasis added.]

[60] Cullen J. based his determination of the annual fair market rent upon the evidence of the defendant's appraiser. He rejected the evidence of the plaintiff's appraiser who had valued the land by reference to other reserve lands, since this method went clearly outside the prescription of the lease. The learned Trial Judge went on to consider which of three appraisals produced by the defendant's appraiser most accurately reflected the value of the land.

[61] The first report was based on the alternative method of taking 10% of the market value of similar off-reserve land, but was rejected as it compared the subject land to land that was not sufficiently similar. The second report was also based on this alternative method, and Cullen J. found that the off-reserve land used in this report was sufficiently similar to the lands in question. However, this appraisal produced rents that represented a 300% increase over the amount for the last period. The Court rejected this report, despite its conformity with the terms of the provision, because the result it produced was "totally unreasonable". At page 173, Cullen J. stated that the unreasonable result was attributable to:

. . . comparing property for lease on the reserve with residential property for sale in areas off the reserve, and then applying a somewhat arbitrary factor of ten percent, in other words, valuing the subject lots as if they were sold in fee simple and then applying the ten percent factor.

un terrain non bâti ayant la même superficie et les mêmes caractéristiques, mais situé à l'extérieur de la réserve, et servant aux mêmes fins que celles visées aux présentes, dans le voisinage de Sturgeon Falls (Ontario). S'il n'y a pas ou s'il n'y a pas suffisamment de terrains non bâtis de ce genre à l'extérieur de la réserve, comparables en superficie et en caractéristiques au terrain loué, et donnés à bail ou à louer pour les mêmes fins que celles visées aux présentes, le loyer annuel au taux du marché du terrain loué sera calculé ou fixé à un taux au moins égal à dix pour cent (10 p. 100) de la valeur marchande des parcelles de terre non bâties à l'extérieur de la réserve, ayant la même superficie et les mêmes caractéristiques que le terrain loué, [. . .] abstraction faite de la valeur des améliorations. [Non souligné dans l'original.]

[60] Le juge Cullen a fondé sa détermination du loyer annuel au taux du marché sur le témoignage de l'évaluateur du défendeur. Il a rejeté le témoignage de l'évaluateur du demandeur qui avait évalué le terrain en faisant référence à d'autres terres des réserves, puisque cette méthode allait manifestement à l'encontre des prescriptions contenues dans le bail. Le juge de première instance s'est ensuite demandé laquelle des trois estimations produites par l'évaluateur du défendeur reflétait le plus exactement la valeur du terrain.

[61] Le premier rapport se fondait sur la méthode subsidiaire consistant à calculer 10 % de la valeur marchande de terres similaires situées à l'extérieur de la réserve, mais cette méthode a été rejetée étant donné qu'elle comparait le terrain en question à des terrains qui ne lui étaient pas suffisamment comparables. Le deuxième rapport était également basé sur cette méthode subsidiaire, et le juge Cullen a jugé que les terrains situés en dehors de la réserve dans ce rapport étaient suffisamment semblables au terrain en question. Toutefois, d'après cette estimation, les loyers avaient subi une augmentation de 300 % par rapport aux loyers de la dernière période. La Cour a donc rejeté le rapport, malgré sa conformité aux modalités de la clause, parce que le résultat obtenu semblait «entièrement déraisonnable». À la page 173, le juge Cullen déclare que ce résultat déraisonnable s'explique par le fait:

[. . .] de comparer les propriétés à louer dans la réserve avec des propriétés résidentielles à vendre à l'extérieur, puis d'appliquer un coefficient plutôt arbitraire de 10 p. 100, autrement dit d'évaluer les terrains en cause comme s'ils étaient vendus à l'état de fief simple puis d'y appliquer le coefficient de 10 p. 100.

[62] It is evident that Cullen J. could not accept that Aboriginal lands could be valued as fee simple lands, even when this was the express intent of the parties. The problem of valuing the land in accordance with the lease was that “it was just too high” in that “an increase of 300 percent after the first term seems totally unreasonable.” Cullen J. recognized that the “methodology conforms with that set out in the lease” but dismissed it because “it produces an unreasonable result”. As a result of rejecting the method set out in the lease, Cullen J. accepted the third appraisal report which reduced the value of the reserve land by 40% from its fee simple value. Cullen J. described this 40% reduction as arbitrary but accepted it since the appraiser was an expert and the estimate of the correct deduction was within his expertise.

[63] In my view the result arrived at by Cullen J. cannot be accepted as it departs from the express intention of the parties as exhibited in the terms of the rent provision. The lease required that the annual fair market rent was the amount of rent for a comparable off-reserve plot, that was “similar in area and character” to the reserve land. Cullen J. found that the term “character” used in the lease could not be interpreted “without including the type of holding of the land, as well as its physical characteristics and location.” In my view this is a departure from the clear meaning of the words chosen by the parties. The lease provides that the rent is to be the same as the rent for off-reserve land that is similar in character. Thus the term “character” cannot include the “type of holding of the land” since off-reserve land cannot be held in the same manner as reserve land.

[64] With respect, it is my view that where the parties have expressed their clear intention in the lease and where the methodology specified is adopted, the result of that appraisal should be accepted. The parties

[62] Il est évident que le juge Cullen ne pouvait accepter que les terres autochtones puissent être évaluées comme des terres détenues en pleine propriété, même si cela était l'intention expresse des parties. Le problème que posait l'évaluation du terrain en conformité avec le bail était «qu'elle [était] bien trop élevée» parce qu'«une augmentation de 300 p. 100 à l'expiration du premier terme [semblait] entièrement déraisonnable». Le juge Cullen a reconnu que la «méthodologie [était] conforme à celle que [prévoyait] le bail», mais il l'a rejetée parce qu'elle «[a donné] un résultat déraisonnable». Comme il avait rejeté la méthode prévue dans le bail, le juge Cullen a accepté le troisième rapport d'estimation qui réduisait la valeur des terres des réserves de 40 % par rapport à leur valeur de pleine propriété. Le juge Cullen a décrit cette réduction de 40 % comme étant arbitraire, mais il l'a acceptée, puisque l'évaluateur était un expert et que son estimation de la déduction appropriée relevait de son domaine d'expertise.

[63] À mon avis, le résultat auquel en est arrivé le juge Cullen ne peut être accepté étant donné qu'il s'écarte de l'intention expresse des parties qui ressort des modalités de la clause de loyer. Le bail exigeait que le juste loyer annuel au taux du marché soit le montant du loyer payé pour un lot comparable à l'extérieur de la réserve, «ayant la même superficie et les mêmes caractéristiques» que les terres des réserves. Le juge Cullen a conclu que le terme «caractéristiques» utilisé dans le bail ne pouvait être interprété «abstraction faite de la nature du droit sur le terrain ou de ses caractéristiques physiques et de son emplacement». À mon avis, ce raisonnement s'écarte du sens clair des mots choisis par les parties. Le bail prévoyait que le loyer devait être égal au loyer des terrains situés à l'extérieur de la réserve ayant les mêmes caractéristiques. Ainsi donc, le terme «caractéristiques» ne peut inclure la «nature du droit sur le terrain», puisque les terrains situés à l'extérieur de la réserve ne pouvaient être détenus de la même manière que les terres des réserves.

[64] Je suis d'avis que lorsque les parties ont exprimé leur intention claire dans un bail et lorsque la méthodologie précisée est suivie, le résultat de cette évaluation devrait être accepté. Les parties sont libres

were free to contract in any manner in which they chose and consequently, deference must be given to their selection. In my view a result which honours the terms of the lease and has the side effect of increasing the rent by 300% is more reasonable than arbitrarily reducing the value of Aboriginal land from land of the same character by 40%.

[65] The importance of focusing the analysis on the intention of the parties rather than the percentage increase cannot be overstated. In many cases involving Aboriginal land, reference to the percentage increase is very misleading. This is true in every case where the rent for the initial period was set below its fair price. In these cases, it would not be surprising that an increase in rent to its fair market value would seem unreasonable. Moreover, consistently undervaluing Aboriginal land below its market value to protect the interest of lessees creates a vicious circle devaluing reserve land, since reference to previously established values are continually made when the issue of Aboriginal land valuation arises.

[66] It is obvious that *Rodgers* can be distinguished on the words used in the lease. In *Rodgers*, as in *Golden Acres*, the Court construed Aboriginal leases so as to undervalue Aboriginal land. I turn now to the most recent case to consider this issue.

##### 5. *Morin et al. v. Canada*

[67] This case involved a lease for land that was part of the Nipissing Indian Reserve No. 10 in Jocko Point Subdivision. The leases provided for rent review every five years. The rental provision read as follows:

. . . the rental . . . shall be based on the fair market value for the land at that time, without regard to the value of improvements placed thereon by the lessee but having due regard to the value of other demised lands in the area.

de contracter de la manière qu'elles choisissent et, par conséquent, il faut faire preuve de retenue par rapport au choix qu'elles ont exercé. À mon avis, un résultat qui respecte les modalités du bail et qui a pour effet secondaire d'augmenter le loyer de 300 % est plus raisonnable que de réduire arbitrairement de 40 % la valeur des terres autochtones par rapport à des terrains ayant les mêmes caractéristiques.

[65] L'importance de centrer l'analyse sur l'intention des parties plutôt que sur le pourcentage d'augmentation ne peut être trop soulignée. Dans bon nombre de cas où il est question de terres autochtones, le renvoi à l'augmentation en pourcentage est très trompeur. Cela se confirme chaque fois que le loyer de la période initiale a été établi en-deçà de son juste prix. Dans ces cas, il n'est pas surprenant qu'une augmentation du loyer à sa juste valeur marchande semble déraisonnable. En outre, le fait de sous-évaluer de façon constante les terres autochtones en-deçà de leur valeur sur le marché afin de protéger les intérêts des preneurs à bail crée un cercle vicieux de dévaluation des terres des réserves, puisqu'on fait continuellement référence à des valeurs établies antérieurement quand la question de l'évaluation des terres autochtones se pose.

[66] Il est manifeste que l'affaire *Rodgers* peut être distinguée de l'espèce d'après les mots utilisés dans le bail. Dans *Rodgers*, comme dans *Golden Acres*, la Cour a interprété les baux portant sur des terres réservées aux Autochtones en sous-estimant la valeur de leurs terres. J'aborde maintenant la décision la plus récente portant sur cette question.

##### 5. *Morin et al. c. Canada*

[67] Dans cette affaire, il était question d'un bail relatif à des terrains qui faisaient partie de la réserve indienne n° 10 de Nipissing dans le lotissement de Jocko Point. Les baux prévoyaient une révision des loyers tous les cinq ans. La clause de loyer est rédigée dans les termes suivants:

[. . .] le loyer [. . .] est fixé en fonction de la juste valeur marchande du terrain à ce moment-là, en faisant abstraction de la valeur des améliorations construites ou apportées par le preneur sur le terrain cédé à bail, mais en tenant dûment

[68] Applying the provisions of the lease, the Band obtained appraisals of the fair market value of the lots “without regard to the improvements but with regard to the value of other demised land in the area”. The plaintiffs objected to the appraisal and sought a determination of how the true fair market rent for the leased lots should be established. The issue was whether regard should be had to reserve land to determine the “fair market value”.

[69] Gibson J. distinguished this case from *Rodgers* on the basis that in the typical lease in *Rodgers* there was a definition of “annual fair market rent” which stipulated that the valuation was to be done by reference to non-reserve land only. Since in this case there was no restriction to land outside of the reserve, Gibson J. found that the valuation should include reserve land and found that to ignore reserve lands in the valuation would [at page 146] “ignore the unique nature of Indian lands that has forcefully been identified by Mr. Justice Muldoon of this court in **Leighton and Golden Acres**.” At pages 147-148, Gibson J. concluded:

While I cannot conclude on the basis of the evidence before me, the argument and the precedents cited, that any appraiser engaged in the appraisal of fair market value of the Jocko Point Subdivision lots should be bound to rely solely on the values established for the Beauceage Park lots, I conclude that neither can an appraiser properly ignore the fair market value determinations in respect of those lots. Reference to those determinations is clearly within the stipulation to have due regard to the value of other demised lands in the area of Jocko Point Subdivision, and to fail to do so would be to ignore the concerns by this court, with which I heartily concur, that “. . . Indian land simply cannot in reality attain the value of land in an authentically free and open market”.

compte de la valeur des autres terrains cédés à bail de la région.

[68] Appliquant les dispositions du bail, la bande a fait estimer la juste valeur marchande des lots «en faisant abstraction des améliorations [. . .] mais en tenant dûment compte de la valeur des autres terrains cédés à bail de la région». Les demandeurs se sont opposés à l'évaluation et ont demandé comment le juste loyer économique véritable pour les lots loués devait être établi. La question était de savoir s'il fallait tenir compte du fait qu'il s'agissait de terres situées sur une réserve pour déterminer la «juste valeur marchande».

[69] Le juge Gibson a établi une distinction entre cette affaire et la décision *Rodgers* en s'appuyant sur le fait que, dans le bail type de l'affaire *Rodgers*, il y avait une définition du «juste loyer économique annuel» qui stipulait que l'évaluation devait être faite en faisant référence uniquement à des terres non situées sur la réserve. Puisque dans cette affaire il n'y avait pas de restriction concernant les terres situées à l'extérieur de la réserve, le juge Gibson a statué que l'évaluation devait inclure les terres des réserves et que l'évaluateur qui n'en tiendrait pas compte [à la page 146] «méconnaîtrait le caractère unique des terres indiennes, caractère qui a été reconnu avec force par notre Cour, sous la plume du juge Muldoon dans les jugements **Leighton et Golden Acres**». Aux pages 147 et 148, le juge Gibson conclut comme suit:

Bien que la preuve qui m'a été soumise, les moyens invoqués et les précédents cités ne me permettent pas de conclure que tout évaluateur engagé pour établir la juste valeur marchande des lots du lotissement de Jocko Point devrait être tenu de se fonder uniquement sur les valeurs attribuées aux lots du parc Beauceage, je conclus qu'un évaluateur ne peut pas non plus à bon droit ignorer la juste valeur marchande attribuée à ces terrains. L'évaluateur qui tient compte de ces valeurs respecte de toute évidence la stipulation du contrat qui exige que l'on tienne dûment compte de la valeur des autres terrains cédés à bail dans le secteur du lotissement de Jocko Point. L'évaluateur qui ne tiendrait pas compte de ces valeurs ferait fi de la mise en garde qui a été formulée par notre Cour et à laquelle je souscris entièrement, suivant laquelle «[une] terre indienne inaliénable ne peut tout simplement pas, en réalité, atteindre la valeur d'une terre dans un marché authentiquement libre et ouvert».

[70] Thus it is seen that *Morin* is the last in a series of cases which are based on the premise that “Indian land simply cannot in reality attain the value of land in an authentically free and open market”.

[71] As discussed, this principle has already been rejected. What is at issue here is the interpretation of a clause in a contract and more specifically, the intention of the parties regarding the rent to be paid. In the absence of words to the contrary, the valuation of the market value of Aboriginal land should be made in the same manner as any other land. Discounting the value of Aboriginal land on the basis of their *sui generis* interest in their own land is irrelevant to the determination of rent calculated as a percentage return on a capital investment. If the parties intended to depart from the well-accepted practice of valuing land in long-term leases at its freehold or exchange value, they could, and should have specified this in the lease.

[72] Since I have rejected the correctness of the principle underlying the decision in *Morin*, I find it has no application in the context of the case at bar.

#### Conclusion on the meaning of “current land value”

[73] In the present case, the lease provides that for rent review purposes, the land is to be valued at its “current land value”. I have concluded that properly construed, this term means the fee simple value of the land. This is consistent with the approach taken in *Gulf Oil, supra*, and in subsequent cases. The fact that these lands are reserve lands does not, in my view, diminish the market value of the property in question. To hold that the Aboriginal interest in this piece of land has made it worth less than its open market value is an untenable concept.

[70] Force est de constater que l'affaire *Morin* est la dernière d'une série de décisions qui sont fondées sur la prémisse selon laquelle «une terre indienne ne peut tout simplement pas, en réalité, atteindre la valeur d'une terre dans un marché authentiquement libre et ouvert».

[71] Comme nous en avons discuté ci-dessus, ce principe a déjà été rejeté. Il s'agit en l'espèce d'interpréter une clause dans un contrat et, plus précisément, de déterminer quelle était l'intention des parties concernant le loyer à payer. En l'absence de mots à l'effet contraire, la valeur marchande des terres autochtones devrait être déterminée de la même manière que celle d'autres terrains. Réduire la valeur des terres autochtones en s'appuyant sur le droit *sui generis* des Autochtones sur leurs propres terres est un facteur non pertinent pour déterminer le loyer calculé en tant que pourcentage de rendement sur un investissement. Si les parties avaient l'intention de s'écarter de la méthode bien acceptée qui consiste à évaluer les terrains faisant l'objet de baux à long terme à leur valeur de propriété libre ou à leur valeur d'échange, elles pouvaient le préciser dans le bail, et elles auraient dû le faire.

[72] Puisque j'ai rejeté le principe énoncé dans la décision *Morin*, je conclus que cette décision ne s'applique pas dans le contexte de l'espèce.

#### Conclusion sur le sens de «valeur courante du terrain»

[73] En l'espèce, le bail prévoit que, pour les fins de la révision du loyer, les terrains doivent être évalués à leur «valeur courante». J'ai conclu que, lorsque cette expression est correctement interprétée, elle signifie la valeur du terrain détenu en pleine propriété. Cette conclusion est compatible avec la démarche suivie dans la décision *Gulf Oil*, précitée, et dans des décisions ultérieures. Le fait qu'il s'agisse de terres situées sur une réserve ne diminue pas, à mon avis la valeur marchande de la propriété en question. Soutenir que le titre autochtone afférent à cette parcelle de terre a eu pour effet d'en réduire la valeur par rapport à ce qu'elle serait sur un marché ouvert est une position intenable.

[74] In accepting the appellants' position, I am cognizant that the respondents will be facing large increases in rent, and I sympathize with their concerns. However, as stated by the learned Trial Judge at page 5 of his judgment:

. . . whether the plaintiffs are to receive what they believe they are entitled to, or the defendants can afford to pay the annual rent, are not considerations for the Court. The fair rent is not a conclusion based on the Court's assessment of what is economically or socially desirable. It is a determination based on the interpretation of the relevant documents and the acceptance of relevant and credible evidence.

[75] In the result, I accept the Trial Judge's conclusion that the hypothetical fee simple value of the average lot is \$600,000. For the reasons outlined above, I find that this is the "current land value" referred to in subsection 2(4) of the lease and, consequently, I consider the 50% reduction imposed by the Trial Judge, which he based on the "Indian reserve feature" of the land, to be in error. I turn now to the question of the costs of servicing the land.

II. Does the lease require that the costs of servicing and development be deducted from the fee simple value of the lots to determine "current land value"?

[76] Having determined the fee simple value of the lots in their serviced state, the final issue is whether the cost of servicing the land should be deducted in calculating the "fair rent for the land". The question is again one of construction, hinging on the meaning of paragraph 2(2)(a) of the lease. Below, subsection 2(2) of the lease is reproduced in full for ease of reference:

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

a) unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement;

[74] En acceptant la position des appelants, je me rends compte que les intimés devront faire face à de grosses augmentations de loyer, et ils ont toute ma sympathie. Toutefois, comme l'a déclaré le juge de première instance à la page 5 de son jugement:

[...] la Cour n'a pas à se demander si les demandeurs doivent recevoir ce qui, à leur avis, leur revient de droit ou si les défendeurs peuvent se permettre de payer le loyer annuel. Le juste loyer n'est pas une conclusion fondée sur l'évaluation de la Cour quant à un loyer souhaitable sur les plans économique ou social. Il doit plutôt découler d'une décision fondée sur l'interprétation des documents pertinents et sur l'acceptation des éléments de preuve pertinents et dignes de foi.

[75] Par conséquent, j'accepte la conclusion du juge de première instance selon laquelle la valeur hypothétique du lot moyen détenu en pleine propriété est de 600 000 \$. Pour les raisons indiquées ci-dessus, je conclus qu'il s'agit là de la «valeur courante du terrain» dont il est question au paragraphe 2(4) du bail et, en conséquence, j'estime que la réduction de 50 % imposée par le juge de première instance, parce qu'il s'agissait de terres situées sur une réserve, est une erreur. J'aborde maintenant la question des frais de service sur les terrains.

II. D'après le bail, les frais de service et de mise en valeur doivent-ils être soustraits de la valeur des lots détenus en pleine propriété pour déterminer la «valeur courante du terrain»?

[76] Les lots détenus en pleine propriété ayant été évalués comme terrains viabilisés, il reste une dernière question à trancher, c'est-à-dire décider s'il faut soustraire les frais de service afférents au terrain dans le calcul du «juste loyer du terrain». Il s'agit encore une fois d'une question d'interprétation, qui s'articule sur le sens de l'alinéa 2(2)a) du bail. Ci-dessous, le paragraphe 2(2) du bail est reproduit en entier pour plus de commodité:

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

a) des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente;

- b) lands to which there is public access;
- c) lands in a subdivided area, and
- d) land which is zoned for single family residential use,

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

[77] Thus, from paragraph 2(2)(a) the lands to be valued are “unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement.” The dispute arises over whether “this agreement” refers to the Master Agreement, at the completion of which the lands were unserviced, or whether it is a reference to the lease agreement itself, at the completion of which the lands were serviced.

[78] As noted by the Trial Judge, it is clearly evident that this ambiguity has arisen as a consequence of the parties lifting section 15 of the Master Agreement and inserting it into the lease as section 2 without considering the modifications that were necessary to more precisely demonstrate their intent. However, despite the ambiguity created by the adoption of the wording of subsection 15(2) of the Master Agreement, I believe it is clear that what was intended by the parties was that the land was to be valued in its unserviced form.

[79] I agree with the Trial Judge’s conclusion that the costs of servicing must be deducted from the current value of the serviced lots. In my view, it can be readily seen from his thorough review of the arguments presented by the parties and from his reasons that “this agreement” must mean the Master Agreement.

[80] The starting point for his position is the incorporation by reference of the Master Agreement in the preamble of the lease. The relevant portion of the preamble states:

AND WHEREAS the land described in the said Master Agreement has been subdivided, and serviced as set forth in the terms of the said Agreement, . . .

NOW THEREFORE THIS AGREEMENT WITNESSETH that in consideration of the rents, covenants, and agreements

- b) des terrains comportant une voie d’accès publique;
- c) des terrains se trouvant dans une zone lotie;
- d) des terrains zonés pour la construction résidentielle de maisons unifamiliales,

et les présomptions qui précèdent seront également formulées dans le cas de toute détermination du loyer conformément aux dispositions du paragraphe (3) des présentes. [Non souligné dans l’original.]

[77] Ainsi, d’après l’alinéa 2(2)a), les terrains à évaluer sont «des terrains non améliorés se trouvant dans l’état où ils étaient à la date de la présente entente». Le conflit découle du fait que les parties se demandent si «la présente entente» fait référence à l’entente cadre, à la date de laquelle les terrains n’avaient pas été viabilisés, ou au bail lui-même, à la date duquel les terrains avaient été viabilisés.

[78] Comme l’a noté le juge de première instance, il est manifeste que cette ambiguïté se pose du fait que les parties ont tiré l’article 15 de l’entente cadre et l’ont incorporé à l’article 2 du bail sans faire les modifications nécessaires pour indiquer de façon plus précise leur intention. Toutefois, malgré l’ambiguïté créée par l’adoption du libellé du paragraphe 15(2) de l’entente cadre, je crois qu’il est clair que les parties avaient l’intention de faire évaluer les terrains avant qu’ils soient viabilisés.

[79] J’accepte la conclusion du juge de première instance selon laquelle les frais de service doivent être déduits de la valeur courante des lots viabilisés. À mon avis, on peut d’emblée conclure de son examen exhaustif des arguments présentés par les parties et de ses motifs que l’expression «la présente entente» doit désigner l’entente cadre.

[80] Le point de départ de sa position est l’incorporation par renvoi de l’entente cadre dans le préambule du bail. La partie pertinente du préambule se lit comme suit:

ATTENDU QUE le terrain décrit dans ladite entente cadre a été loti et viabilisé selon les conditions de ladite entente [. . .]

EN CONSÉQUENCE, compte tenu des loyers, engagements et accords que le preneur à bail a convenu de respecter ainsi

of the Lessee as set forth in the Master Agreement between the Minister and the Lessee, the Minister HEREBY DEMISES AND LEASES unto the Lessee that certain parcel of land situate, lying and being in the City of Vancouver.

It is clear that the Master Agreement is incorporated by the first sentence reproduced above. Indeed, it was always the intention of the parties that the lease agreements would correspond to the "Draft Lease (Residential)" that was appended as a schedule to the Master Agreement.

[81] The Trial Judge based his conclusion that subparagraph 2(2)(a) refers to the Master Agreement on the following four reasons, which I find to be persuasive of his view.

[82] First, the view that "this agreement" refers to the Master Agreement is consistent with the preamble of the lease which describes the land as being subdivided and serviced. If "this agreement" meant the lease agreement, there would be no need for paragraph 2(2)(c) since the preamble of the lease already identifies the land as being subdivided.

[83] Second, if the parties intended "this agreement" to refer to the lease, they could have easily worded paragraph 2(2)(a) to read "unimproved subdivided and serviced lands" to reflect the state of the land which is identified in the preamble of the lease.

[84] Third, the rent paid in the first 30 years was based on the unserviced value of the land and in the absence of an explanation, it is extremely doubtful that the intention of the parties was to include the cost of servicing in subsequent rent reviews.

[85] I find the final reason provided by the Trial Judge [at page 27] particularly convincing:

Fourth, construing the date of "this agreement" as being the date of the Master Agreement accords with reality. The Band provided unimproved, undeveloped land. The devel-

que des engagements et accords du preneur à bail qui sont énoncés dans l'entente cadre conclue entre le ministre et celui-ci, le ministre LOUE audit preneur à bail la parcelle de terrain se trouvant dans la ville de Vancouver.

Il est clair que l'entente cadre est incorporée au bail par la première phrase reproduite ci-dessus. En fait, les parties ont toujours eu l'intention de faire en sorte que les baux correspondent au «projet de bail (résidentiel)» joint en annexe à l'entente cadre.

[81] Le juge de première instance a fondé sa conclusion selon laquelle l'alinéa 2(2)a renvoie à l'entente cadre sur les quatre raisons suivantes qui, à mon avis, sont convaincantes.

[82] Premièrement, l'opinion selon laquelle «la présente entente» fait référence à l'entente cadre est compatible avec le préambule du bail qui décrit les terrains comme ayant été lotis et viabilisés. Si «la présente entente» désignait le bail, il n'aurait pas été nécessaire d'inclure l'alinéa 2(2)c puisque le préambule du bail indique déjà que les terrains ont été lotis.

[83] Deuxièmement, si les parties avaient l'intention de faire en sorte que l'expression «la présente entente» renvoie au bail, elles auraient pu facilement rédiger l'alinéa 2(2)a pour qu'on y lise «des terrains lotis et viabilisés sans amélioration» pour décrire l'état des terrains qui sont identifiés dans le préambule du bail.

[84] Troisièmement, le loyer payé dans les 30 premières années a été calculé d'après la valeur des terrains non viabilisés et, en l'absence de toute explication, il est extrêmement difficile de prétendre que les parties avaient l'intention d'inclure les frais de service dans les révisions ultérieures du loyer.

[85] Je trouve que la dernière raison énoncée par le juge de première instance [à la page 27] est particulièrement convaincante:

En quatrième lieu, la date de «la présente entente» correspond dans les faits à la date de l'entente cadre. La bande a fourni un terrain non viabilisé et non mis en valeur.

oper expended the funds and assumed the risk of development, including servicing costs. I have difficulty thinking that the parties intended that at rent review, the Band was to receive compensation in respect of servicing and development for which it did not pay and for which it was not responsible.

At the outset, the Musqueam Development Co. Ltd. was obliged to provide for the servicing of the lots. After doing so, the developer assigned the lots to the individual lessees for consideration; it can only be assumed that the cost of servicing was passed on to the lessees. Counsel for the appellants argued that the Band had, in effect, paid for the servicing because the evidence of one of its witnesses was that the Band had taken a reduction in the price of the lands since they were not serviced. This, however, is not a tenable argument. The Band, if they receive rent based on the fee simple value of the bare land, will be receiving a rent based on the full value of their asset. This is the extent of their entitlement.

[86] This is indeed the most logical view as it is extremely doubtful that the Band should be compensated for servicing provided at the developer's expense. It is a well accepted principle that in the absence of wording to the contrary, a landlord should not benefit from the improvements made by and at the expense of the tenant. This was delineated in *Queen (The) in right of Canada and Lynnwood Marinaland Ltd., Re* (1971), 20 D.L.R. (3d) 589 by the British Columbia Court of Appeal. At page 591, Davey C.J.B.C., stated this principle in the following way:

The rent payable during the term is for the property leased to the lessee, that is, the water lot. Under the lease the tenant acquired a leasehold estate upon which he was entitled to make these improvements. To make him pay an increased rent for improvements which he had made during the term of the lease would be to make him pay rent upon a value created by his authorized expenditures, and so diminish the worth of his leasehold estate. I think, if such a result was intended, it should have been expressed in clear language that is wanting.

Le promoteur a dépensé les fonds et accepté le risque inhérent à la mise en valeur, y compris les frais de service. Il m'est difficile de croire que les parties souhaitaient, lors de la révision du loyer, que la bande reçoive un dédommagement à l'égard des services et de la mise en valeur alors qu'elle n'en a pas payé le coût et qu'elle n'en était pas responsable.

Dès le début, la Musqueam Development Co. Ltd. a été obligée de fournir les services sur les lots. Après les avoir viabilisés, le promoteur a cédé les lots à chacun des preneurs à bail en échange d'une contrepartie; on ne peut que présumer que les frais de service ont été pris en charge par les preneurs à bail. L'avocat des appelants a soutenu que la bande avait en fait payé les services parce que, selon le témoignage de l'un de ses témoins, la bande avait accepté une réduction du prix des terrains puisque ceux-ci n'étaient pas viabilisés. Toutefois, cet argument n'est pas défendable. Si la bande touche un loyer fondé sur la valeur du terrain nu, détenu en pleine propriété, ce sera un loyer fondé sur la pleine valeur de son actif. Telle est l'étendue de son droit.

[86] C'est en fait la position la plus logique étant donné qu'il est extrêmement douteux que la bande puisse être dédommée pour les services qui ont été fournis aux frais du promoteur. Il existe un principe bien accepté selon lequel, en l'absence de mots à l'effet contraire, un propriétaire ne doit pas bénéficier d'améliorations qui ont été faites par le preneur à bail à ses frais. Ce principe a été précisé dans l'arrêt *Queen (The) in right of Canada and Lynnwood Marinaland Ltd., Re* (1971), 20 D.L.R. (3d) 589 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. À la page 591, le juge en chef Davey, énonce ce principe de la manière suivante:

[TRADUCTION] Le loyer payable pendant le terme prévu s'applique à la propriété louée au preneur à bail, c'est-à-dire le plan d'eau. En vertu du bail, le preneur a acquis une propriété à bail sur laquelle il avait le droit de faire des améliorations. L'obliger à payer un loyer accru pour les améliorations qu'il a faites pendant la durée du bail équivaldrait à lui faire payer un loyer sur une valeur qui a été créée par les dépenses qu'il était autorisé à faire, ce qui diminuerait la valeur de sa propriété à bail. Je pense que, si tel était le résultat recherché, il aurait fallu l'exprimer dans des mots précis qui ne sont pas là.

Here the Band did not pay for the servicing and thus should not be compensated for it.

[87] Finally, a consideration of paragraph 2(2)(a) as a whole provides more support for the view that the lands are to be valued in their unserviced state. I find the use of the word “unimproved” accords with the view that the costs of servicing are not to be included in the calculation of the “fair annual rent”. Counsel for the appellants argued that services were not “improvements” within the meaning of that term but was unable to provide any authority for this view. In fact, there is authority to the contrary. For example, *Black’s Law Dictionary*, 6th ed., (at page 757) defines “improved land” as “[r]eal estate whose value has been increased by landscaping and the addition of sewers, roads, utilities, and the like”. Similarly, the term “improvement” generally refers “to buildings, but may also include any permanent structure or other development, such as a street, sidewalks, sewers, utilities, etc.”. Thus, the position I have taken is consistent with the plain meaning of the phrase “unimproved lands”.

[88] For the reasons of the Trial Judge and my supplemental comments, I agree that all servicing costs must be deducted from the fee simple value of the bare lots to determine the “current land value”. Thus the cost of servicing will be deducted from the figure of \$600,000 to arrive at the final value for the average lot.

[89] At trial, the respondents’ expert claimed that the services amounted to \$117,818 per lot. The Trial Judge accepted his method of calculation, some components of which were based on the “current land value” of the lots. Since I have increased the “current land value” from the figures determined by the Trial Judge, these servicing costs will increase. Counsel on the appeal indicated that they could agree on the amount of these costs.

En l’espèce, la bande n’a pas payé pour les services, et elle ne devrait donc pas être dédommée pour ceux-ci.

[87] Finalement, un examen de l’alinéa 2(2)a dans son ensemble appuie aussi l’opinion selon laquelle les terrains doivent être évalués avant d’être viabilisés. J’estime que l’utilisation de l’expression «sans amélioration» est compatible avec l’opinion selon laquelle les frais de service ne doivent pas être inclus dans le calcul du «juste loyer annuel». L’avocat des appelants a prétendu que les services n’étaient pas des «améliorations» au sens de ce terme, mais il n’a pas réussi à fournir d’autorité pour appuyer son opinion. En fait, certaines autorités sont à l’effet contraire. Par exemple, le *Black’s Law Dictionary*, 6<sup>e</sup> éd., (à la page 757), définit l’expression [TRADUCTION] «terrain amélioré» comme étant un [TRADUCTION] «immeuble dont la valeur a été augmentée par l’aménagement paysager et par la construction d’égouts, de routes, de services d’utilité publique et autres». De même le terme «amélioration» renvoie généralement [TRADUCTION] «à des immeubles, mais il peut également inclure toute structure permanente ou autre aménagement, comme des rues, des trottoirs, des égouts, des services d’utilité publique, etc.». Donc, la position que j’ai adoptée est conforme au sens ordinaire de l’expression «terrains non améliorés».

[88] Pour les motifs énoncés par le juge de première instance et vu mes observations supplémentaires, je suis d’avis que tous les frais de service doivent être soustraits de la valeur des terrains nus, détenus en pleine propriété, pour déterminer la «valeur courante du terrain». Donc, les frais de service seront déduits du montant de 600 000 \$ pour déterminer la valeur finale du lot moyen.

[89] En première instance, l’expert des intimés a prétendu que les services équivalaient à 117 818 \$ par lot. Le juge de première instance a accepté cette méthode de calcul, dont certains éléments étaient fondés sur la «valeur courante» des lots. Étant donné que j’ai augmenté la «valeur courante du terrain» par rapport aux chiffres déterminés par le juge de première instance, ces frais de service augmenteront. Les avocats dans le présent appel ont indiqué qu’ils

pourraient s'entendre sur le montant de ces frais de service.

### Conclusion

[90] In the result, the appeal should be granted in part. The "current land value" of the subject lots should be determined in the manner indicated by the Trial Judge, except that the full fee simple value of the bare lots will be used, rather than the figures reflecting the 50% deduction. The cost of servicing these lots should be deducted from these values in the amount agreed upon by the parties. The resulting figure should form the "current land value" of each lot. As prescribed by the lease, 6% of the "current land value" for each lot is the "annual fair rent" for the 20-year period commencing June 8, 1995. The costs of this appeal should be awarded to the appellants.

[91] Within thirty (30) days from the date of these reasons and pursuant to rule 394 of the *Federal Court Rules, 1998*, [SOR/98-106] counsel for the appellants shall prepare for endorsement a draft judgment giving effect to these reasons (including costs) and seek approval as to form and content from counsel for the respondents and submit the same to the Court for signature. If the parties cannot agree as to the form and content of the judgment within the time specified, or if one or both parties consider it necessary to seek the Court's directions with respect to the preparation of the draft judgment in accordance with these reasons, and in particular the calculation of servicing costs to be deducted, either party may bring a motion for judgment in accordance with rule 369 of the *Federal Court Rules, 1998*.

DESJARDINS J.A.: I agree.

ROBERTSON J.A.: I agree.

---

<sup>1</sup> This figure was not disputed by either party at the hearing of the appeal.

### Conclusion

[90] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie. La «valeur courante» des lots en question devrait être déterminée de la manière indiquée par le juge de première instance, à l'exception du fait que l'on retiendra la pleine valeur des lots nus, détenus en pleine propriété, plutôt que les chiffres obtenus après la déduction de 50 %. Les frais de service sur ces lots seront déduits selon les montants dont les parties conviendront. La différence constituera la «valeur courante» de chaque lot. Comme il est prescrit dans le bail, le «juste loyer annuel» pour la période de 20 ans commençant le 8 juin 1995 équivaudra à 6 % de la «valeur courante» de chaque lot. Les dépens du présent appel sont accordés aux appelants.

[91] Dans les trente (30) jours suivant la date des présents motifs et conformément à la règle 394 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], l'avocat des appelants préparera un projet de jugement donnant effet à ceux-ci (notamment quant aux dépens) et, après avoir obtenu l'approbation de l'avocat des intimés quant à la forme et au contenu, il le soumettra à la Cour pour qu'elle le signe. Si les parties ne peuvent s'entendre sur la forme et le contenu du jugement dans le délai prescrit, ou si elles estiment nécessaire de demander des directives à la Cour au sujet de la préparation du projet de jugement conformément aux présents motifs, plus précisément en ce qui a trait au calcul des frais de service à déduire, l'une ou l'autre partie pourra présenter une requête en jugement conformément à la règle 369 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

---

<sup>1</sup> Ce montant n'a été contesté par aucune des parties à l'audition de l'appel.