

A-337-17  
2019 FCA 171

A-337-17  
2019 CAF 171

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

**Roger Southwind, en son propre nom et au nom des membres de la Première Nation du lac Seul, et Première Nation du lac Seul** (*appelants*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada and Her Majesty the Queen in Right of Ontario and Her Majesty the Queen in Right of Manitoba** (*Respondents*)

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario et Sa Majesté la Reine du chef du Manitoba** (*intimées*)

**INDEXED AS: SOUTHWIND v. CANADA**

**RÉPERTORIÉ : SOUTHWIND c. CANADA**

Federal Court of Appeal, Nadon, Webb and Gleason J.J.A.—Ottawa, October 23, 2018 and June 10, 2019.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Webb et Gleason, J.C.A.—Ottawa, 23 octobre 2018 et 10 juin 2019.

*Aboriginal Peoples — Lands — Appeal from Federal Court decision awarding appellants \$30 million in equitable compensation for breach of fiduciary duty committed by Her Majesty the Queen in right of Canada (respondent) in connection with flooding of substantial part of Lac Seul First Nation reserve — Appellants contending that Federal Court erring in assessment of portion of equitable compensation awarded, namely value it attributed to flooded land — Claiming appropriate compensation should have included value of revenue-sharing agreement respondent should have negotiated on Lac Seul First Nation's behalf — In alternative, appellants submitting that value of flooded reserve land should be calculated in amount greater than that Federal Court fixing to take into account value of flooded lands in connection with downstream hydroelectric electricity generation — Dam built in 1929 outside reserve of Lac Seul First Nation at Ear Falls; resulting in rising water levels on Lac Seul First Nation reserve — Dam built without statutory approval or agreement on compensation — One-fifth of reserve rendered unusable because of construction of dam — Lac Seul First Nation representatives adhering to Treaty 3; land set aside under Treaty 3 considered "reserve" within meaning of 1927 Indian Act — Under Indian Act, Lac Seul First Nation's reserve could be surrendered, taken by respondent for public purpose — Federal Court holding that respondent owing Lac Seul First Nation fiduciary duty in respect of land reserved for its benefit under Treaty 3; rejecting argument that respondent would have negotiated revenue-sharing agreement on Lac Seul First Nation's behalf — Federal Court also assessing compensation respondent required to pay to be fixed at \$1.29*

*Peuples autochtones — Terres — Appel de la décision de la Cour fédérale d'accorder aux appelants une indemnisation en equity de 30 millions de dollars pour un manquement par Sa Majesté la Reine du chef du Canada (l'intimée) à ses obligations de fiduciaire en lien avec l'inondation d'une partie importante de la réserve de la Première Nation du lac Seul — Les appelants ont affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur dans son évaluation d'une portion de l'indemnisation en equity accordée, notamment concernant la valeur attribuée par la Cour fédérale aux terres inondées — Selon eux, l'indemnisation qui convenait aurait dû inclure la valeur d'une entente de partage des bénéfices que l'intimée aurait dû négocier au nom de la Première Nation du lac Seul — Subsidiairement, les appelants ont soutenu que la valeur des terres de réserve inondées aurait dû être plus élevée que le montant fixé par la Cour fédérale, afin de tenir compte de la valeur des terres inondées en lien avec la production hydroélectrique en aval — Un barrage a été construit en 1929 à l'extérieur de la réserve de la Première Nation du lac Seul à Ear Falls, ce qui a entraîné une élévation du niveau du Lac Seul — Le barrage a été construit sans les approbations nécessaires et sans une entente sur le montant de l'indemnité — Par suite de la construction du barrage, le cinquième de la réserve a été rendu inutilisable — Des représentants de la Première Nation du lac Seul ont adhéré au Traité n° 3; les terres mises de côté en application des modalités du Traité n° 3 constituaient une « réserve » au sens de la Loi des Indiens de 1927 — Aux termes de la Loi des Indiens, les terres de la réserve de la Première Nation du lac Seul pouvaient être cédées ou prises par l'intimée pour des travaux publics — La Cour fédérale a affirmé que l'intimée*

per acre in 1929 dollars — Thus applying current expropriation law as opposed to that in force in 1929 — Federal Court determining that no basis for concluding that premium beyond value of land as agricultural land would have been negotiated even though such premium had previously been paid for land acquired in connection with Kananaskis Falls development project, lands owned by the Stoney Indian Band; that both projects being different — Whether Federal Court committed reviewable error in declining to award compensation for failure to negotiate revenue-sharing agreement; whether Federal Court erring in assessment of quantum of one-time compensation for loss of flooded land — *Per Nadon J.A. (Webb J.A. concurring): No basis to interfere with Federal Court's decision — Reasons Gleason J.A. giving for disposing of appeal agreed upon except in regard to issue that Federal Court erring in distinguishing Kananaskis Falls development project (Kananaskis Project) from Lac Seul situation — Federal Court's determination of comparability of Kananaskis Project, Lac Seul situation factual determination, not legal one — Although distinction made on incorrect basis, error alone not overriding — Thus, Federal Court's determination that \$1.29 per acre proper compensation for appellants' flooded land should not be disturbed — Evidence concerning Kananaskis Project insufficient to conclude that Federal Court erring in refusing to grant appellants sum in excess of fair market value of \$1.29 per acre — While respondent taking different approach in present matter compared to Kananaskis Project, this not leading to conclusion that respondent breached duty towards appellants herein — Finally, regarding revenue-sharing agreement, appellants not introducing any expert evidence regarding fair market value of flooded land or any premium that should have been paid in relation thereto — Appeal dismissed — *Per Gleason J.A. (dissenting): Federal Court not committing any error in declining to award compensation for loss of revenue-sharing agreement — Also not committing any error in principle in reaching this conclusion — Making no palpable, overriding error of fact or mixed fact and law in concluding that Lac Seul situation fundamentally different from situations relied on by appellants where agreements providing for ongoing payments previously negotiated — Federal Court applying principles of equitable compensation in considering whether appellants entitled to compensation for loss of revenue-sharing agreement — No basis to interfere with Federal Court's conclusion that respondent would have compensated appellants in one-time payment for flooded land, would not have secured indefinite revenue-sharing agreement — As to Federal Court's assessment of one-time compensation for loss of flooded land, Federal Court erring to extent using law as it stood in 2017 as point of reference — Federal Court's finding that respondent would not have paid more than \$1.29 per acre for flooded land had it expropriated land in 1929 not tainted by legal error — Federal Court not erring in application of relevant expropriation law principles — As to distinction of Stoney Indian Band precedent, Federal Court**

*avait envers la Première Nation du lac Seul une obligation fiduciaire relativement aux terres réservées pour son bénéficiaire en vertu du Traité n° 3; elle a rejeté l'argument selon lequel l'intimée aurait négocié une entente de partage des bénéfices au nom de la Première Nation du lac Seul — La Cour fédérale a évalué l'indemnité que l'intimée devait payer, laquelle devait être fixée à 1,29 \$ par acre en dollars de 1929 — Elle a donc appliqué la loi sur l'expropriation actuelle par opposition à celle en vigueur en 1929 — La Cour fédérale a estimé que rien ne permettait de conclure qu'une prime supérieure à la valeur agricole des terres aurait été négociée, même si une telle prime avait déjà été payée pour des terres acquises en lien avec le projet d'aménagement des chutes Kananaskis, des terres appartenant à la Première Nation de Stoney; que les deux projets étaient différents — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur susceptible de révision en refusant d'accorder une indemnisation pour la perte d'occasion de négocier une entente de partage des bénéfices; et si elle a commis une erreur dans son évaluation du montant de l'indemnité unique pour la perte des terres inondées — Le juge Nadon, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Rien ne justifiait que la décision de la Cour fédérale soit modifiée — À l'exception des motifs selon lesquels la Cour fédérale a commis une erreur en établissant une distinction entre le projet d'aménagement des chutes Kananaskis (le projet Kananaskis) et la situation du lac Seul, il a été souscrit aux motifs donnés par le juge Gleason, J.C.A., pour disposer de l'appel — La conclusion de la Cour fédérale concernant la comparabilité du projet Kananaskis et de la situation du lac Seul était une conclusion de fait, non une conclusion de droit — Même si cette distinction a été établie sur une prémisse inexacte, cette erreur à elle seule ne constituait pas une erreur dominante — Ainsi, la détermination de la Cour fédérale selon laquelle le prix de 1,29 \$ par acre constituait une indemnisation appropriée pour les terres inondées des appelants ne devrait pas être modifiée — Les éléments de preuve concernant le projet Kananaskis n'étaient pas suffisants pour conclure que la Cour fédérale a commis une erreur en refusant d'accorder aux appelants une somme dépassant la juste valeur marchande de 1,29 \$ par acre — Le fait que l'intimée a adopté une approche différente en l'espèce comparativement au projet Kananaskis ne pouvait mener à la conclusion que l'intimée a manqué à son obligation à l'égard des appelants — Enfin, en ce qui concerne l'entente de partage des bénéfices, les appelants n'ont présenté aucun témoignage d'expert concernant la juste valeur marchande des terres inondées ou toute prime qui aurait dû être payée en lien avec ces terres — Appel rejeté — Le juge Gleason, J.C.A. (dissidente) : La Cour fédérale n'a commis aucune erreur dans son refus d'accorder une indemnisation pour la perte d'occasion de négocier une entente de partage des bénéfices — De plus, elle n'a commis aucune erreur de principe en tirant cette conclusion — Elle n'a commis aucune erreur de droit ou de fait manifeste ou dominante ou encore aucune erreur mixte de droit et de fait en tirant la conclusion que la situation du*

*misapprehending nature of respondent's power to expropriate Stoney Indian Band's lands flooded by Kananaskis Falls dam, which was legal error — Such error necessitating intervention by Federal Court of Appeal.*

This was an appeal from a Federal Court decision awarding the appellants \$30 million in equitable compensation for breach of fiduciary duty committed by Her Majesty the Queen in right of Canada (respondent) in connection with flooding of a substantial part of the Lac Seul First Nation reserve. The appellants contended that the Federal Court erred in the assessment of a portion of the equitable compensation awarded, namely the value it attributed to the flooded land. Appropriate compensation for this item, they claimed, should not have been premised on the fair market value of the flooded lands based on their use at the time they were flooded but should have included the value of a revenue-sharing agreement the respondent should have negotiated on the Lac Seul First Nation's behalf. In the alternative, the appellants submitted that value of the flooded reserve land should be calculated in an amount greater than that fixed by the Federal Court to take into account the value of the flooded lands in connection with downstream hydroelectric electricity generation.

In the 1920s, members of the Lac Seul First Nation became aware of plans to build a dam, outside their reserve at Ear Falls, to support downstream hydroelectric development to generate power for the City of Winnipeg. It was contemplated that the dam would raise the level of Lac Seul and flood

*lac Seul était fondamentalement différente des situations invoquées par les appelants, pour lesquelles des ententes prévoyant des paiements périodiques ont été négociées — La Cour fédérale a appliqué les principes de l'indemnisation en equity quand elle s'est penchée sur la question de savoir si les appelants avaient droit à une indemnisation pour la perte de la possibilité de négocier une entente de partage des bénéfices — Il n'existait aucune raison de modifier la conclusion de la Cour fédérale, selon laquelle l'intimée aurait indemnisé les appelants avec une indemnité unique pour les terres inondées et n'aurait pas conclu une entente de partage des bénéfices sans durée fixe — En ce qui concerne l'évaluation par la Cour fédérale du montant de l'indemnisation unique pour la perte des terres inondées, dans l'éventualité où la Cour fédérale a utilisé la loi telle qu'elle était libellée en 2017 comme point de référence, elle a commis une erreur — La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle l'intimée n'aurait pas payé plus de 1,29 \$ par acre pour les terres inondées, si elle avait exproprié les terres en 1929, n'était pas entachée d'une erreur de droit — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans son application des principes pertinents du droit des expropriations — En ce qui concerne la distinction établie d'avec le précédent de la Première Nation de Stoney, la Cour fédérale a fait une interprétation erronée de la nature du pouvoir de l'intimée d'exproprier les terres de la Première Nation de Stoney inondées par le barrage des chutes Kananaskis, et il s'agissait d'une erreur de droit — Cette erreur justifiait l'intervention de la Cour d'appel fédérale.*

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale d'accorder aux appelants une indemnisation en equity de 30 millions de dollars pour un manquement par Sa Majesté la Reine du chef du Canada (l'intimée) à ses obligations de fiduciaire en lien avec l'inondation d'une partie importante de la réserve de la Première Nation du lac Seul. Les appelants ont affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur dans son évaluation d'une portion de l'indemnisation en equity accordée, notamment concernant la valeur attribuée par la Cour fédérale aux terres inondées. Selon eux, l'indemnisation qui convenait n'aurait pas dû être fondée sur la juste valeur marchande des terres inondées en fonction de leur utilisation au moment de l'inondation, mais aurait plutôt dû inclure la valeur d'une entente de partage des bénéfices que l'intimée aurait dû négocier au nom de la Première Nation du lac Seul. Subsidièrement, les appelants ont soutenu que la valeur des terres de réserve inondées aurait dû être plus élevée que le montant fixé par la Cour fédérale, afin de tenir compte de la valeur des terres inondées en lien avec la production hydroélectrique en aval.

Dans les années 1920, des membres de la Première Nation du lac Seul ont pris connaissance de plans en vue de la construction d'un barrage, à l'extérieur de leur réserve à Ear Falls, pour soutenir le développement hydroélectrique en aval afin d'alimenter en énergie la ville de Winnipeg. On prévoyait que

the reserve lands surrounding the lake. Members of the First Nation repeatedly raised concerns with the respondent about the damage that raising the level of Lac Seul might cause. While the respondent acknowledged these concerns, it did not seek the Lac Seul First Nation's consent to surrender the land; nor did it take (or expropriate) the land. As a result, the land at issue remained, and currently remains part of the reserve. The dam was built in 1929 without the requisite statutory approval and the water level in Lac Seul gradually rose thereafter. The water now covers 11 304 acres (approximately 17 percent of the Lac Seul First Nation reserve). There was no specific agreement about the compensation that would be paid to the Lac Seul First Nation at the time. Although the respondent ultimately reached a settlement with Ontario in 1943, it did not consult with the Lac Seul First Nation before and did not advise the First Nation of the terms of the settlement reached. As a result of the construction of the dam at Ear Falls and resulting flooding, nearly one-fifth of the Lac Seul reserve was rendered unusable. In terms of the legal background, representatives of the Lac Seul First Nation adhered to Treaty 3 in 1874, a year after it was signed. The land set aside for the Lac Seul First Nation under the terms of Treaty 3 was a "reserve" within the meaning of paragraph 2(j) of the 1927 *Indian Act*. Given that Treaty 3 contained provisions that resembled the specific sections of the *Indian Act* dealing with the removal of land from a reserve, under this Act, the Lac Seul First Nation's reserve land could be surrendered or taken by the respondent for a public purpose under certain conditions.

The Federal Court held in particular that the respondent owed the Lac Seul First Nation a fiduciary duty in respect of the land reserved for its benefit under Treaty 3. It also set out the principles governing equitable compensation. It rejected the argument that the respondent would have negotiated a revenue-sharing agreement on the Lac Seul First Nation's behalf. The Federal Court also assessed the compensation that the respondent was required to pay, which it concluded should be fixed at \$1.29 per acre in 1929 dollars. This was the value of the land as agricultural land, based on the expert evidence accepted. In so concluding, the Federal Court seemingly applied current expropriation law as opposed to that in force in 1929. It further determined there was no basis for concluding that a premium beyond the value of the land as agricultural land would have been negotiated even though such a premium had previously been paid for land acquired in connection with the Kananaskis Falls development project, lands owned by the Stoney Indian Band. The Federal Court reasoned that the two projects were different.

Le barrage entraînerait une élévation du niveau du lac Seul et l'inondation des terres de la réserve entourant le lac. Des membres de la Première Nation ont à maintes reprises exprimé leurs préoccupations à l'intimée concernant les dommages que pourrait causer l'élévation du niveau du lac Seul. L'intimée a reconnu ces préoccupations, mais elle n'a pas cherché à obtenir le consentement de la Première Nation du lac Seul pour qu'elle cède les terres, et elle n'a pas non plus pris possession des terres (ou exproprié les terres). Ainsi, les terres en litige sont demeurées, et demeurent encore à ce jour, parties de la réserve. Le barrage a été construit en 1929, sans les approbations nécessaires, et le niveau d'eau du lac Seul s'est graduellement élevé par la suite. L'eau recouvre maintenant 11 304 acres (environ 17 p. 100 de la réserve de la Première Nation du lac Seul). Il n'y a eu aucune entente précise sur le montant de l'indemnité qui serait alors versé à la Première Nation du lac Seul. L'intimée en est finalement arrivée à un règlement avec l'Ontario en 1943, mais elle n'a pas consulté la Première Nation du lac Seul avant de commencer les négociations et elle n'a pas non plus informé la Première Nation des modalités du règlement conclu. Par suite de la construction du barrage d'Ear Falls et de l'inondation subséquente, près du cinquième de la réserve du lac Seul a été rendu inutilisable. En ce qui concerne le contexte juridique, des représentants de la Première Nation du lac Seul ont adhéré au Traité n° 3 en 1874, un an après sa signature. Les terres mises de côté pour la Première Nation du lac Seul en application des modalités du Traité n° 3 constituaient une « réserve » au sens de l'alinéa 2j) de la *Loi des Indiens* de 1927. Puisque le Traité n° 3 contient des dispositions qui ressemblent aux articles de la *Loi des Indiens* qui portent sur le retrait d'une portion de réserve, aux termes de cette Loi, les terres de la réserve de la Première Nation du lac Seul pouvaient être cédées ou prises par l'intimée pour des travaux publics à certaines conditions.

La Cour fédérale a affirmé plus particulièrement que l'intimée avait envers la Première Nation du lac Seul une obligation fiduciaire relativement aux terres réservées pour son bénéfice en vertu du Traité n° 3. Elle a ensuite exposé les principes régissant l'indemnisation en equity. Elle a rejeté l'argument selon lequel l'intimée aurait négocié une entente de partage des bénéfices au nom de la Première Nation du lac Seul. La Cour fédérale est ensuite passée à l'évaluation de l'indemnité que l'intimée devait payer, laquelle selon la Cour devrait être fixée à 1,29 \$ par acre en dollars de 1929. Il s'agissait là de la valeur agricole des terres, fondée sur le témoignage d'expert accepté par la Cour. En tirant cette conclusion, la Cour fédérale a apparemment appliqué la loi sur l'expropriation actuelle par opposition à celle en vigueur en 1929. Elle a également estimé que rien ne permettait de conclure qu'une prime supérieure à la valeur agricole des terres aurait été négociée, même si une telle prime avait déjà été payée pour des terres acquises en lien avec le projet d'aménagement des chutes Kananaskis, des terres appartenant à la Première Nation de Stoney. La Cour fédérale a expliqué que les deux projets étaient différents.

The issues were whether the Federal Court committed a reviewable error in declining to award compensation for the failure to negotiate a revenue-sharing agreement; and whether it erred in its assessment of the quantum of the one-time compensation for the loss of the flooded land.

*Held* (Gleason J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

*Per* Nadon J.A. (Webb J.A. concurring): There was no basis to interfere with the Federal Court's decision. The reasons Gleason J.A. gave for disposing of the appeal were agreed upon except in regard to one issue.

Regarding the first issue, there was agreement with Gleason's determination that the Federal Court correctly held that there was no basis to award compensation for loss of a revenue-sharing agreement. Further, Gleason J.A. was right in finding that the Federal Court made no palpable and overriding error in concluding that the Lac Seul situation was not comparable to the other situations relied on by the appellants. There was agreement as well with Gleason J.A.'s conclusion concerning the second issue of one-time compensation for the loss of the flooded land. Gleason J.A. concluded that the Federal Court did not err and that its determination that, had the respondent expropriated the flooded land in 1929, it would not have paid more than the fair market value of \$1.29 per acre was not a determination resulting from either an error of law or from a palpable and overriding error.

Nevertheless, there was disagreement with the view of Gleason J.A. that the Federal Court erred in distinguishing the Kananaskis Falls development project (the Kananaskis Project) from the Lac Seul situation. In the view of Gleason J.A., the Federal Court erred in drawing an erroneous distinction between the two situations. She concluded that the respondent was entitled to expropriate in both situations and that the Federal Court erred in finding that there was no right to expropriate in the Kananaskis Project. The Federal Court's determination of the comparability of the Kananaskis Project and the Lac Seul situation was a factual determination, not a legal one and was based entirely on the historical record before it. While the Federal Court may have distinguished the Kananaskis Project from the Lac Seul situation on an incorrect basis, this error alone did not constitute an error going to the core of the outcome: it was not overriding. On the record available, the Federal Court's conclusion that the two situations were different was sound. Thus, the Federal Court's determination that \$1.29 per acre was the proper compensation for the

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur susceptible de révision en refusant d'accorder une indemnisation pour la perte d'occasion de négocier une entente de partage des bénéfices; et si elle a commis une erreur dans son évaluation du montant de l'indemnité unique pour la perte des terres inondées.

*Arrêt* (la juge Gleason, J.C.A., dissidente) : l'appel doit être rejeté.

Le juge Nadon, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Rien ne justifiait que la décision du juge de la Cour fédérale soit modifiée. À l'exception d'une seule question, il a été souscrit aux motifs donnés par la juge Gleason, J.C.A., pour disposer de l'appel.

En ce qui concerne la première question en litige, il a été souscrit à l'avis de la juge Gleason selon lequel la Cour fédérale a conclu à juste titre que rien ne justifiait d'accorder une indemnisation pour la perte de la possibilité de négocier une entente de partage des bénéfices. En outre, la juge Gleason, J.C.A., a estimé à juste titre que la Cour fédérale n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en tirant la conclusion que la situation du lac Seul n'était pas comparable à d'autres situations sur lesquelles se fondaient les appelants. Il a été souscrit également à la conclusion de la juge Gleason, J.C.A., concernant la deuxième question en litige de l'indemnité unique pour la perte des terres inondées. La juge Gleason, J.C.A., a conclu que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur et que sa conclusion selon laquelle l'intimée n'aurait pas payé plus que la juste valeur marchande de 1,29 \$ par acre si elle avait exproprié les terres inondées en 1929, ne découlait pas d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et dominante.

Il n'a cependant pas été souscrit aux motifs de la juge Gleason, J.C.A., selon lesquels la Cour fédérale a commis une erreur en établissant une distinction entre le projet d'aménagement des chutes Kananaskis (le projet Kananaskis) et la situation du lac Seul. Selon la juge Gleason, J.C.A., la Cour fédérale a commis une erreur en établissant une distinction fautive entre les deux situations. Elle a conclu que l'intimée était autorisée à exproprier dans les deux situations et que la Cour fédérale a commis une erreur en tirant la conclusion que, dans le cas du projet Kananaskis, il n'existait aucun droit d'exproprier. La conclusion de la Cour fédérale concernant la comparabilité du projet Kananaskis et de la situation du lac Seul était une conclusion de fait, non une conclusion de droit, et elle reposait entièrement sur le dossier historique dont elle disposait. Même si la Cour fédérale a peut-être établi une distinction entre le projet Kananaskis et la situation du lac Seul sur une prémisse inexacte, cette erreur à elle seule ne constituait pas une erreur touchant directement à l'issue de l'affaire : elle n'était pas dominante. En fonction du dossier dont la Cour

appellants' flooded land should not be disturbed. The appellants' argument that they were entitled to a premium on the fair market value of the flooded land on the basis that the respondent required that the land at issue in the Kananaskis Project be compensated in excess of its agricultural value was rejected. Based on the Federal Court of Appeal's limited knowledge of the Kananaskis Project, it was not possible to determine the legal basis upon which the respondent relied to insist on a premium for the land at issue in the Kananaskis Project. What was clear was that the land required for the Kananaskis Project was situated on the reserve and that most of the flooded land was outside of the reserve. The evidence concerning the Kananaskis Project was insufficient to conclude that the Federal Court erred in refusing to grant the appellants a sum in excess of its fair market value of \$1.29 per acre. While the respondent was not prepared to use its expropriation power with regard to the Kananaskis Project, the fact that it took a different approach in the present matter did not, *per se*, lead to the conclusion that the respondent breached its duty towards the appellants herein. Also, regarding a revenue-sharing agreement, the appellants did not introduce any expert evidence regarding the fair market value of the flooded land or any premium that should have been paid in relation to that land.

*Per* Gleason J.A. (dissenting): The Federal Court did not commit any error in declining to award compensation for loss of a revenue-sharing agreement. It also did not commit any error in principle in reaching this conclusion and correctly outlined the principles applicable to equitable compensation. Similarly, it made no palpable and overriding error of fact or of mixed fact and law in concluding that the Lac Seul situation was fundamentally different from those situations relied on by the appellants where agreements providing for ongoing payments had been negotiated. The Federal Court also explained the concepts of equity and equitable compensation. It did not ignore the principles of equitable compensation but rather faithfully applied them in its consideration of whether the appellants were entitled to compensation for the loss of a revenue-sharing agreement. It correctly identified the impact of the breaches of fiduciary duty committed by the respondent as being *both* the deprivation of an opportunity to negotiate a surrender of the flooded land in 1929 and the deprivation in 1929 of the funds that ought to have been paid had the respondent taken and exercised the right to flood the reserve land. Moreover, the situations that the appellants pointed to where agreements providing for ongoing payments were entered into were different. There was ample factual basis in the record before the Federal Court to support its conclusions that these situations were distinguishable from the Lac Seul

fédérale était saisie, sa conclusion selon laquelle les deux situations différaient était sensée. Ainsi, la détermination selon laquelle le prix de 1,29 \$ par acre constituait une indemnisation appropriée pour les terres inondées des appellants ne devrait pas être modifiée. L'argument des appellants selon lequel ils avaient droit à une prime sur la juste valeur marchande des terres inondées parce que l'intimée a demandé que l'indemnité pour les terres en litige dans le projet Kananaskis dépasse la valeur agricole des terres a été rejeté. Selon les connaissances limitées de la Cour d'appel fédérale sur le projet Kananaskis, il n'était pas possible de déterminer le fondement juridique sur lequel s'est appuyée l'intimée pour insister pour accorder une prime pour les terres en question dans le projet Kananaskis. Ce qui était clair, c'est que les terres requises pour le projet Kananaskis étaient situées dans la réserve et que la majeure partie des terres inondées étaient situées hors réserve. Les éléments de preuve concernant le projet Kananaskis n'étaient pas suffisants pour conclure que la Cour fédérale a commis une erreur en refusant d'accorder aux appellants une somme dépassant la juste valeur marchande de 1,29 \$ par acre. L'intimée n'était pas prête à utiliser son pouvoir d'expropriation à l'égard du projet Kananaskis, mais le fait qu'elle a adopté une approche différente en l'espèce ne pouvait, en soi, mener à la conclusion que l'intimée a manqué à son obligation à l'égard des appellants. En outre, en ce qui concerne une entente de partage des bénéfices, les appellants n'ont présenté aucun témoignage d'expert concernant la juste valeur marchande des terres inondées ou toute prime qui aurait dû être payée en lien avec ces terres.

La juge Gleason, J.C.A. (dissidente) : La Cour fédérale n'a commis aucune erreur dans son refus d'accorder une indemnisation pour la perte d'occasion de négocier une entente de partage des bénéfices. De plus, la Cour fédérale n'a commis aucune erreur de principe en tirant cette conclusion et elle a, à juste titre, souligné les principes applicables à l'indemnisation en equity. De même, elle n'a commis aucune erreur de droit ou de fait manifeste ou dominante ou encore aucune erreur mixte de droit et de fait en tirant la conclusion que la situation du lac Seul était fondamentalement différente des situations invoquées par les appellants, pour lesquelles des ententes prévoyant des paiements périodiques ont été négociées. La Cour fédérale a aussi expliqué les concepts de l'equity et de l'indemnisation en equity. Elle n'a pas ignoré ces principes, mais les a plutôt appliqués fidèlement quand elle s'est penchée sur la question de savoir si les appellants avaient droit à une indemnisation pour la perte de la possibilité de négocier une entente de partage des bénéfices. Elle a correctement défini les répercussions des manquements de l'intimée à ses obligations de fiduciaire comme étant *à la fois* la privation d'une possibilité de négocier une cession des terres inondées en 1929 et la privation en 1929 des sommes qui auraient dû être payées si l'intimée avait pris les terres de la réserve et exercé son droit de les inonder. En outre, les situations invoquées par les appellants et pour lesquelles des ententes prévoyant des paiements périodiques ont

First Nation's circumstances. The Federal Court therefore could not be said to have made a palpable and overriding error in distinguishing them. Thus, there was no basis to interfere with the Federal Court's conclusion that the respondent would have compensated the appellants in a one-time payment for the flooded land and would not have secured an indefinite revenue-sharing agreement.

With respect to the Federal Court's assessment of the one-time compensation for the loss of the flooded land, to the extent that the Federal Court used the law as it stood in 2017 as its point of reference, it erred. Given its finding that compensation would have been paid in 1929, the question for the Federal Court was rather how such compensation would have been determined at that time. The appellants' argument that the Federal Court erred in using the figure of \$1.29 per acre as forming the basis for compensation for the flooded land in a one-time payment was rejected. The Federal Court's finding that the respondent would not have paid more than \$1.29 per acre for the flooded land had it expropriated the land in 1929 was not tainted by legal error. And, the appellants failed to demonstrate that the Federal Court's finding on this point amounted to a palpable and overriding error. Thus, the Federal Court did not err in its application of the relevant expropriation law principles.

As to the Federal Court's distinction of the Stoney Indian Band precedent where it was concluded that there was no power to expropriate in that case unlike the situation of the Lac Seul First Nation, the Federal Court erred on the basis upon which it distinguished the Kananaskis Falls precedent. It misapprehended the nature of the respondent's power to expropriate the Stoney Indian Band's lands flooded by the Kananaskis Falls dam and this was a legal error. The issue therefore became whether this legal error necessitated intervention by the Federal Court of Appeal, which it did because it could not definitively be said that the legal error was without consequence. If there was no basis for distinguishing the Kananaskis Falls development precedent, the appellants may well have been correct in asserting that compensation should be awarded for a surrender price in excess of \$1.29 per acre.

été conclues étaient différentes. Dans le dossier dont la Cour fédérale était saisie, il y avait un large fondement factuel pour appuyer ses conclusions selon lesquelles ces situations étaient différentes des circonstances propres à la Première Nation du lac Seul. Par conséquent, il n'était pas possible d'affirmer que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en établissant cette distinction. Donc, il n'existait aucune raison valable de modifier la conclusion de la Cour fédérale, selon laquelle l'intimée aurait indemnisé les appelants avec une indemnité unique pour les terres inondées et n'aurait pas conclu une entente de partage des bénéfices sans durée fixe.

En ce qui concerne l'évaluation par la Cour fédérale du montant de l'indemnisation unique pour la perte des terres inondées, dans l'éventualité où la Cour fédérale a utilisé la loi telle qu'elle était libellée en 2017 comme point de référence, elle a commis une erreur. Compte tenu de sa conclusion selon laquelle une indemnité aurait été versée en 1929, la question que devait trancher la Cour fédérale était plutôt de déterminer comment une telle indemnité aurait été calculée à l'époque. La thèse des appelants selon laquelle la Cour fédérale a commis une erreur en utilisant le chiffre de 1,29 \$ par acre pour calculer l'indemnité unique versée pour les terres inondées a été rejetée. La conclusion de la Cour fédérale selon laquelle l'intimée n'aurait pas payé plus de 1,29 \$ par acre pour les terres inondées, si elle avait exproprié les terres en 1929, n'était pas entachée d'une erreur de droit. En outre, les appelants n'ont pas réussi à démontrer que la conclusion de la Cour fédérale sur ce point équivalait à une erreur manifeste et dominante. Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans son application des principes pertinents du droit des expropriations.

En ce qui concerne la distinction établie par la Cour fédérale d'avec le précédent de la Première Nation de Stoney en tirant la conclusion que, dans ce cas, il n'existait aucun pouvoir d'expropriation, contrairement à la situation de la Première Nation du lac Seul, la Cour fédérale a commis une erreur quant au fondement sur lequel elle s'est appuyée pour établir une distinction d'avec le précédent des chutes Kananaskis. Elle a fait une interprétation erronée de la nature du pouvoir de l'intimée d'exproprier les terres de la Première Nation de Stoney inondées par le barrage des chutes Kananaskis, et il s'agissait d'une erreur de droit. Par conséquent, la question était de savoir si cette erreur de droit justifiait l'intervention de la Cour d'appel fédérale, question à laquelle il fallait répondre par l'affirmative, parce que l'on ne pouvait définitivement pas dire que l'erreur de droit était sans conséquence. S'il n'existait aucun fondement permettant d'établir une distinction d'avec le précédent concernant l'aménagement des chutes Kananaskis, les appelants peuvent bien avoir eu raison d'affirmer qu'une indemnisation devrait être accordée pour un prix de cession dépassant 1,29 \$ par acre.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Dominion Lands Act, 1908*, S.C. 1908, c. 20, s. 35.  
*Exchequer Court Act*, R.S.C. 1927, c. 34.  
*Expropriation Act*, R.S.C. 1927, c. 64.  
*Expropriation Act*, R.S.C., 1985, c. E-21.  
*Expropriation Act*, R.S.O. 1990, c. E.26.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) “relief”,  
 4, 17(1).  
*Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81.  
*Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 2(j) “reserve”, 48, 50, 51.  
*Navigable Waters Protection Act*, R.S.C. 1927, c. 140.  
*Railway Act*, R.S.C. 1906, c. 37.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Treaty between Canada and the United States of America relating to Cooperative Development of the Water Resources of The Columbia River Basin*, January 17, 1961.  
 Treaty No. 3 (1873).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286; *In re Lucas and Chesterfield Gas and Water Board*, [1909] 1 K.B. 16 (C.A.); *Sidney v. North Eastern Railway Co.*, [1914] 3 K.B. 629 (D.C.).

## DISTINGUISHED:

*Guerin v. The Queen*, [1982] 2 F.C. 385 [1982] 2 C.N.L.R. 83 (T.D.).

## CONSIDERED:

*Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, (1991), 131 N.R. 321; *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *Monsanto Canada Inc. v. Rivett*, 2010 FCA 207, [2012] 1 F.C.R. 473; *Cedars Rapids Manufacturing and Power Company v. Lacoste*, [1914] A.C. 569, (1914), 16 D.L.R. 168 (P.C.); *Fraser v. City of Fraserville*, [1917] A.C. 187, (1917), 34 D.L.R. 211 (P.C.); *The King v. Hearn* (1917), 55 S.C.R. 562; *La Cité de Montréal v. Maucotel*, [1928] S.C.R. 384.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Acte concernant les terres de la Puissance, 1908*, S.C. 1908, ch. 20, art. 35.  
*Loi concernant la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1927, ch. 140.  
*Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 2j) « réserve », 48, 50, 51.  
*Loi des Sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81.  
*Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1927, ch. 34.  
*Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1906, ch. 37.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) « réparation », 4, 17(1).  
*Loi sur l'expropriation*, L.R.C. (1985), ch. E-21.  
*Loi sur l'expropriation*, L.R.O. 1990, ch. E.26.  
*Loi sur l'expropriation*, S.R.C. 1927, ch. 64.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique relatif au développement coopératif des ressources hydriques du bassin du fleuve Columbia*, 17 janvier 1961.  
 Traité n° 3 (1873).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165; *In re Lucas and Chesterfield Gas and Water Board*, [1909] 1 K.B. 16 (C.A.); *Sidney v. North Eastern Railway Co.*, [1914] 3 K.B. 629 (D.C.).

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Guerin c. La Reine*, [1982] 2 C.F. 385 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *Monsanto Canada Inc. c. Rivett*, 2010 CAF 207, [2012] 1 R.C.F. 473; *Cedars Rapids Manufacturing and Power Company v. Lacoste*, [1914] A.C. 569, (1914), 16 D.L.R. 168 (P.C.); *Fraser v. City of Fraserville*, [1917] A.C. 187, (1917), 34 D.L.R. 211 (P.C.); *The King v. Hearn* (1917), 55 S.C.R. 562; *La Cité de Montréal v. Maucotel*, [1928] R.C.S. 384.

## REFERRED TO:

*Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, (1994), 171 N.R. 245; *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 287 D.L.R. (4th) 480; *Huu-Ay-Aht First Nations v. Canada*, 2016 SCTC 14 (CanLII); *Beardy's & Okemasis Band #96 and #97 v. Canada*, 2016 SCTC 15 (CanLII); *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, (1984), 55 N.R. 161; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, (1995), 190 N.R. 89; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Heron Bay Investments Ltd. v. Canada*, 2010 FCA 203, 405 N.R. 73; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, (1990), 109 N.R. 22; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, (1999), 246 N.R. 83; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3, (1997), 148 D.L.R. (4th) 523 (C.A.); *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3, (1985), 17 D.L.R. (4th) 591 (C.A.); *Lacoste v. Cedars Rapids Manufacturing and Power Co.*, [1928] 2 D.L.R. 1 (P.C.); *Re Ontario and Minnesota Power Co., Ltd. and Town of Fort Frances* (1916), 28 D.L.R. 30, 35 O.L.R. 459 (S.C.(A.D.)); *Raymond v. The King* (1916), 16 Ex. C.R. 1, 29 D.L.R. 574, affd (1918), 59 S.C.R. 682, 49 D.L.R. 689; *The King v. Quebec Gas Co.* (1917), 17 Ex. C.R. 386, 42 D.L.R. 61, affd (1918), 59 S.C.R. 677, 49 D.L.R. 692; *Canada v. Brokenhead First Nation*, 2011 FCA 148, 419 N.R. 289; *Kelly v. Canada*, 2013 FCA 171, 446 N.R. 339; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Ltd.*, 2016 FCA 161, 483 N.R. 275.

APPEAL from a Federal Court decision (2017 FC 906, 74 C.L.R. (4th) 4) awarding the appellants \$30 million in equitable compensation for breach of fiduciary duty committed by Her Majesty the Queen in right of Canada in connection with flooding of a substantial part of the Lac Seul First Nation reserve. Appeal dismissed, Gleason J.A. dissenting.

## APPEARANCES

*William J. Major, Yana Sobiski and Marie-France Major* for appellants.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 287 D.L.R. (4th) 480; *Premières Nations Huu-Ay-Aht c. Canada*, 2016 TRPC 14 (CanLII); *Bande Beardy's et Okemasis nos 96 et 97 c. Canada*, 2016 TRPC 15 (CanLII); *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Heron Bay Investments Ltd. c. Canada*, 2010 CAF 203; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.); *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.); *Lacoste v. Cedars Rapids Manufacturing and Power Co.*, [1928] 2 D.L.R. 1 (P.C.); *Re Ontario and Minnesota Power Co., Ltd. and Town of Fort Frances* (1916), 28 D.L.R. 30, 35 O.L.R. 459 (S.C.(A.D.)); *Raymond v. The King* (1916), 16 R.C. de l'É. 1, 29 D.L.R. 574, conf. par (1918), 59 R.C.S. 682, 49 D.L.R. 689; *The King v. Quebec Gas Co.* (1917), 17 R.C. de l'É. 386, 42 D.L.R. 61, conf. par (1918), 59 R.C.S. 677, 49 D.L.R. 692; *Canada c. Première nation de Brokenhead*, 2011 CAF 148; *Kelly c. Canada*, 2013 CAF 171; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2017 CF 906) d'accorder aux appelants une indemnisation en equity de 30 millions de dollars pour un manquement par Sa Majesté la Reine du chef du Canada à ses obligations de fiduciaire en lien avec l'inondation d'une partie importante de la réserve de la Première Nation du lac Seul. Appel rejeté, la juge Gleason, J.C.A., étant dissidente.

## ONT COMPARU :

*William J. Major, Yana Sobiski et Marie-France Major* pour les appelants.

*Michael Roach and Sarah Sherhols* for respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada.

*Leonard F. Marsello and Dona Salmon* for respondent Her Majesty the Queen in Right of Ontario.

SOLICITORS OF RECORD

*Major Sobiski Moffatt LLP*, Kenora, Ontario, for appellants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

[1] GLEASON J.A. (dissenting): This is an appeal from the judgment of the Federal Court in *Southwind v. Canada*, 2017 FC 906, 74 C.L.R. (4th) 4 (*per* Zinn J.), awarding the appellants \$30 million in equitable compensation for breach of fiduciary duty committed by Her Majesty the Queen in right of Canada (Canada) in connection with flooding of a substantial part of the Lac Seul First Nation reserve.

[2] The appellants contend that the Federal Court erred in the assessment of a portion of the equitable compensation awarded, namely the value attributed by the Federal Court to the flooded land. Appropriate compensation for this item, in their view, should not have been premised on the fair market value of the flooded lands based on their use at the time they were flooded, but rather ought to have included the value of a revenue-sharing agreement they say Canada should have negotiated on the Lac Seul First Nation's behalf. In the alternative, the appellants submit that value of the flooded reserve land should be calculated in a greater amount than that fixed by the Federal Court to take into account the value of the flooded lands in connection with downstream hydroelectric electricity generation.

[3] I agree in part with the appellants' alternate submission. Thus, for the following reasons, I would allow this appeal, with costs.

*Michael Roach et Sarah Sherhols* pour l'intimée, Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

*Leonard F. Marsello et Dona Salmon* pour l'intimée, Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Major Sobiski Moffatt LLP*, Kenora (Ontario), pour les appelants.

*La sous-procureure générale du Canada* pour les intimées.

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

[1] LA JUGE GLEASON, J.C.A. (dissidente) : Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Cour fédérale dans la décision *Southwind c. Canada*, 2017 CF 906 (le juge Zinn), accordant aux appelants une indemnisation en equity de 30 millions de dollars pour un manquement par Sa Majesté la Reine du chef du Canada (le Canada) à ses obligations de fiduciaire en lien avec l'inondation d'une partie importante de la réserve de la Première Nation du lac Seul.

[2] Les appelants affirment que la Cour fédérale a commis une erreur dans son évaluation d'une portion de l'indemnisation en equity accordée, notamment concernant la valeur attribuée par la Cour fédérale aux terres inondées. Selon eux, l'indemnisation qui convenait n'aurait pas dû être fondée sur la juste valeur marchande des terres inondées en fonction de leur utilisation au moment de l'inondation, mais aurait plutôt dû inclure la valeur d'une entente de partage des bénéfices que le Canada aurait dû négocier, à leur avis, au nom de la Première Nation du lac Seul. Subsidiairement, les appelants soutiennent que la valeur des terres de réserve inondées aurait dû être plus élevée que le montant fixé par la Cour fédérale, afin de tenir compte de la valeur des terres inondées en lien avec la production hydroélectrique en aval.

[3] Je souscris, en partie, à la proposition subsidiaire des appelants. Par conséquent, pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel, avec dépens.

## I. Background

[4] It is useful to commence by reviewing the relevant background.

[5] In the 1920s, members of the Lac Seul First Nation became aware of plans to build a dam, outside their reserve at Ear Falls, to support downstream hydroelectric development to generate power for the City of Winnipeg. It was contemplated that the dam would raise the level of Lac Seul and flood the reserve lands surrounding the lake. Members of the First Nation repeatedly raised concerns with Canada about the damage that raising the level of Lac Seul might cause. Canada acknowledged these concerns, which were also borne out in studies that had been undertaken regarding the likely impact of the dam. A Department of Indian Affairs official “‘assured the Chief [that the] Department would look into the matter, and protect [the First Nation’s] interests as far as possible’”: F.C. reasons, at paragraph 137. However, Canada did not seek the Lac Seul First Nation’s consent to surrender the land; nor did it take (or expropriate) the land. As a result, the land at issue remained, and to this day remains, part of the reserve, having been neither taken by nor surrendered to Canada.

[6] The dam was built in 1929 without the requisite approval under the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C. 1927, c. 140. Ten hydroelectric generating stations were later built downstream. The water level in Lac Seul gradually rose following construction of the dam and by 1936 reached the level anticipated before construction. The water now covers 11 304 acres, which represents approximately 17 percent of the Lac Seul First Nation reserve.

[7] Although Canada and Her Majesty the Queen in right of Manitoba and Ontario (Manitoba and Ontario, respectively) entered into agreements concerning compensation for losses resulting from the dam generally, there

## I. Résumé des faits

[4] Il est utile de commencer par un examen des faits pertinents.

[5] Dans les années 1920, des membres de la Première Nation du lac Seul ont pris connaissance de plans en vue de la construction d’un barrage, à l’extérieur de leur réserve à Ear Falls, pour soutenir le développement hydroélectrique en aval afin d’alimenter en énergie la ville de Winnipeg. On prévoyait que le barrage entraînerait une élévation du niveau du lac Seul et l’inondation des terres de la réserve entourant le lac. Des membres de la Première Nation ont à maintes reprises exprimé leurs préoccupations au Canada concernant les dommages que pourrait causer l’élévation du niveau du lac Seul. Le Canada a reconnu ces préoccupations, lesquelles avaient également été soulevées dans des études entreprises sur les répercussions probables du barrage. Un agent du ministère des Affaires indiennes a indiqué qu’il avait « [TRADUCTION] fait savoir au chef que le ministère examinerait le dossier et protégerait les intérêts de la Première Nation dans la mesure du possible » : motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 137. Toutefois, le Canada n’a pas cherché à obtenir le consentement de la Première Nation du lac Seul pour qu’elle cède les terres, et n’a pas non plus pris possession des terres (ou exproprié les terres). Ainsi, les terres en litige sont demeurées, et demeurent encore à ce jour, parties de la réserve, puisqu’elles n’ont pas été cédées au Canada ni prises par le Canada.

[6] Le barrage a été construit en 1929, sans les approbations nécessaires aux termes de la *Loi concernant la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1927, ch. 140. Dix centrales hydroélectriques ont par la suite été aménagées en aval. Le niveau d’eau du lac Seul s’est graduellement élevé après la construction du barrage et, en 1936, le lac a atteint le niveau prévu avant la construction. L’eau recouvre maintenant 11 304 acres, ce qui représente environ 17 p. 100 de la réserve de la Première Nation du lac Seul.

[7] Même si le Canada, Sa Majesté la Reine du chef du Manitoba et Sa Majesté la Reine du chef de l’Ontario (le Manitoba et l’Ontario, respectivement) ont signé des ententes concernant l’indemnisation pour les pertes

was no specific agreement about the amount of compensation that would be paid to the Lac Seul First Nation.

[8] Canada ultimately reached a settlement with Ontario in 1943, some 14 years after the dam was built and the water began to rise. Canada did not consult with the Lac Seul First Nation before entering into settlement negotiations or before agreeing to the settlement. Nor did Canada advise the First Nation of the terms of the settlement reached. After making certain deductions, Canada put settlement funds of \$50 263 into the Lac Seul First Nation's trust account. Canada did not inform the First Nation of the settlement in 1943, though it appears that members of the First Nation later became aware that some compensation had been paid.

[9] As a result of the construction of the dam at Ear Falls and resulting flooding, nearly one-fifth of the Lac Seul reserve was rendered unusable. Timber was lost, graves were desecrated and homes, gardens and fields were destroyed. In addition, portions of the reserve were severed from one another. Many years later, partly at its expense, the First Nation built a bridge connecting the two communities.

[10] In 1985, the Lac Seul First Nation filed a specific claim with Canada for the losses associated with the flooding, and the appellants initiated this action in the Federal Court in 1991. In their action, the appellants sought equitable compensation, punitive damages and a declaration that their equitable interests in the flooded lands had not been encumbered or extinguished.

[11] In terms of the relevant legal background, representatives of the Lac Seul First Nation adhered to Treaty 3 on June 9, 1874. Treaty 3, which had been signed the previous year, provided that Canada would:

... lay aside reserves for farming lands, due respect being had to lands at present cultivated by the said Indians,

résultant du barrage en général, il n'y a eu aucune entente précise sur le montant de l'indemnité qui serait versé à la Première Nation du lac Seul.

[8] Le Canada en est finalement arrivé à un règlement avec l'Ontario en 1943, soit 14 ans après la fin de la construction du barrage et le début de l'élévation du niveau d'eau. Le Canada n'a pas consulté la Première Nation du lac Seul avant de commencer les négociations relatives au règlement ou avant de signer le règlement. Le Canada n'a pas non plus informé la Première Nation des modalités du règlement conclu. Après avoir déduit certaines sommes, le Canada a versé un montant pour le règlement de 50 263 dollars dans le compte en fiducie de la Première Nation du lac Seul. Le Canada n'a pas informé la Première Nation du règlement en 1943, même s'il semble que des membres de la Première Nation aient plus tard appris qu'une certaine indemnité avait été versée.

[9] À la suite de la construction du barrage d'Ear Falls et de l'inondation subséquente, près du cinquième de la réserve du lac Seul a été rendu inutilisable. Du bois d'œuvre a été perdu, des tombes ont été profanées, et des maisons, des jardins et des champs ont été détruits. De plus, des parties de la réserve ont été séparées l'une de l'autre. Des années plus tard, en partie à ses frais, la Première Nation a construit un pont reliant les deux communautés.

[10] En 1985, la Première Nation du lac Seul a déposé une revendication particulière auprès du Canada pour les pertes associées à l'inondation, et les appelants ont intenté la présente action devant la Cour fédérale en 1991. Dans leur action, les appelants demandaient une indemnisation en equity, des dommages-intérêts punitifs et un jugement déclaratoire portant que leurs intérêts en equity sur les terres submergées n'ont été ni grevés ni éteints.

[11] En ce qui concerne le contexte juridique pertinent, des représentants de la Première Nation du lac Seul ont adhéré au Traité n° 3 le 9 juin 1874. Le Traité n° 3, qui avait été signé l'année précédente, prévoyait que le Canada s'engageait à :

[...] mettre de côté des réserves de terres arables, l'attention voulue étant portée aux terres cultivées à présent

and also to lay aside and reserve for the benefit of the said Indians, to be administered and dealt with for them by Her Majesty's Government of the Dominion of Canada, in such a manner as shall seem best, other reserves of land in the said territory hereby ceded, which said reserves shall be selected and set aside where it shall be deemed most convenient and advantageous for each band or bands of Indians, by the officers of the said Government appointed for that purpose, and such selection shall be so made after conference with the Indians; provided, however, that such reserves, whether for farming or other purposes, shall in no wise exceed in all one square mile for each family of five, or in that proportion for larger or smaller families ....

[12] The land set aside for the Lac Seul First Nation under the terms of the Treaty 3 was a “reserve” within the meaning of paragraph 2(j) of the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98 (the *Indian Act*).

[13] As it read in 1929, the *Indian Act* set out two means by which land could be removed from a reserve. Section 48 contemplated land being taken for a public purpose with the Governor in Council's consent:

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

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

par les dits Indiens, et aussi [à] mettre de côté et réserver pour le bénéfice des dits Indiens, pour être administrées et contrôlées pour eux par le gouvernement de Sa Majesté pour le Canada, de la manière qui semblera la meilleure, d'autres réserves de terres dans le dit territoire cédé par les présentes, lesquelles dites réserves seront choisies et mises de côté où il sera jugé le plus convenable et le plus avantageux pour chaque bande ou bandes des Indiens, par les officiers du dit gouvernement nommé pour cette fin, et tel choix sera fait après conférence avec les Indiens; pourvu cependant que telle réserve, pour cultiver ou autres fins, n'excède pas en tout un mille carré pour chaque famille de cinq, ou dans cette proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites [...]

[12] Les terres mises de côté pour la Première Nation du lac Seul en application des modalités du Traité n° 3 constituaient une « réserve » au sens de l'alinéa 2j) de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98 (la *Loi des Indiens* (ancien nom de la *Loi sur les Indiens*)).

[13] Selon le libellé en vigueur en 1929, la *Loi des Indiens* exposait deux moyens par lesquels des terres pouvaient être retirées d'une réserve. L'article 48 exigeait le consentement du gouverneur en conseil pour l'appropriation de terres de réserve aux fins de travaux publics :

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

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

...

(4) The amount awarded in any case shall be paid to the Minister of Finance for the use of the band of Indians for whose benefit the reserve is held, and for the benefit of any Indian who has improvements taken or injured. (4) La somme adjudgée dans chaque cas est versée au ministre des Finances pour l'usage de la bande d'Indiens au profit de laquelle la réserve est affectée, et au profit de tout Indien qui y a fait des améliorations, ou lésé.

[14] Sections 50 and 51 of the *Indian Act* provided for land to be surrendered and forfeited to Canada with a band's consent, as well as that of the Governor in Council:

**50.** (1) Except as in this Part otherwise provided, no reserve or portion of a reserve shall be sold, alienated or leased until it has been released or surrendered to the Crown for the purposes of this Part; but the Superintendent General may lease for the benefit of any Indian, upon his application for that purpose, the land to which he is entitled without such land being released or surrendered, and may, without surrender, dispose to the best advantage, in the interests of the Indians, of wild grass and dead or fallen timber.

...

**51.** (1) Except as in this Part otherwise provided, no release or surrender of a reserve or a portion of a reserve, held for the use of the Indians of any and, or of any individual Indian, shall be valid or binding, unless the release or surrender shall be assented to by a majority of the male members of the band of the full age of twenty-one years, at a meeting or council thereof summoned for that purpose, according to the rules of the band, and held in the presence of the Superintendent General, or of any officer duly authorized to attend such council, by the Governor in Council or by the Superintendent General.

(2) No Indian shall be entitled to vote or be present at such council, unless he habitually resides on or near, and is interested in the reserve in question.

(3) The fact that such release or surrender has been assented to by the band at such council or meeting shall be certified on oath by the Superintendent General, or by the office authorized by him to attend such council or meeting, and by some of the chiefs or principal men present thereat and entitled to vote, before any person having authority to take affidavits and having jurisdiction within the place where the oath is administered.

[...]

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

[14] Les articles 50 et 51 de la *Loi des Indiens* prévoyaient la cession des terres et leur saisie par le Canada avec le consentement de la bande, et celui du gouverneur en conseil :

**50.** (1) Sauf dispositions contraires de la présente Partie, nulle réserve ou portion de réserve ne peut être vendue, aliénée ni affermée, avant d'avoir été cédée ou rétrocédée à la Couronne pour les objets de la présente Partie; mais le surintendant général peut donner à bail, au profit de quelque Indien, sur sa demande, la terre à laquelle celui-ci a droit, sans cession ni abandon, et il peut, sans qu'il y ait eu abandon, disposer de la manière la plus avantageuse possible pour les Indiens des graminées sauvages et du bois mort sur pied ou du chablis.[...]51(1) Sauf dispositions contraires de la présente Partie, nulle cession ou rétrocession d'une réserve ou d'une partie de réserve à l'usage d'une bande, ou d'un Indien en particulier, n'est valide ni obligatoire, à moins que la cession ou rétrocession ne soit ratifiée par la majorité des hommes de la bande qui ont vingt et un ans révolus, et ce à une assemblée ou à un conseil de la bande convoqué pour en délibérer conformément aux usages de la bande, et tenu en présence du surintendant général, ou d'un fonctionnaire régulièrement autorisé par le gouverneur en son conseil ou par le surintendant général à y assister.

(2) Nul Indien ne peut voter ni assister à ce conseil, à moins de résider habituellement dans ou près [de] la réserve en question, ou d'y avoir un intérêt.

(3) Le fait que la cession ou rétrocession a été consentie par la bande, à ce conseil ou à cette assemblée, doit être attesté sous serment par le surintendant général ou par le fonctionnaire qu'il a autorisé à assister à ce conseil ou à cette assemblée, et par l'un des chefs ou des anciens qui y a assisté et y a droit de vote, devant toute personne autorisée à faire prêter serment et ayant juridiction dans l'endroit où le serment est prêté.(4) Après que ce

(4) When such assent has been so certified, as aforesaid, such release or surrender shall be submitted to the Governor in Council for acceptance or refusal.

[15] Treaty 3 contains provisions that, at least on their face, resemble sections 48 and 51 of the *Indian Act*. It provides that “the aforesaid reserves of lands, or any interest or right therein or appurtenant thereto, may be sold, leased or otherwise disposed of by the said Government for the use and benefit of the said Indians, with the consent of the Indians entitled thereto first had and obtained” and “that such sections of the reserves above indicated as may at any time be required for Public Works or buildings of what nature soever may be appropriated for that purpose by Her Majesty’s Government of the Dominion of Canada, due compensation being made for the value of any improvements thereon.”

[16] Thus, under the *Indian Act*, the Lac Seul First Nation’s reserve land could be surrendered, with the band’s agreement and the Governor in Council’s consent, or taken by Canada for a public purpose with the requisite approval of the Governor in Council.

## II. Federal Court’s Reasons

[17] With this background in mind, I turn now to review the portions of the Federal Court’s reasons that are germane to this appeal.

[18] After reviewing the evidence given over the course of the multi-week trial, the Federal Court set out its analysis. It is noteworthy that no party to this appeal questions much of the analysis in the Federal Court’s lengthy and carefully articulated reasons. Rather, as noted, the appellants principally contest the basis upon which the Federal Court calculated an aspect of the equitable compensation awarded.

[19] The Federal Court began its analysis by holding that Canada owed the Lac Seul First Nation a fiduciary duty in respect of the land reserved for its benefit under Treaty 3. The Federal Court found that several specific

consentement a été ainsi attesté, comme susdit, la cession ou rétrocession est soumise au gouverneur en son conseil, pour qu’il l’accepte ou la refuse.

[15] Le Traité n° 3 contient des dispositions qui, à première vue du moins, ressemblent aux articles 48 et 51 de la *Loi des Indiens*. Il prévoit que « les réserves susdites de terres ou tout intérêt ou droit sur elles ou en dépendant, puissent être vendus, loués ou aliénés autrement par le dit gouvernement pour l’usage et le bénéfice des dits Indiens, avec le consentement préalablement donné et obtenu des Indiens qui y ont droit » et « que le gouvernement de Sa Majesté dans la Puissance du Canada pourra s’approprier telles sections des réserves ci-dessus indiquées qui pourraient en aucun temps être nécessaires pour des travaux [*sic*] publics ou bâties de quelque nature que ce soit, une compensation équitable étant accordée pour la valeur des améliorations sur icelles ».

[16] Ainsi, aux termes de la *Loi des Indiens*, les terres de la réserve de la Première Nation du lac Seul pouvaient être cédées, avec le consentement de la bande et du gouverneur en conseil, ou prises par le Canada pour des travaux publics, avec l’approbation du gouverneur en conseil.

## II. Motifs de la Cour fédérale

[17] En gardant ce contexte à l’esprit, j’examinerai maintenant les parties des motifs de la Cour fédérale qui sont pertinentes en l’espèce.

[18] Après avoir examiné les témoignages offerts durant le procès de plusieurs semaines, la Cour fédérale a présenté son analyse. Il convient de souligner qu’aucune des parties au présent appel ne remet en question l’analyse présentée par la Cour fédérale dans ses longs motifs soigneusement rédigés. En fait, comme il est souligné, les appelants contestent principalement les éléments sur lesquels s’est appuyée la Cour fédérale pour calculer un aspect de l’indemnisation en equity accordée.

[19] La Cour fédérale a commencé son analyse en affirmant que le Canada avait envers la Première Nation du lac Seul une obligation fiduciaire relativement aux terres réservées pour son bénéfice en vertu du Traité n° 3. La

obligations flowed from Canada's fiduciary duty: "1. a duty of loyalty and good faith to the [Lac Seul First Nation] in the discharge of its mandate as trustee of the Reserve lands; 2. a duty to provide full disclosure and to consult with the band; 3. a duty to act with ordinary prudence with a view to the best interest of the [Lac Seul First Nation]; and 4. a duty to protect and preserve the band's proprietary interest in the Reserve from exploitation": F.C. reasons, at paragraph. 226. The Federal Court found that Canada breached each of these obligations and rejected Canada's equitable defence of laches.

[20] The Federal Court noted that Canada accepted that equitable compensation would be the appropriate remedy if the Court held that Canada owed the Lac Seul First Nation a fiduciary duty, found that Canada breached its duty and concluded that Canada could not successfully raise an equitable defence.

[21] The Federal Court accordingly moved to next set out the principles governing equitable compensation, drawing on the Supreme Court of Canada's decisions in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, (1991), 131 N.R. 321 (*Canson*) (cited to S.C.R.) and *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, (1994), 171 N.R. 245 (*Hodgkinson*) (cited to S.C.R.), noting that equitable compensation aims "to restore to the [beneficiary] what has been lost as a result of the breach, i.e. the [beneficiary's] lost opportunity" [F.C. reasons, at paragraph 275] and to deter wrongdoing by fiduciaries. The Federal Court further noted that the loss for which equity provides compensation is any that is factually caused by the breach, even if not foreseeable at the time of the breach. The Federal Court also underscored that, in assessing compensation, a court of equity aims to put the beneficiary in the position she or he would have been in had the fiduciary not breached and presumes that, in the non-breach scenario, the fiduciary would have both acted lawfully and put what the beneficiary lost to its most advantageous use.

Cour fédérale a jugé que plusieurs obligations précises découlaient de l'obligation fiduciaire du Canada : « 1. un devoir de loyauté et de bonne foi envers la [Première Nation du lac Seul] dans l'exécution de son mandat de fiduciaire des terres de réserve; 2. un devoir de communiquer l'intégralité de l'information à la Première Nation et de la consulter; 3. un devoir d'user de prudence ordinaire dans l'intérêt supérieur de la [Première Nation du lac Seul]; 4. un devoir de préserver le droit de propriétaire foncier de la Première Nation sur la réserve et de la protéger contre l'exploitation » : motifs, au paragraphe 226. La Cour fédérale a conclu que le Canada avait manqué à chacune de ces obligations et a rejeté le moyen de défense d'equity fondé sur le manque de diligence invoqué par le Canada.

[20] La Cour fédérale a souligné que le Canada avait convenu qu'une indemnisation en equity constituerait une réparation appropriée si la Cour devait conclure que le Canada avait envers la Première Nation du lac Seul une obligation fiduciaire, que le Canada avait manqué à son devoir et que le Canada ne pouvait invoquer avec succès une défense fondée sur l'equity.

[21] La Cour fédérale a ensuite exposé les principes régissant l'indemnisation en equity, s'appuyant sur les décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534 (arrêt *Canson*) et dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377 (arrêt *Hodgkinson*), en soulignant que l'indemnisation en equity a pour but de « rendre au [bénéficiaire] ce qu'il a perdu par suite du manquement, c'est-à-dire la possibilité qu'il a perdue » [motifs, au paragraphe 275] et de dissuader les fiduciaires d'abuser de leurs pouvoirs. La Cour fédérale a de plus souligné que les pertes pour lesquelles l'equity prévoit une indemnisation sont celles causées par le manquement, même si elles n'étaient pas prévisibles au moment du manquement. La Cour fédérale a également souligné que, dans son évaluation de l'indemnité, le tribunal d'equity doit viser à faire en sorte que le bénéficiaire soit placé dans la situation où il se serait trouvé, n'eût été le manquement du fiduciaire à son obligation, et présumer que, s'il n'y avait pas eu manquement, le fiduciaire aurait agi conformément à la loi et utilisé les pertes du bénéficiaire de la façon la plus avantageuse possible.

[22] The Federal Court considered how these principles have been applied by the Ontario Court of Appeal in *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 287 D.L.R. (4th) 480 (*Whitefish Lake*), at paragraph 69 and the Specific Claims Tribunal in *Huu-Ay-Aht First Nations v. Canada*, 2016 SCTC 14 (CanLII) and *Beardy's & Okemasis Band #96 and #97 v. Canada*, 2016 SCTC 15 (CanLII). These decisions draw on the analytical method employed by the Federal Court in *Guerin v. The Queen*, [1982] 2 F.C. 385, [1982] 2 C.N.L.R. 83 (T.D.) (*Guerin FC*) (which, though reversed by this Court, was ultimately upheld by the Supreme Court). That method emphasizes the need for a court of equity (or the Specific Claims Tribunal in applying equitable principles) to take into account contingencies (i.e. possible, but not necessarily certain, events) in assessing compensation.

[23] The Federal Court held that the dam at Ear Falls was a public work, that it was certain that the Ear Falls dam would have been built and that the land would have been flooded. It thus concluded that it need not take into account a contingency that the dam might not have been built.

[24] The Federal Court next noted that Canada must be presumed to act lawfully and therefore concluded that, had Canada done so, it would either have secured the land's surrender as provided for in Treaty 3 and section 51 of the *Indian Act* or taken the land as provided for in Treaty 3 and section 48 of the *Indian Act*. The Federal Court found Canada would, in either case, have compensated the Lac Seul First Nation for the flooded land in 1929, the year of the dam's construction.

[25] The Federal Court rejected the argument that Canada would have negotiated a revenue-sharing agreement on the Lac Seul First Nation's behalf. In the Federal Court's view, such an agreement would have been unprecedented, would not have been considered by Canada, Manitoba or Ontario and was not consistent with the

[22] La Cour fédérale a pris en considération la manière avec laquelle ces principes avaient été appliqués par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 287 D.L.R. (4th) 480 (arrêt *Whitefish Lake*), au paragraphe 69 et par le Tribunal des revendications particulières dans la décision *Premières Nations Huu-Ay-Aht c. Canada*, 2016 TRPC 14 (CanLII), et dans la décision *Bande Beardy's et Okemasis nos 96 et 97 c. Canada*, 2016 TRPC 15 (CanLII). Ces décisions s'appuient sur la méthode analytique employée par la Cour fédérale dans la décision *Guerin c. La Reine*, [1982] 2 C.F. 385 (1<sup>re</sup> inst.) (*Guerin CF*) (qui, même si elle a été infirmée par notre Cour, a finalement été confirmée par la Cour suprême du Canada). Cette méthode souligne la nécessité pour un tribunal d'équité (ou le Tribunal des revendications particulières appliquant les principes d'équité) de tenir compte des éventualités (événements possibles, mais pas nécessairement certains) dans son évaluation de l'indemnité.

[23] La Cour fédérale a conclu que le barrage d'Ear Falls était un ouvrage public, et qu'il était certain que le barrage d'Ear Falls aurait été construit et que les terres auraient été inondées. Elle a ainsi conclu qu'elle n'avait pas à tenir compte de l'éventualité selon laquelle le barrage n'aurait pas été construit.

[24] La Cour fédérale a ensuite souligné qu'il fallait présumer que le Canada aurait agi conformément à la loi et a par conséquent conclu que, si tel était le cas, il aurait obtenu la cession des terres comme le prévoient le Traité n° 3 et l'article 51 de la *Loi des Indiens* ou aurait exproprié les terres comme le prévoient le Traité n° 3 et l'article 48 de la *Loi des Indiens*. La Cour fédérale a conclu que le Canada aurait, dans un cas comme dans l'autre, indemnisé la Première Nation du lac Seul pour les terres inondées en 1929, l'année de la construction du barrage.

[25] La Cour fédérale a rejeté l'argument selon lequel le Canada aurait négocié une entente de partage des bénéfices au nom de la Première Nation du lac Seul. Selon la Cour fédérale, une telle entente aurait été sans précédent, n'aurait pu être envisagée par le Canada, le Manitoba ou l'Ontario, et ne cadrerait pas avec l'approche

approach taken to compensating the other landowners on Lac Seul whose lands were also flooded by the dam. Acknowledging that Canada had previously required the negotiation of arrangements providing for ongoing payments for water power and riparian rights to the Stoney Indian Band, the Federal Court distinguished the situation involving that band because the hydroelectric generating stations were located on the Stoney Indian Band's reserve, not downstream, as was the case for the Lac Seul First Nation. The Federal Court likewise gave no weight to precedent of the *Treaty between Canada and the United States of America relating to Cooperative Development of the Water Resources of The Columbia River Basin* (the Columbia River Treaty), which was signed on January 17, 1961, long after the Ear Falls dam was built, and which involved a much more complex, international agreement. The Federal Court thus determined that if Canada had acted in accordance with its fiduciary duties to the Lac Seul First Nation, it would not have negotiated a revenue-sharing agreement.

[26] The Federal Court found that Canada would instead have obtained a flowage easement over the flooded lands of the First Nation, which was the common approach in similar cases and would have represented the least invasive method of acquiring the right to flood the lands. However, according to the Court, the amount that ought to have been paid for the easement was identical to that which would have been payable had the land been purchased outright because “[t]he land was to be swallowed up and unavailable to the band for eternity... it was as close to an outright sale of the land as one can have and was to be compensated accordingly”: reasons, at paragraph 359.

[27] The Federal Court then moved to assess the compensation that Canada was required to pay. It began by assessing compensation for the land, itself, which the Court concluded should be fixed at \$1.29 per acre in 1929 dollars (approximately \$14 500 for the 11 304 acres flooded). This was the value of the land as agricultural land, based on the expert evidence the Federal Court accepted. The Federal Court rejected the contention that the increased value of the flooded land as part of a reservoir

adoptée pour indemniser les autres propriétaires du lac Seul dont les terres ont également été submergées par le barrage. Reconnaissant que le Canada avait précédemment demandé la négociation d'arrangements prévoyant des paiements périodiques à la Première Nation de Stoney pour des droits sur l'énergie hydraulique et des droits de riverain, la Cour fédérale a établi une distinction d'avec la situation de cette première nation, parce que les centrales hydroélectriques étaient situées dans la réserve de la Première Nation de Stoney, et non en aval, comme c'était le cas pour la Première Nation du lac Seul. La Cour fédérale n'a également accordé aucun poids au précédent créé par le *Traité entre le Canada et les États-Unis d'Amérique relatif au développement coopératif des ressources hydriques du bassin du fleuve Columbia* (le *Traité du fleuve Columbia*), qui a été signé le 17 janvier 1961, longtemps après la construction du barrage d'Ear Falls, et qui mettait en cause une entente internationale beaucoup plus complexe. La Cour fédérale a ainsi estimé que, si le Canada avait agi conformément à ses obligations de fiduciaire envers la Première Nation du lac Seul, il n'aurait pas négocié une entente de partage des bénéfices.

[26] La Cour fédérale a jugé que le Canada aurait plutôt cherché à obtenir une servitude de submergement sur les terres inondées de la Première Nation, qui constituait la façon habituelle de procéder dans des affaires similaires, et qui aurait représenté la façon la moins invasive d'acquiescer le droit d'inonder les terres. Cependant, selon la Cour, le montant qui aurait dû être versé pour la servitude équivalait au montant qu'il aurait fallu payer si les terres avaient été achetées parce que « [l]es terres seraient englouties et inaccessibles à la Première Nation à tout jamais [...] cette situation est presque identique à une vente foncière, et une indemnité adéquate devait être accordée en conséquence » : motifs, au paragraphe 359.

[27] La Cour fédérale est ensuite passée à l'évaluation de l'indemnité que le Canada devait payer. Elle a commencé par évaluer l'indemnité pour les terres elles-mêmes, laquelle selon la Cour devrait être fixée à 1,29 \$ par acre en dollars de 1929 (environ 14 500 \$ pour les 11 304 acres submergées). Il s'agissait là de la valeur agricole des terres, fondée sur le témoignage d'expert accepté par la Cour. La Cour fédérale a rejeté l'argument selon lequel il fallait tenir compte de la valeur accrue des

in support of downstream hydroelectric development was to be taken into account, pointing out that the value “attributable to the project” was to be excluded under both the *Expropriation Act*, R.S.C., 1985, c. E-21 and the *Expropriation Act*, R.S.O. 1990, c. E.26.

[28] In so concluding, the Federal Court seemingly applied current expropriation law as opposed to that in force in 1929. It also determined there was no basis for concluding that a premium beyond the value of the land as agricultural land would have been negotiated even though such a premium had previously been paid for land acquired in connection with the Kananaskis Falls development project. The Federal Court reasoned that the two projects were different in at least one material respect in that Calgary Power had no ability to expropriate the lands of the Stoney Indian Band used for the Kananaskis Falls development project and it was therefore in an “entirely different position” than Canada was vis-à-vis the Lac Seul First Nation: reasons, at paragraph 382.

[29] The Federal Court thus concluded that Canada would have paid \$1.29 per acre for the flooded lands and stated that “the suggestion that Canada could and should have paid more than this for the land, amounts to nothing more than optimistic speculation”: reasons, at paragraph 383.

[30] The Federal Court then turned to value other calculable losses, concluding that the Lac Seul First Nation lost timber which could have been sold for approximately \$35 000 in 1929 and that it had to spend \$1.75 million in 2008 to build a bridge between the parts of the reserve separated as a result of the flooding.

[31] The Federal Court acknowledged that Canada received \$72 539 in compensation from Ontario in 1943 and deposited \$50 263 in Lac Seul First Nation’s trust account, the remainder being deducted to satisfy claims made by Ontario and the Keewatin Lumber Company. Both of these deductions, in the Federal Court’s view, were improper as the Lac Seul First Nation was not responsible for either claim.

terres inondées constituant le réservoir créé pour soutenir le développement hydroélectrique en aval, soulignant que la valeur « qui est attribuable au projet » devait être exclue, en vertu de la *Loi sur l’expropriation fédérale*, L.R.C. (1985), ch. E-21, et de la *Loi sur l’expropriation ontarienne*, L.R.O. 1990, ch. E.26.

[28] En tirant cette conclusion, la Cour fédérale a apparemment appliqué la loi sur l’expropriation actuelle par opposition à celle en vigueur en 1929. Elle a également estimé que rien ne permettait de conclure qu’une prime supérieure à la valeur agricole des terres aurait été négociée, même si une telle prime avait déjà été payée pour des terres acquises en lien avec le projet d’aménagement des chutes Kananaskis. La Cour fédérale a souligné que les deux projets différaient au moins sous un aspect important, en ce sens que Calgary Power n’était pas habilitée à exproprier les terres de la Première Nation de Stoney devant servir au projet d’aménagement des chutes Kananaskis, et que Calgary Power se trouvait dans « une situation [...] tout à fait différente » de celle du Canada envers la Première Nation du lac Seul : motifs, au paragraphe 382.

[29] La Cour fédérale a par conséquent conclu que le Canada aurait payé 1,29 \$ par acre pour les terres submergées et a affirmé que « la suggestion que le Canada devait et aurait dû payer un prix supérieur pour les terres se résume à des suppositions fantaisistes » : motifs, au paragraphe 383.

[30] La Cour fédérale s’est ensuite penchée sur la valeur des autres pertes financières, concluant que la Première Nation du lac Seul avait perdu du bois d’œuvre qui aurait pu être vendu environ 35 000 dollars en 1929 et qu’elle avait dû dépenser 1,75 million de dollars en 2008 pour construire un pont entre les deux parties de la réserve séparées à la suite de l’inondation.

[31] La Cour fédérale a reconnu que le Canada avait reçu une indemnisation de 72 539 dollars de l’Ontario en 1943 et déposé 50 263 dollars dans le compte en fiducie de la Première Nation du lac Seul, le reste ayant été déduit pour éteindre les créances soumises par l’Ontario et la Keewatin Lumber Company. Selon la Cour fédérale, ces deux déductions étaient injustifiées, puisque la

[32] Based on expert evidence concerning the interest that would have been paid on the funds had they been deposited in an Indian Trust Account maintained by Canada and upon concluding that no further deduction needed to be made for consumption by the members of the Lac Seul First Nation, the Federal Court determined that the present value of the compensation owed for calculable losses was \$15 million, from which it deducted \$1.1 million (the present value of the compensation Canada deposited in the Lac Seul First Nation's trust account in 1943).

[33] To this, the Federal Court added \$16.1 million as compensation for non-calculable losses for a total award of \$30 million. The Federal Court considered a range of non-calculable losses, including the loss of livelihood on and off the reserve, as well as the loss of easy shore access and of natural beauty. The amount of non-calculable losses awarded was influenced by the following factors enumerated by the Federal Court at paragraph 512 of its reasons:

1. The amount of the calculable losses;
2. That many of the non-quantifiable losses created in 1929 persisted over decades, and some are still continuing;
3. The failure to remove the timber from the foreshore created an eyesore and impacted the natural beauty of the Reserve land;
4. The failure to remove timber from the foreshore also created a very long-term water hazard effecting travel and fishing for members of the [Lac Seul First Nation];
5. The flooding negatively affected hunting and trapping requiring members to travel further to engage in these pursuits and the number of animals were reduced for some period as a result of the flooding;

Première Nation du lac Seul n'était pas responsable à l'égard de l'une ou l'autre des créances.

[32] En s'appuyant sur des témoignages d'experts concernant l'intérêt qui aurait été payé sur les fonds s'ils avaient été déposés dans un compte en fiducie des Indiens géré par le Canada, et après avoir conclu qu'aucune autre déduction ne devait être faite pour les dépenses de consommation des membres de la Première Nation du lac Seul, la Cour fédérale a jugé que la valeur actuelle des indemnités dues pour les pertes quantifiables s'élevait à 15 millions de dollars, montant duquel elle a déduit 1,1 million de dollars (valeur actuelle des indemnités que le Canada a déposées dans le compte en fiducie de la Première Nation du lac Seul en 1943).

[33] À ce montant, la Cour fédérale a ajouté 16,1 millions de dollars en indemnités pour des pertes non quantifiables, pour un montant total de 30 millions de dollars. La Cour fédérale a tenu compte de différentes pertes non quantifiables, y compris la perte de moyens de subsistance dans la réserve et hors réserve, de même que la perte d'accès au rivage et la perte de jouissance de la beauté naturelle des terres de la réserve. Le montant des pertes non quantifiables accordé a été influencé par les facteurs suivants énumérés par la Cour fédérale au paragraphe 512 de ses motifs :

1. Le montant des pertes calculables.
2. Le fait que de nombreuses pertes non quantifiables survenues en 1929 ont persisté pendant des décennies et se poursuivent actuellement.
3. Le défaut d'abattre le bois d'œuvre sur les berges, ce qui a créé une intrusion visuelle et a porté atteinte à la beauté naturelle des terres de réserve.
4. Le défaut d'abattre le bois d'œuvre sur les berges a aussi créé, pour les membres de la [Première Nation du lac Seul], un risque à très long terme pour la navigation et la pêche.
5. L'inondation a nui à la chasse et au piégeage, obligeant les membres à se déplacer sur de longues distances pour se livrer à ces activités, et a réduit le nombre d'animaux pendant un certain temps après l'inondation.

- |  |   |
|--|---|
| <p>6. Although Canada supplied the materials to build the replacement houses, the [Lac Seul First Nation] members supplied their own labour;</p>   | <p>6. Même si le Canada a fourni les matériaux pour construire les maisons de remplacement, les membres de la [Première Nation du lac Seul] ont fourni la main-d'œuvre.</p>   |
| <p>7. The [Lac Seul First Nation] docks and other outbuildings were not replaced;</p>  | <p>7. Les quais et les autres dépendances de la [Première Nation du lac Seul] n'ont pas été remplacés.</p>  |
| <p>8. [Lac Seul First Nation] hay land, gardens and rice fields were destroyed;</p>  | <p>8. Les champs de foin, les potagers et les prairies de riz sauvage de la [Première Nation du lac Seul] ont été détruits.</p>   |
| <p>9. The hunting and trapping grounds on the Reserve were negatively impacted;</p>  | <p>9. Les terrains de chasse et de piégeage dans la réserve ont été affectés.</p>   |
| <p>10. Two [Lac Seul First Nation] communities were separated by water and one became an island, impacting the ease of movement of the people who lived there;</p>   | <p>10. Deux collectivités de la [Première Nation du lac Seul] ont été séparées par les eaux, et les terres de l'une d'elles ont été transformées en île, ce qui a nui à la facilité des déplacements des résidents de l'île.</p>  |
| <p>11. Canada failed to keep the [Lac Seul First Nation] informed and never consulted with the band on any of the flood related matters that affected it, creating uncertainty and, doubtless, some anxiety for the band; and</p>                                      | <p>11. Le Canada a omis d'informer et de consulter la [Première Nation du lac Seul] au sujet des questions relatives à l'inondation qui la touchaient directement, créant de l'incertitude et, sans doute, une certaine anxiété pour la Première Nation.</p>  |
| <p>12. Canada failed to act in a prompt and effective manner to deal with compensation with the [Lac Seul First Nation] prior to the flooding and did not do so for many years after the flooding, despite being aware of the negative impact on the band members.</p> | <p>12. Le Canada n'a pas agi de manière prompt et efficace pour discuter de l'indemnisation avec la [Première Nation du lac Seul] avant l'inondation et ne l'a pas fait pendant de nombreuses années après l'inondation, malgré le fait qu'il ait été au courant des conséquences négatives pour les membres de la Première Nation.</p> |
| <p>[34] The Federal Court dismissed the appellants' claim for punitive damages, but awarded them their costs.</p>  | <p>[34] La Cour fédérale a rejeté la demande des appelants pour des dommages-intérêts punitifs, mais leur a accordé leurs dépens.</p>   |

### III. The Issues

[35] I turn now to outline the issues in this appeal.

[36] The appellants raise several interconnected arguments. In support of their primary contention that the Federal Court ought to have included in its award compensation for the loss of a revenue-sharing agreement, the appellants first argue that the Federal Court incorrectly defined Canada's breach of fiduciary duty by failing to recognize that the breach consisted in permitting the unauthorized use of reserve lands. They compare the

### III. Questions en litige

[35] Je vais maintenant préciser les questions en litige en l'espèce.

[36] Les appelants soulèvent plusieurs arguments interreliés. Pour appuyer leur principale thèse selon laquelle la Cour fédérale aurait dû inclure dans le montant accordé une indemnité pour la perte d'opportunité aux fins de conclure une entente de partage des bénéfices, les appelants soutiennent en premier lieu que la Cour fédérale a incorrectement défini le manquement du Canada à ses obligations de fiduciaire en omettant de reconnaître que

situation to that in *Guerin FC*, where the Crown had entered into an unauthorized lease and say that, as in *Guerin FC*, they are owed compensation for the highest and best use of the flooded lands, assessed as of the date of trial. In their view, this should lead to compensation for the value of a lost revenue-sharing agreement, akin to the one the First Nation more recently negotiated with Ontario Power Generation in respect of one of the downstream generating stations.

[37] Closely tied to the foregoing point, the appellants contend that the Federal Court's analysis is premised on an impoverished understanding of the nature of the fiduciary duties owed to the Lac Seul First Nation by Canada in that the Federal Court improperly allowed Canada to benefit from a retrospective expropriation of the flooded lands. They also submit that the Federal Court improperly considered the First Nation's lack of bargaining power in 1929, noting that Canada's fiduciary obligations prevent it from placing any reliance on this fact as it was obliged to achieve the best possible result for the First Nation.

[38] The appellants further argue that the Federal Court incorrectly determined what likely would have happened in 1929, had Canada not breached its fiduciary duties to the Lac Seul First Nation, submitting that the evidence led at trial does not support the conclusion that Canada would have expropriated the flooded lands. They contend that, as opposed to only considering what Canada would have paid had it expropriated the lands, the Federal Court should also have considered what sort of agreement Canada ought to have made in the context of a willing surrender. They claim that such an agreement would have involved a revenue-sharing agreement. The appellants say that the Federal Court incorrectly discounted the precedent from the Stoney Indian Band and erred in distinguishing it.

[39] In the alternative, even if the Federal Court were right not to award the value of a revenue-sharing

le manquement avait consisté à permettre l'utilisation non autorisée de terres de la réserve. Ils comparent la situation à celle dans l'affaire *Guerin CF*, où la Couronne avait signé un bail non autorisé et affirment que, comme dans la décision *Guerin CF*, on leur doit des indemnités pour l'usage le plus rémunérateur et le plus rationnel des terres inondées, selon l'évaluation faite à la date du procès. Selon eux, cela équivaudrait à une indemnisation pour la valeur de la perte d'occasion de conclure une entente de partage des bénéfiques, semblable à celle que la Première Nation a récemment négociée avec Ontario Power Generation en lien avec l'une des centrales hydroélectriques en aval.

[37] Les appelants affirment également que l'analyse de la Cour fédérale est fondée sur une compréhension déficiente de la nature des obligations de fiduciaire qu'avait le Canada envers la Première Nation du lac Seul, en ce sens que la Cour fédérale a à tort permis au Canada de bénéficier d'une expropriation rétrospective des terres inondées. Ils soutiennent aussi que la Cour fédérale n'a pas tenu compte du faible pouvoir de négociation qu'avait la Première Nation en 1929, soulignant que les obligations de fiduciaire du Canada l'empêchent de s'appuyer sur ce fait, puisqu'il avait l'obligation d'en arriver au meilleur résultat possible pour la Première Nation.

[38] Les appelants allèguent en outre que la Cour fédérale a incorrectement jugé ce qui serait arrivé en 1929, si le Canada n'avait pas manqué à ses obligations de fiduciaire envers la Première Nation du lac Seul, affirmant que les éléments de preuve présentés au procès ne soutiennent pas la conclusion selon laquelle le Canada aurait exproprié les terres inondées. Ils soutiennent que la Cour fédérale aurait dû, plutôt que de tenir uniquement compte de ce que le Canada aurait payé s'il avait exproprié les terres, tenir également compte du type d'entente qu'aurait conclue le Canada dans l'éventualité d'une cession volontaire. Ils prétendent qu'une telle entente aurait inclus une entente de partage des bénéfiques. Les appelants affirment que la Cour fédérale a à tort écarté le précédent créé par la Première Nation de Stoney et a commis une erreur en n'en tenant pas compte.

[39] Subsidièrement, même si la Cour fédérale avait raison de ne pas leur accorder la valeur d'une entente de

agreement, the appellants submit that the Federal Court was incorrect in its approach to setting compensation for the flooded land. They make two arguments in this regard.

[40] They first say that the Federal Court erred in applying current expropriation law to determine how compensation would be calculated and that under 1929 expropriation law such compensation would reflect the possibility that the Lac Seul First Nation's land adjoining Lac Seul could be used to expand the lake's capacity as a reservoir in support of downstream hydroelectric development. This would, according to the appellants, give the land a far greater value than the \$1.29 per acre found by the Federal Court.

[41] The appellants secondly say that the Federal Court erred in distinguishing the Stoney Indian Band situation, where, in addition to entering into an agreement providing for annual payments for water power and riparian rights, Calgary Power also paid a premium to the Band for the land acquired. The appellants contend that the Federal Court erred in distinguishing the Stoney Indian Band situation on the basis that Calgary Power lacked the ability to expropriate the land as in that case, like the situation of the Lac Seul First Nation, Canada could have expropriated the land in question under section 48 of the *Indian Act*.

[42] While these were the only arguments advanced orally by the appellants, they raised other arguments in their memorandum of fact and law. They there contended that the Federal Court exceeded its jurisdiction in granting an easement or, alternatively, failed to afford the appellants procedural fairness by granting the easement without soliciting the parties' submissions. However, they abandoned these arguments during the hearing.

[43] In addition, in their memorandum of fact and law, the appellants submitted that the Federal Court

partage des bénéficiaires, les appelants avancent que la Cour fédérale a eu tort dans son approche visant à fixer l'indemnisation pour les terres inondées. Ils avancent deux arguments à cet égard.

[40] Ils affirment d'abord que la Cour fédérale a commis une erreur en appliquant la loi actuelle sur l'expropriation pour décider comment serait calculé le montant des indemnités, et qu'aux termes du droit sur l'expropriation de 1929, ces indemnités tiendraient compte de la possibilité que les terres de la Première Nation du lac Seul contiguës au lac Seul soient utilisées pour accroître la capacité du lac en tant que réservoir pouvant soutenir la production hydroélectrique en aval. Selon les appelants, cela donnerait aux terres une valeur beaucoup plus grande que la valeur de 1,29 \$ par acre attribuée par la Cour fédérale.

[41] Les appelants affirment ensuite que la Cour fédérale a commis une erreur en établissant une distinction d'avec la situation de la Première Nation de Stoney, où en plus de signer une entente prévoyant des versements annuels pour des droits sur l'énergie hydroélectrique et des droits de riverain, Calgary Power a également versé une prime à la Première Nation pour les terres appropriées. Les appelants soutiennent que la Cour fédérale a commis une erreur en établissant une distinction d'avec la situation de la Première Nation de Stoney, au motif que Calgary Power n'était pas habilitée à exproprier les terres étant donné que, comme dans la situation de la Première Nation du lac Seul, le Canada aurait pu exproprier les terres en question en vertu de l'article 48 de la *Loi des Sauvages* devenue la *Loi des Indiens* (anciens noms de la *Loi sur les Indiens*).

[42] Même si c'était là les seuls arguments avancés de vive voix par les appelants, ils ont soulevé d'autres arguments dans leur mémoire des faits et du droit. Ils affirment dans leur mémoire que la Cour fédérale a outrepassé sa compétence en accordant une servitude ou, subsidiairement, a privé les appelants de l'équité procédurale en accordant la servitude sans demander aux parties de présenter des observations. Toutefois, ils ont laissé tomber ces arguments à l'audience.

[43] De plus, dans leur mémoire des faits et du droit, les appelants affirment que la Cour fédérale a commis

erred in taking into account off-reserve losses of livelihood and that the award is insufficient to deter Canada from breaching its fiduciary duties. They finally say that the Federal Court erred in relying on the appropriation provisions in Treaty 3 in the absence of any historical evidence from or reliance by the parties on the Treaty.

[44] Canada, for its part, says that the Federal Court correctly identified the principles of equitable compensation and committed no palpable and overriding error in applying them. In Canada's view, the Federal Court made no palpable and overriding error in rejecting the appellants' claim that the compensation they are due should reflect the value of an agreement Canada should have negotiated on their behalf to share in a portion of the revenue generated by downstream hydroelectric generating stations. Moreover, according to Canada, the Federal Court's approach to assessing compensation for the flooded land is consistent with the common law of expropriation as it stood in 1929, and the Federal Court did not err in distinguishing the Stoney Indian Band situation. Canada adds that the Federal Court did not err in its treatment of Treaty 3, could take into account losses of livelihood off-reserve in its assessment of equitable compensation and that the overall award is sufficient to deter future wrongdoing.

[45] Ontario and Manitoba were third parties in the action before the Federal Court. The Federal Court dismissed Canada's third party claim and Canada did not appeal that aspect of the Federal Court's judgment. Accordingly, Manitoba did not participate in this appeal. Ontario did, but only to argue that the Federal Court did not grant an easement. As this has been conceded by the appellants, Ontario's submissions are not relevant to the disposition of this appeal.

une erreur lorsqu'elle a pris en considération la perte de moyens de subsistance hors réserve et que le montant accordé est insuffisant pour décourager le Canada de manquer à ses obligations de fiduciaire. Ils affirment finalement que la Cour fédérale a commis une erreur en s'appuyant sur les dispositions sur l'appropriation incluses dans le Traité n° 3 en l'absence de tout élément de preuve historique tiré du Traité ou de tout élément montrant que les parties se sont appuyées sur le Traité.

[44] Le Canada, pour sa part, affirme que la Cour fédérale a correctement cerné les principes de l'indemnisation en equity et n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en les appliquant. De l'avis du Canada, la Cour fédérale n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en rejetant la demande des appelants, selon laquelle les indemnités qui leur sont dues devraient tenir compte de la valeur d'une entente que le Canada aurait dû négocier en leur nom pour qu'ils obtiennent une part des bénéfices générés par les centrales hydroélectriques en aval. De plus, selon le Canada, l'approche employée par la Cour fédérale pour évaluer les indemnités pour les terres inondées est conforme aux règles de common law relatives à l'expropriation en vigueur en 1929, et la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en établissant une distinction d'avec la situation de la Première Nation de Stoney. Le Canada ajoute que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans son traitement du Traité n° 3, qu'elle pouvait prendre en considération la perte de moyens de subsistance hors réserve dans son évaluation des indemnités en equity, et que le montant global accordé est suffisant pour décourager tout acte répréhensible futur.

[45] L'Ontario et le Manitoba étaient les parties mises en cause dans l'action devant la Cour fédérale. La Cour fédérale a rejeté la procédure de mise en cause présentée par le Canada et le Canada n'a pas fait appel de cet aspect du jugement de la Cour fédérale. Par conséquent, le Manitoba n'a pas participé au présent appel. L'Ontario y a participé, mais uniquement pour affirmer que la Cour fédérale n'a pas accordé de servitude. Comme ce point a été concédé par les appelants, les observations de l'Ontario ne sont pas pertinentes pour trancher le présent appel.

IV. Analysis

[46] The appellants and Canada agree on a wider set of issues than they had before the Federal Court. It is therefore useful to commence by summarizing the points on which the parties agree so as to focus the analysis on the areas of disagreement.

[47] The parties agree that Canada owed the Lac Seul First Nation a fiduciary duty by reason of the discretionary control it assumed over the reserve land. They are correct in this assertion: see *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at page 385, (1984), 55 N.R. 161 (per Dickson J. (as he then was)); *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245 (*Wewaykum*), at paragraph 86; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at paragraph 51.

[48] They also agree that Canada breached that duty by failing to meet the standard of care expected of a fiduciary. This standard is that of a person of ordinary prudence in managing their own affairs. Once again, this reflects a correct interpretation of the applicable equitable principles: see *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, (1995), 190 N.R. 89, at paragraph 104; *Wewaykum*, at paragraph 94; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83 (*Williams Lake*), at paragraphs 46 and 48.

[49] The parties further agree that the Federal Court properly exercised its discretion as a court of equity to award a remedy and appropriately selected the remedy of equitable compensation, a remedy that has previously been awarded and one that was open to the Federal Court: see, *Canson*, at page 589; *Wewaykum*, at paragraph 107; see also *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, subsection 2(1), section 4, subsection 17(1) (defining “relief” as encompassing “every species of relief” including “by way of ... payment of money”); establishing the Federal Court

IV. Analyse

[46] Les appelants et le Canada s’entendent sur une série de questions plus vaste que les questions que devait trancher la Cour fédérale. Il est par conséquent utile de commencer par résumer les points sur lesquels s’entendent les parties, de manière à concentrer notre analyse sur les points de discordance.

[47] Les parties conviennent que le Canada a envers la Première Nation du lac Seul une obligation de fiduciaire en raison du contrôle discrétionnaire qu’il exerce sur les terres de la réserve. Elles ont raison dans cette affirmation : voir les arrêts *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la page 385 (par le juge Dickson (plus tard juge en chef)); *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245 (arrêt *Wewaykum*), au paragraphe 86; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, au paragraphe 51.

[48] Elles conviennent également que le Canada a manqué à cette obligation en ne satisfaisant pas à la norme de diligence requise d’un fiduciaire. Cette norme est celle d’une personne faisant preuve de la prudence ordinaire dans la gestion de ses propres affaires. Une fois encore, il s’agit là d’une interprétation correcte des principes de l’équité applicables : voir les arrêts *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, au paragraphe 104; *Wewaykum*, au paragraphe 94; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83 (arrêt *Williams Lake*), aux paragraphes 46 et 48.

[49] Les parties conviennent de plus que la Cour fédérale a à juste titre, en tant que tribunal d’équité, exercé son pouvoir discrétionnaire d’accorder des mesures de réparation et a choisi de façon appropriée l’indemnisation en equity, une réparation précédemment accordée et qu’il était loisible à la Cour fédérale d’envisager : voir l’arrêt *Canson*, à la page 589; l’arrêt *Wewaykum*, au paragraphe 107; voir aussi la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, paragraphe 2(1), article 4, paragraphe 17(1) (où le terme « réparation » inclut selon la

as, among other things, a court of equity; and granting the Federal Court concurrent original jurisdiction in an action in which relief is claimed against Canada).

[50] The parties also accept the Federal Court's finding that the Ear Falls dam would have been built by the summer of 1929 and that the land would have flooded thereafter. They also agree that the dam was a public work and that prior to the dam's construction and the resulting flooding, Canada, had it acted in compliance with its fiduciary duties, could have obtained the right to flood the land through either of the two routes established by the *Indian Act* as it read in 1929: (1) taking for public purposes authorized by order in council made under section 48 of the *Indian Act* or (2) surrender with the band's approval authorized by order in council made under section 51.

[51] Implicit in the Federal Court's reasoning on this point is that Treaty 3 would not have impeded Canada from taking reserve land for public purposes without securing the Lac Seul First Nation's consent. Though they did not press the point at the hearing, as noted, the appellants argued in their memorandum of fact and law that the Federal Court compromised trial fairness by interpreting Treaty 3 without the parties having made submissions on the issue. As Canada rightly points out, both it and the appellants referred to Treaty 3 in their pleadings, putting its interpretation squarely in issue before the Federal Court. The appellants therefore cannot now claim to have been surprised that the Federal Court addressed the interpretation of Treaty 3 in its reasons: see *Heron Bay Investments Ltd. v. Canada*, 2010 FCA 203, 405 N.R. 73, at paragraphs 22–24.

[52] The appellants also submit that the Federal Court erred in interpreting Treaty 3 in the absence of historical evidence. Although historical evidence is often necessary for treaty interpretation as was noted in *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, at page 1045, (1990), 109 N.R. 22; *R. v.*

définition donnée « [t]oute forme de réparation », notamment « par voie de [...] compensation pécuniaire »; où la Cour fédérale est reconnue, entre autres, comme un tribunal d'équité; et où on établit que la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre le Canada).

[50] Les parties acceptent également la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle le barrage d'Ear Falls aurait été construit à l'été 1929 et que les terres auraient été par la suite submergées. Elles conviennent également que le barrage était un ouvrage public et qu'avant la construction du barrage et l'inondation qui a suivi, le Canada, s'il avait agi conformément à ses obligations de fiduciaire, aurait pu obtenir le droit d'inonder les terres, par l'une ou l'autre des deux voies établies par la *Loi des Indiens*, selon le libellé en vigueur en 1929 : 1) l'appropriation des terres à des fins publiques autorisée en vertu d'un décret rendu en application de l'article 48 de la *Loi des Indiens*; 2) la cession des terres avec l'approbation de la bande autorisée en vertu d'un décret rendu en application de l'article 51.

[51] Il ressort implicitement du raisonnement de la Cour fédérale sur ce point que le Traité n° 3 n'aurait pas empêché le Canada de s'approprier les terres de la réserve à des fins publiques sans le consentement de la Première Nation du lac Seul. Bien qu'ils n'aient pas insisté sur ce point à l'audience, les appelants, comme nous l'avons souligné, ont affirmé dans leur mémoire des faits et du droit que la Cour fédérale a compromis l'équité du procès en interprétant le Traité n° 3 en l'absence d'observations des parties sur la question. Comme le souligne à juste titre le Canada, les appelants et le Canada ont fait référence au Traité n° 3 dans leurs actes de procédure, abordant clairement la question de son interprétation devant la Cour fédérale. Les appelants ne peuvent donc pas maintenant prétendre avoir été surpris que la Cour fédérale aborde la question de l'interprétation du Traité n° 3 dans ses motifs : voir l'arrêt *Heron Bay Investments Ltd. c. Canada*, 2010 CAF 203, aux paragraphes 22 à 24.

[52] Les appelants soutiennent également que la Cour fédérale a commis une erreur en interprétant le Traité n° 3 en l'absence d'éléments de preuve historiques. Bien que des éléments de preuve historiques soient souvent nécessaires pour interpréter un traité, comme on

*Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, (1999), 246 N.R. 83, at paragraph 11; and *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at paragraphs 54–55, the parties' choice not to lead such evidence cannot prevent the Federal Court from interpreting Treaty 3 to the extent the Court needed to do so to resolve the issues before it. Moreover, the appellants do not allege any specific error that the Federal Court made in its interpretation. There is thus no basis for this Court to disturb the Federal Court's conclusions on Treaty 3.

[53] Having reviewed the points on which the parties agree (and having dealt with the appellants' arguments regarding Treaty 3), I turn now to the points on which the parties disagree. The appellants and Canada principally part ways on the Federal Court's application of the principles governing equitable compensation.

[54] Delineation of the relevant equitable principles is reviewable on a standard of correctness: see, by analogy, *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paragraph 24 (correctness applies to the "interpretation [of] the common law"). Their application to the facts, absent an extricable error of principle, is reviewable on a standard of palpable and overriding error: see, by analogy, *Monsanto Canada Inc. v. Rivett*, 2010 FCA 207, [2012] 1 F.C.R. 473, at paragraphs 22–23 (commenting that appellate review of an award of damages is to be done in accordance with the standards of review identified in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 and adding that such an approach is equally applicable to review of an accounting of profits, an equitable remedy).

[55] Palpable and overriding errors are significant errors. As this Court explained in a passage in *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, at paragraph 46, that the Supreme Court

l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, à la page 1045, dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, au paragraphe 11, et dans l'arrêt *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, aux paragraphes 54 et 55, le fait que les parties aient choisi de ne pas présenter de tels éléments de preuve n'empêche pas la Cour fédérale d'interpréter le Traité n° 3, dans la mesure où elle a besoin de le faire pour résoudre les questions dont elle est saisie. En outre, les appelants n'allèguent aucune erreur précise qu'aurait commise la Cour fédérale dans son interprétation. Il n'existe par conséquent aucun fondement nous autorisant à modifier les conclusions de la Cour fédérale relativement au Traité n° 3.

[53] Après avoir passé en revue les points sur lesquels les parties s'entendent (et après avoir traité des arguments des appelants concernant le Traité n° 3), je vais maintenant me pencher sur les points sur lesquels les parties ne s'entendent pas. Les appelants et le Canada divergent principalement d'opinion concernant l'application qu'a faite la Cour fédérale des principes régissant l'indemnisation en equity.

[54] La délimitation des principes pertinents en equity doit être examinée selon la norme de la décision correcte : voir, par analogie, l'arrêt *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, au paragraphe 24 (la norme de la décision correcte s'applique à « l'interprétation de la [...] common law »). Leur application aux faits, en l'absence d'une erreur de principe isolable, est susceptible de révision selon la norme de l'erreur manifeste et dominante : voir, par analogie, l'arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Rivett*, 2010 CAF 207, [2012] 1 R.C.F. 473, aux paragraphes 22 et 23 (où le juge indique que l'examen en appel des dommages-intérêts accordés doit se faire selon les normes de contrôle précisées dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, et ajoute qu'une telle approche peut également s'appliquer à l'examen de la restitution des bénéfices, une réparation en equity).

[55] Les erreurs manifestes et dominantes sont des erreurs importantes. Comme l'a expliqué notre Cour dans un passage de l'arrêt *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, au paragraphe 46, cité avec

quoted with approval in *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paragraph 38, “[p]alpable and overriding error is a highly deferential standard of review .... ‘Palpable’ means an error that is obvious. ‘Overriding’ means an error that goes to the very core of the outcome”.

[56] I turn now to the errors that the appellants allege.

A. *Did the Federal Court commit a reviewable error in declining to award compensation for the failure to negotiate a revenue-sharing agreement?*

[57] Contrary to what the appellants submit, I see no error having been committed by the Federal Court in declining to award compensation for loss of a revenue-sharing agreement. The Federal Court did not commit any error in principle in reaching this conclusion and it correctly outlined the principles applicable to equitable compensation. Similarly, it made no palpable and overriding error of fact or of mixed fact and law in concluding that the Lac Seul situation was fundamentally different from those situations relied on by the appellants where agreements providing for ongoing payments had been negotiated.

[58] Turning first to the equitable precepts, as the Federal Court explained, equitable compensation is a form of monetary relief assessed according to equitable principles and with the benefit of several equitable presumptions. For the purposes of this appeal, suffice it to say that a court of equity can order equitable compensation for any losses factually caused by the breach of fiduciary duty, including losses that were not foreseeable at the date of breach, but that have become known by the date of judgment: *Canson*, at pages 547–551 and 555. Equity’s objective is not only to put the beneficiary in “as good a position as he or she would have been [in] had the breach not occurred”: *Hogkinson*, at pages 440 and 443, but also to deter wrongdoing by fiduciaries: *Canson*, at pages 543–544 and 547. A fiduciary is presumed to act

approbation par la Cour suprême dans l’arrêt *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, au paragraphe 38, « [l]’erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue [...] Par erreur “manifeste”, on entend une erreur évidente, et par erreur “dominante”, une erreur qui touche directement à l’issue de l’affaire ».

[56] Je vais maintenant me pencher sur les deux erreurs alléguées par les appelants.

A. *La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur susceptible de révision en refusant d’accorder une indemnisation pour la perte d’occasion de négocier une entente de partage des bénéfices?*

[57] Contrairement à ce que soutiennent les appelants, je ne vois aucune erreur commise par la Cour fédérale dans son refus d’accorder une indemnisation pour la perte d’occasion de négocier une entente de partage des bénéfices. La Cour fédérale n’a commis aucune erreur de principe en tirant cette conclusion et elle a, à juste titre, souligné les principes applicables à l’indemnisation en equity. De même, elle n’a commis aucune erreur de droit ou de fait manifeste ou dominante ou encore aucune erreur mixte de droit et de fait en tirant la conclusion que la situation du lac Seul était fondamentalement différente des situations invoquées par les appelants, pour lesquelles des ententes prévoyant des paiements périodiques ont été négociées.

[58] En ce qui concerne d’abord les préceptes de l’equity, conformément à ce qu’a expliqué la Cour fédérale, l’indemnisation en equity est une forme de compensation pécuniaire évaluée en fonction de principes d’equity et bénéficiant de plusieurs présomptions fondées sur l’equity. Pour les besoins du présent appel, il suffit de dire qu’un tribunal d’equity peut ordonner une indemnisation en equity pour toute perte attribuable à un manquement à une obligation fiduciaire, y compris les pertes qui n’étaient pas prévisibles au moment du manquement, mais qui sont devenues connues à la date du jugement : arrêt *Canson*, aux pages 547 à 551 et 555. L’objectif de l’indemnisation en equity est non seulement de placer le bénéficiaire « dans une position aussi bonne que celle dans laquelle il se serait trouvé en l’absence du

in accordance with the law: see *Whitefish Lake*, at paragraph 69. As a result, a fiduciary shown to have breached its duty cannot reduce the compensation it is meant to pay by claiming that it would have acted unlawfully in the non-breach scenario. Likewise, a fiduciary is presumed to have put that which the beneficiary lost to its most advantageous use between the date of breach and the date of judgment: *Canson*, at page 545; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3, (1997), 148 D.L.R. (4th) 523 (C.A.) (*Semiahmoo*), at paragraphs 109–115; *Whitefish Lake*, at paragraph 49.

[59] Contrary to what the appellants submit, the Federal Court did not ignore these principles, but rather faithfully applied them in its consideration of whether the appellants were entitled to compensation for the loss of a revenue sharing agreement. The loss suffered in this case is different from that suffered in *Guerin FC*, relied on by the appellants, as here, unlike in *Guerin FC*, Canada had the right to take the flooded land in 1929 because the land was to be used for a public purpose. Thus, the Federal Court correctly identified the impact of the breaches of fiduciary duty committed by Canada as being *both* the deprivation of an opportunity to negotiate a surrender of the flooded land in 1929 and the deprivation in 1929 of the funds that ought to have been paid had Canada taken and exercised the right to flood the reserve land.

[60] In my view, the appellants' invocation of the principle that equitable compensation is assessed with the "full benefit of hindsight" is misplaced. Equity gives a beneficiary the full benefit of hindsight by allowing the beneficiary to recover for losses that may not have been foreseeable at the time of the breach, but become known by the date of judgment: *Canson*, at page 555. However, the losses must nevertheless still flow from the breach: *Canson*, at pages 551 and 555–556; *Semiahmoo*, at paragraph 112. Likewise, the presumption of most advantageous use does not support the appellants' position. That

manquement » : arrêt *Hodgkinson*, aux pages 440 et 443, mais également de dissuader l'inconduite des fiduciaires : arrêt *Canson*, aux pages 543, 544 et 547. Un fiduciaire est présumé agir conformément au droit : voir l'arrêt *Whitefish Lake*, au paragraphe 69. Ainsi, un fiduciaire déclaré coupable d'avoir manqué à ses obligations ne peut réduire le montant des indemnités qu'il est tenu de payer en prétendant qu'il aurait agi illégalement en l'absence du manquement. De même, un fiduciaire est présumé avoir utilisé ce qu'a perdu le bénéficiaire de la façon la plus avantageuse possible entre la date du manquement et la date du jugement : arrêt *Canson*, à la page 545; arrêt *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.) (arrêt *Semiahmoo*), aux paragraphes 109 à 115; arrêt *Whitefish Lake*, au paragraphe 49.

[59] Contrairement à ce qu'affirment les appelants, la Cour fédérale n'a pas ignoré ces principes, mais les a plutôt appliqués fidèlement quand elle s'est penchée sur la question de savoir si les appelants avaient droit à une indemnisation pour la perte de la possibilité de négocier une entente de partage des bénéfices. La perte subie en l'espèce est différente de celle subie dans l'affaire *Guerin CF*, sur laquelle s'appuient les appelants, puisqu'en l'espèce, contrairement à l'affaire *Guerin CF*, le Canada avait le droit de s'approprier les terres inondées en 1929 parce que les terres devaient être utilisées à des fins publiques. Par conséquent, la Cour fédérale a correctement défini les répercussions des manquements du Canada à ses obligations de fiduciaire comme étant *à la fois* la privation d'une possibilité de négocier une cession des terres inondées en 1929 et la privation en 1929 des sommes qui auraient dû être payées si le Canada avait pris les terres de la réserve et exercé son droit de les inonder.

[60] À mon avis, l'invocation par les appelants du principe selon lequel l'indemnisation en equity est évaluée « en bénéficiant pleinement de la rétrospective » est mal à propos. L'equity donne à un bénéficiaire le plein bénéfice de la rétrospective en permettant au bénéficiaire de recouvrer les pertes qui auraient pu ne pas être prévisibles au moment du manquement, mais qui sont devenues connues à la date du jugement : arrêt *Canson*, à la page 555. Toutefois, les pertes doivent néanmoins découler du manquement : arrêt *Canson*, aux pages 551, 555 et 556; arrêt *Semiahmoo*, au paragraphe 112. De même, la

presumption only applies to what the beneficiary has actually lost as a result of the breach of fiduciary duty.

[61] For the appellants to recover the value of a revenue-sharing agreement, they must be able to establish that it forms part of what the Lac Seul First Nation lost as a result of Canada's breach: see *Canson*, at page 551 ("equitable compensation must be limited to loss flowing from the [fiduciary's] acts in relation to the interest he undertook to protect"). The Federal Court found that there was no evidence supporting the view that the Lac Seul First Nation lost the opportunity to share in the revenue from downstream hydroelectric generation for two main reasons.

[62] First, none of the others whose lands were flooded as a result of the Ear Falls dam were offered such an agreement and they were not compensated in lieu for the value of such an agreement. Second, the situations that the appellants were able to point to where agreements providing for ongoing payments were entered into were different. The Columbia River Treaty was negotiated much later and was a much more complex, international agreement: reasons, at paragraph 349. In the situation of the Stoney Indian Band, the hydroelectric stations were built at least partly on reserve land: reasons, at paragraph 346. There was ample factual basis in the record before the Federal Court to support its conclusions that these situations were distinguishable from the Lac Seul First Nation's circumstances. The Federal Court therefore cannot be said to have made a palpable and overriding error in distinguishing them.

[63] I accordingly do not believe that there is any basis to interfere with the Federal Court's conclusion that Canada would have compensated the appellants in a one-time payment for the flooded land and would not have secured an indefinite revenue-sharing agreement.

présomption de l'utilisation la plus avantageuse ne peut soutenir la thèse des appelants. Cette présomption ne s'applique qu'aux pertes réelles du bénéficiaire par suite du manquement aux obligations de fiduciaire.

[61] Pour que les appelants puissent recouvrer la valeur d'une entente de partage des bénéfices, ils doivent être en mesure d'établir qu'elle fait partie de ce qu'a perdu la Première Nation du lac Seul par suite du manquement du Canada : voir l'arrêt *Canson*, à la page 551 (« l'indemnisation fondée sur l'*equity* doit se limiter à la perte découlant des actes accomplis par le fiduciaire relativement au droit qu'il s'est engagé à protéger »). La Cour fédérale a jugé qu'il n'y avait aucun élément de preuve appuyant l'idée que la Première Nation du lac Seul a perdu la possibilité de partager les bénéfices découlant de la production hydroélectrique en aval, et ce pour deux raisons principales.

[62] D'abord, on n'a offert à aucune des autres parties dont les terres ont été inondées à la suite de la construction du barrage d'Ear Falls la possibilité de conclure une telle entente, et elles n'ont pas été indemnisées en remplacement de la valeur d'une telle entente. Deuxièmement, les situations invoquées par les appelants et pour lesquelles des ententes prévoyant des paiements périodiques ont été conclues étaient différentes. Le Traité du fleuve Columbia a été négocié beaucoup plus tard et il s'agissait d'une entente multinationale beaucoup plus complexe : motifs, au paragraphe 349. Dans le cas de la Première Nation de Stoney, les centrales hydroélectriques ont été construites au moins partiellement sur les terres de la réserve : motifs, au paragraphe 346. Dans le dossier dont était saisie la Cour fédérale, il y avait un large fondement factuel pour appuyer ses conclusions selon lesquelles ces situations étaient différentes des circonstances propres à la Première Nation du lac Seul. Par conséquent, il n'est pas possible d'affirmer que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en établissant cette distinction.

[63] Je suis donc d'avis qu'il n'existe aucune raison valable de modifier la conclusion de la Cour fédérale, selon laquelle le Canada aurait indemnisé les appelants avec une indemnité unique pour les terres inondées et n'aurait pas conclu une entente de partage des bénéfices sans durée fixe.

B. *Did the Federal Court err in its assessment of the quantum of the one-time compensation for the loss of the flooded land?*

[64] I turn now to the appellants' alternate position, namely, that the Federal Court erred in using the figure of \$1.29 per acre as forming the basis for compensation for the flooded land in a one-time payment. It will be recalled that the appellants make two arguments in support of this contention. They first submit that the Federal Court erred in using current as opposed to 1929 expropriation law, which they claim would lead to a different result. Second, the appellants say that the Federal Court erred in distinguishing the Kananaskis Falls situation as a relevant precedent for determining that Canada would not have negotiated a premium for the land, based on its intended use as a reservoir in support of downstream hydroelectric generating stations. I disagree with the first of these arguments but do accept the second.

[65] Turning to the first argument, I agree with the appellants that had Canada taken (or expropriated) the land, compensation would have been determined in accordance with the common law as it stood in 1929. In the taking scenario, subsection 48(2) of the *Indian Act* did not specify the method by which compensation was to be assessed when the federal Crown was the taker: see *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3 (C.A.), at pages 39–40, (1985), 17 D.L.R. (4th) 591 (*per* Urie J.A., concurring). Thus, reference would have been made to the background common law to determine the compensation due to the Lac Seul First Nation.

[66] I agree with the appellants that, to the extent that the Federal Court used the law as it stood in 2017 as its point of reference, it erred. Given its finding that compensation would have been paid in 1929, the question for the Federal Court was rather how such compensation would have been determined at that time. However, I disagree with the appellants that had the Federal Court followed the law as it stood in 1929, it would have reached a different conclusion.

B. *La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur dans son évaluation du montant de l'indemnité unique pour la perte des terres inondées?*

[64] Je vais maintenant me pencher sur la thèse subsidiaire des appelants, soit que la Cour fédérale a commis une erreur en utilisant le chiffre de 1,29 \$ par acre pour calculer l'indemnité unique versée pour les terres inondées. Il faut rappeler que les appelants ont présenté deux arguments pour appuyer cette prétention. Ils soutiennent d'abord que la Cour fédérale a commis une erreur en utilisant la loi actuelle sur l'expropriation plutôt que celle de 1929, ce qui selon eux aurait donné un résultat différent. Ensuite, les appelants affirment que la Cour fédérale a commis une erreur en écartant la situation aux chutes Kananaskis Falls comme précédent pertinent avant de tirer la conclusion que le Canada n'aurait pas négocié une prime pour les terres, fondée sur leur utilisation future comme réservoir pour soutenir les centrales hydroélectriques en aval. Je ne suis pas d'accord avec le premier de ces arguments mais je retiens le second.

[65] En ce qui concerne le premier argument, je suis d'accord avec les appelants que, si le Canada s'était approprié les terres (ou les avait expropriées), l'indemnité aurait été calculée conformément aux règles de common law en vigueur en 1929. Dans le cas d'une appropriation, le paragraphe 48(2) de la *Loi des Indiens* ne précisait pas la méthode à utiliser pour évaluer l'indemnité lorsque c'est la Couronne qui est l'acheteur : voir l'arrêt *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.), aux pages 39 et 40 (opinion concordante du juge Urie). Ainsi, il aurait fallu faire référence aux règles de la common law pour calculer l'indemnité due à la Première Nation du lac Seul.

[66] Je suis d'accord avec les appelants que, dans l'éventualité où la Cour fédérale a utilisé la loi telle qu'elle était libellée en 2017 comme point de référence, elle a commis une erreur. Compte tenu de sa conclusion selon laquelle une indemnité aurait été versée en 1929, la question que devait trancher la Cour fédérale était plutôt de déterminer comment une telle indemnité aurait été calculée à l'époque. Toutefois, je ne suis pas d'accord avec les appelants pour affirmer que, si la Cour fédérale avait appliqué la loi telle qu'elle était libellée en 1929, elle en serait arrivée à une conclusion différente.

[67] In 1929, the leading cases on compensation for expropriation were the decisions of the Judicial Committee of the Privy Council, then Canada's final court of appeal, in *Cedars Rapids Manufacturing and Power Company v. Lacoste*, [1914] A.C. 569, (1914), 16 D.L.R. 168 (P.C.) (*Cedars Rapids*) (cited to A.C.) and *Fraser v. City of Fraserville*, [1917] A.C. 187, (1917), 34 D.L.R. 211 (P.C.) (*Fraser*) (cited to A.C.). The appellants also referred to *Lacoste v. Cedars Rapids Manufacturing and Power Co.*, [1928] 2 D.L.R. 1 (P.C.), which reaffirms the principles in *Cedars Rapids*, and *Re Ontario and Minnesota Power Co., Ltd. and Town of Fort Frances* (1916), 28 D.L.R. 30, at page 38, 35 O.L.R. 459 (S.C.(A.D.)), which likewise refers to *Cedars Rapids*, but does not elaborate on its teachings.

[68] In *Cedars Rapids*, at page 576, Lord Dunedin gave the reasons of the Board, noting that the "law of Canada as regards the principles upon which compensation for land taken is to be awarded is the same as the law of England, and it has been explained ... nowhere with greater precision than in the case of *Lucas v. Chesterfield Gas and Water Board* ... , where Lord Justices Vaughan Williams and Moulton deal with the whole subject exhaustively and accurately." As he went on to explain, the two central propositions that govern this area are that:

.... 1. The value to be paid for is the value to the owner as it existed at the date of the taking, not the value to the taker. 2. The value to the owner consists in all advantages which the land possesses, present or future, but it is the present value alone of such advantages that falls to be determined.

Where, therefore, the element of value over and above the bare value of the ground itself ... consists in adaptability for a certain undertaking ... the value is not a proportional part of the assumed value of the whole undertaking, but is merely the price, enhanced above the bare value of the ground which possible intended undertakers would give. That price must be tested by the imaginary market which would have ruled had the land been exposed for sale before any undertakers had secured the powers, or acquired the other subjects which make the undertaking as a whole a realized possibility.

[67] En 1929, les causes types sur l'indemnisation en cas d'expropriation se limitaient aux décisions du Comité judiciaire du Conseil privé, qui était alors le tribunal de dernier ressort du Canada, dans l'arrêt *Cedars Rapids Manufacturing and Power Company v. Lacoste*, [1914] A.C. 569, (1914), 16 D.L.R. 168 (P.C.) (arrêt *Cedars Rapids*) (avec renvoi aux A.C.) et l'arrêt *Fraser v. City of Fraserville*, [1917] A.C. 187, (1917), 34 D.L.R. 211 (P.C.) (arrêt *Fraser*) (avec renvoi aux A.C.). Les appelants citent également l'arrêt *Lacoste v. Cedars Rapids Manufacturing and Power Co.*, [1928] 2 D.L.R. 1 (P.C.), qui confirme les principes énoncés dans l'arrêt *Cedars Rapids*, ainsi que l'arrêt *Re Ontario and Minnesota Power and Town of Fort Frances* (1916), 28 D.L.R. 30, à la page 38, 35 O.L.R. 459 (C.S.(S.A.)), qui fait aussi référence à l'arrêt *Cedars Rapids*, mais sans élaborer sur ses enseignements.

[68] Dans l'arrêt *Cedars Rapids*, à la page 576, Lord Dunedin présente les motifs du tribunal, soulignant que [TRADUCTION] « les principes juridiques du droit canadien en vertu desquels les indemnités d'expropriation de biens-fonds devaient être accordées étaient les mêmes que ceux qui existaient alors en Angleterre, et ils ont été expliqués avec beaucoup de précision dans l'arrêt *In re Lucas and Chesterfield Gas and Water Board*, où les juges Vaughan Williams et Fletcher Moulton L. traitent le sujet de façon exhaustive et précise ». Comme il l'a expliqué, les deux propositions centrales qui régissent ce domaine sont les suivantes :

[TRADUCTION] [...] (1) La valeur pour laquelle il y a lieu de payer, c'est la valeur pour le propriétaire à la date de l'expropriation, et non la valeur pour l'acquéreur... (2) La valeur pour le propriétaire, c'est l'ensemble des avantages, actuels ou futurs, du terrain mais, ce qu'il y a lieu de déterminer, c'est la valeur actuelle de pareil avantage.

Par conséquent, lorsque l'augmentation de la valeur du terrain nu lui-même [...] est liée à sa capacité d'adaptation pour un certain projet [...], la valeur n'est pas une part proportionnelle de la valeur présumée de l'ensemble du projet, mais représente simplement le prix, augmenté par rapport à la valeur du terrain nu, qu'offriraient de possibles entrepreneurs. Ce prix doit être testé sur le marché imaginaire qui aurait prévalu si le terrain avait été offert en vente avant qu'un entrepreneur n'obtienne les pouvoirs nécessaires, ou ne fasse l'acquisition des autres éléments qui rendent le projet dans son ensemble une possibilité réalisée.

[69] In *Fraser*, at page 194, Lord Buckmaster, giving the reasons of the Board, elaborated on the second proposition, writing that “the value to be ascertained is the value to the seller of the property in its actual condition at the time of expropriation with all its existing advantages and with all its possibilities, excluding any advantage due to the carrying out of the scheme for which the property is compulsorily acquired, the question of what is the scheme being a question of fact for the arbitrator in each case”.

[70] The second proposition referred to in *Cedars Rapids* and *Fraser* arguably could point in opposite directions. On the one hand, the value of the land includes that attributable to “existing advantages” and “possibilities” of the land, among them its “special adaptability” to certain uses, yet, on the other hand, the value excludes any value imputable to the scheme for which the land is being expropriated. Where the land’s special adaptability can be realized *only* through the scheme, it is arguably not clear whether the value attributable to that adaptability is included and if so, to what extent.

[71] The cases referred to by the Judicial Committee shed further light on this issue. As noted, in *Cedars Rapids* and *Fraser*, the Judicial Committee referred to *In re Lucas and Chesterfield Gas and Water Board*, [1909] 1 K.B. 16 (C.A.) (*Lucas*) as stating the general principles of this area of law. In *Fraser*, reference was also made to *Sidney v. North Eastern Railway Co.*, [1914] 3 K.B. 629 (D.C.) (*Sidney*), in which judgment was rendered a few months after *Cedars Rapids*.

[72] In *Lucas*, three Lord Justices of Appeal wrote separately. Vaughan Williams L.J. explained that “special adaptability [is] an element which the probability of purchasers requiring the land for such purposes gives to the land compulsorily taken such purposes”, to the extent that it has value before the land is taken and before the probability is realized by those for whose benefit the land was taken: *Lucas*, at pages 27–28. Buckley L.J. agreed: *Lucas*, at pages 36–37.

[69] Dans l’arrêt *Fraser*, à la page 194, Lord Buckmaster, exposant les motifs du tribunal, a élaboré au sujet de la seconde proposition, écrivant que [TRADUCTION] « la valeur qu’il faut déterminer, c’est la valeur pour le vendeur du bien-fonds dans sa condition actuelle au moment de l’expropriation avec tous ses avantages existants et toutes ses possibilités, à l’exclusion de tout avantage dû à la réalisation du plan pour lequel le bien-fonds est exproprié, la teneur de ce plan étant une question de fait pour l’arbitre dans chaque cas ».

[70] Il est permis de penser que la seconde proposition citée dans les arrêts *Cedars Rapids* et *Fraser* pourrait pointer dans des directions opposées. D’un autre côté, la valeur du terrain inclut la valeur attribuable aux [TRADUCTION] « avantages existants » et aux [TRADUCTION] « possibilités » du terrain, notamment sa « capacité d’adaptation spéciale » à certaines utilisations, même si, d’un autre côté, la valeur exclut toute valeur imputable au plan pour lequel le terrain est exproprié. Lorsque la capacité d’adaptation spéciale du terrain peut être réalisée *uniquement* grâce au plan prévu, on ne peut dire avec certitude si la valeur attribuable à cette capacité d’adaptation est incluse et, dans l’affirmative, dans quelle mesure.

[71] Les affaires citées par le Comité judiciaire nous éclairent sur la question. Comme je l’ai souligné, dans les arrêts *Cedars Rapids* et *Fraser*, le Comité judiciaire a fait référence aux principes généraux de ce domaine du droit énoncés dans l’arrêt *In re Lucas and Chesterfield Gas and Water Board*, [1909] 1 K.B. 16 (C.A.) (arrêt *Lucas*). Dans l’arrêt *Fraser*, on cite également l’arrêt *Sidney v. North Eastern Railway Co.*, [1914] 3 K.B. 629 (C.D.) (arrêt *Sidney*), un jugement rendu quelques mois après l’arrêt *Cedars Rapids*.

[72] Dans l’arrêt *Lucas*, trois lords juges d’appel ont chacun prononcé des motifs distincts. Le lord juge Vaughan Williams a expliqué que [TRADUCTION] « la capacité d’adaptation spéciale est un élément où la probabilité que les acheteurs aient besoin du terrain pour de telles fins procure au terrain exproprié de telles fins », si le terrain a une certaine valeur avant d’être exproprié et avant la réalisation de la probabilité par ceux au bénéfice de qui le terrain a été exproprié : arrêt *Lucas*, aux pages 27 et 28. Le lord juge Buckley était d’accord : arrêt *Lucas*, aux pages 36 et 37.

[73] Fletcher Moulton L.J. took a more categorical view, explaining in *Lucas*, at page 31:

... where the special value exists only for the particular purchaser who has obtained powers of compulsory purchase it cannot be taken into consideration in fixing the price, because to do otherwise would be to allow the existence of the scheme to enhance the value of the lands to be purchased under it. But when the special value exists also for other possible purchasers, so that there is [...] a market [...] in which that special value goes towards fixing the market price, the owner is entitled to have this element of value taken into consideration ....

[74] In his concurring reasons in *Sidney*, Rowlatt J. elaborated on Fletcher Moulton L.J.'s approach, explaining that "[t]he value to the owner is not confined to the value of the land to the owner for his own purposes; it includes the value which the requirements of other persons for other purposes give to it as a marketable commodity, provided that the existence of the scheme for which it is taken is not allowed to add to the value.": *Sidney*, at page 636. The problem, as Rowlatt J. explains, is when one of the other purposes "seems at first sight to infringe the principle that value due to the scheme is to be excluded": *Sidney*, at page 636. The land's "special adaptability for the purposes of the particular scheme may be taken into consideration where it can be said that there might have been other competitors for it for that purpose, and to the extent that the competition of such possible purchasers with each other and with the promoter would raise the possible price that might have been obtained in the market": *Sidney*, at page 636. But, in the absence of the power to expropriate, where the promoter has no competitors, "the owner need not sell to [the promoter]": *Sidney*, at page 637. The promoter would therefore "need to make higher and yet higher offers", which the promoter would do because of "the value [of the land] to him for his scheme": *Sidney*, at page 637. Since the existence of the scheme is not to be taken into account, the premium the promoter would have paid is excluded from the compensation.

[73] Le lord juge Fletcher Moulton a adopté un point de vue plus catégorique, expliquant, dans l'arrêt *Lucas*, à la page 31 :

[TRADUCTION] [...] lorsque la valeur spéciale existe uniquement pour l'acheteur qui a obtenu le pouvoir d'expropriation, elle ne peut être prise en considération pour fixer le prix, parce qu'agir autrement équivaldrait à permettre l'existence du plan visant à hausser la valeur des terrains qui doivent être achetés à cette fin. Mais lorsque la valeur spéciale existe également pour d'autres acheteurs potentiels, de telle façon qu'il existe [...] un marché [...] au sein duquel cette valeur spéciale contribue à fixer le prix du marché, le propriétaire a droit à ce que cet élément de la valeur soit pris en considération [...]

[74] Dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Sidney*, le juge Rowlatt a élaboré concernant l'approche de lord juge Fletcher Moulton, expliquant que [TRADUCTION] « [l]a valeur pour le propriétaire ne se limite pas à la valeur du terrain pour le propriétaire pour ses propres fins; elle inclut la valeur que les besoins d'autres personnes à d'autres fins lui donnent en tant que bien commercialisable, à condition que l'existence du plan pour lequel le terrain est exproprié ne vienne pas lui ajouter de la valeur » : arrêt *Sidney*, à la page 636. Le problème, comme l'a expliqué le juge Rowlatt, c'est lorsqu'une des autres fins [TRADUCTION] « semble à première vue transgresser le principe selon lequel cette valeur attribuable au plan doit être exclue » : arrêt *Sidney*, à la page 636. La [TRADUCTION] « capacité d'adaptation spéciale du terrain pour les fins du plan particulier peut être prise en considération lorsqu'il peut être affirmé que d'autres concurrents auraient pu être intéressés à ce terrain à cette fin, et si la concurrence de tels acheteurs potentiels entre eux et avec le promoteur avait pu faire augmenter le prix qui aurait pu être obtenu sur le marché » : arrêt *Sidney*, à la page 636. Mais, en l'absence du pouvoir d'exproprier, dans un cas où le promoteur n'a pas de concurrents, [TRADUCTION] « le propriétaire n'est pas tenu de vendre au [promoteur] » : arrêt *Sidney*, à la page 637. Le promoteur aurait donc [TRADUCTION] « besoin de présenter des offres de plus en plus élevées », ce que ferait le promoteur en raison de [TRADUCTION] « la valeur [du terrain] pour lui pour ce plan » : arrêt *Sidney*, à la page 637. Comme l'existence du plan ne peut être prise en considération, la prime que le promoteur aurait payée est exclue de l'indemnité.

[75] In his concurring reasons, Shearman J. “agree[d] entirely” with Rowlatt J.: *Sidney*, at page 638. For his part, Avory J., while not expressly endorsing Rowlatt J.’s reasons, concluded that the arbitrator was entitled to take the possibility of competition among potential buyers with different intended uses for the land into account: *Sidney*, at page 635.

[76] Canadian courts followed *Sidney*. The Supreme Court of Canada cited Rowlatt J.’s concurring reasons in *Sidney* with approval in *The King v. Hearn* (1917), 55 S.C.R. 562, at page 567 (*per* Idington J.), writing that it “agree[s] with the observations of Rowlatt J. ... from his judgment in the case of *Sidney* ... at page 637 ... bearing upon the exclusion from consideration of the market value, the advantages to be derived from the construction of the work in question for the promotion of which expropriation is made” and *La Cité de Montréal v. Maucotel*, [1928] S.C.R. 384, at page 394, in which Rinfret J. (as he then was) put the point in these terms:

[TRANSLATION] .... To assess the indemnity on the basis that the alley has a certain value for the City of Montréal because it is specially adapted to the use that the City wants to make of it would be contrary to the principle set out in *Fraser* ... and would grant an indemnity for

any [advantage] due to the carrying out of the scheme for which the property is compulsorily acquired .

It is no longer necessary to discuss the reasons that led to the adoption of this principle. Those reasons are clearly set out by Rowlatt J. in *Sidney*. .... [Footnotes omitted.]

[77] This Court’s predecessor, the Exchequer Court, which had jurisdiction in expropriation matters involving Canada under the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1927, c. 34 and the *Expropriation Act*, R.S.C. 1927, c. 64 at the time, likewise cited Rowlatt J.’s reasons in *Sidney* with approval in *Raymond v. The King* (1916), 16 Ex. C.R. 1, 29 D.L.R. 574, at page 584, *affd* (1918), 59 S.C.R. 682, 49 D.L.R. 689 and *The King v. Quebec Gas Co.* (1917), 17 Ex. C.R. 386, 42 D.L.R. 61, at page 75, *affd* (1918), 59 S.C.R. 677, 49 D.L.R. 692.

[75] Dans ses motifs concordants, le juge Shearman se [TRADUCTION] « dit entièrement d’accord » avec le juge Rowlatt : arrêt *Sidney*, à la page 638. Pour sa part, le juge Avory, même s’il n’endosse pas expressément les motifs prononcés par le juge Rowlatt, a conclu que l’arbitre avait le droit de prendre en considération la possibilité d’une concurrence entre des acheteurs potentiels ayant des visées différentes pour le terrain : arrêt *Sidney*, à la page 635.

[76] Les tribunaux canadiens ont appliqué l’arrêt *Sidney*. La Cour suprême du Canada a cité avec approbation, dans l’arrêt *The King v. Hearn* (1917), 55 R.C.S. 562, à la page 567 (motifs du juge Idington), les motifs concordants du juge Rowlatt dans l’arrêt *Sidney*, écrivant être [TRADUCTION] « d’accord avec les observations du juge Rowlatt [...] tirées de son jugement dans l’arrêt *Sidney* [...], à la page 637 [...] qui portent sur l’idée d’exclusion du calcul de la valeur marchande les avantages découlant de la construction de l’ouvrage en question pour lequel l’expropriation est faite », de même que l’arrêt *La Cité de Montréal v. Maucotel*, [1928] R.C.S. 384, à la page 394, où le juge Rinfret (tel était alors son titre) résume le point en ces termes :

[...] Apprécier l’indemnité sur la base que la ruelle a une certaine valeur pour la cité de Montréal parce qu’elle est spécialement adaptée à l’usage que la cité veut en faire, ce serait aller à l’encontre du principe posé dans la cause de *Fraser* [...] et accorder une indemnité pour

any [advantage] due to the carrying out of the scheme for which the property is compulsorily acquired.

Il n’y a plus lieu de discuter les raisons qui ont conduit à l’adoption de ce principe. Elles sont clairement exposées dans le jugement du juge Rowlatt dans la cause de *Sidney* [...] [Notes en bas de page omises.]

[77] La Cour de l’Échiquier, prédécesseur de notre Cour, qui avait compétence relativement aux affaires d’expropriation concernant le Canada, en vertu de la *Loi sur la Cour de l’Échiquier*, S.R.C. 1927, ch. 34, et de la *Loi sur l’expropriation*, S.R.C. 1927, ch. 64 à l’époque, a de la même façon cité avec approbation les motifs du juge Rowlatt tirés de l’arrêt *Sidney* dans l’arrêt *Raymond v. The King* (1916), 16 R. C. de l’É. 1, 29 D.L.R. 574, à la page 584, *conf. par* (1918), 59 R.C.S. 682, 49 D.L.R. 689, et dans l’arrêt *The King v. Quebec Gas Co.* (1917), 17

[78] Given the Federal Court's factual finding that compensation would have been paid in 1929, compensation would have been calculated in accordance with the teachings expounded in *Sidney*. Thus, to the degree that the Lac Seul First Nation's land was specially adaptable to being flooded to expand Lac Seul's capacity as a reservoir in support of downstream hydroelectric development, as the appellants argue, that possibility could only be realized through the construction of the dam, which is the "scheme" for which Canada would have taken the land or secured its surrender. There is no suggestion that there existed a market for the land for other purchasers who might have wanted to use the land as part of a reservoir. The value attributable to that possibility must therefore be excluded from the compensation.

[79] As such, the Federal Court's finding that Canada would not have paid more than \$1.29 per acre for the flooded land had it expropriated the land in 1929 is not tainted by legal error. And, the appellants have failed to demonstrate that the Federal Court's finding on this point amounts to palpable and overriding error. Having heard Duncan Bell's evidence concerning land value, as well as Norris Wilson's evidence on the purported limitations of Mr. Bell's evidence, the Federal Court was entitled to accept Mr. Bell's evidence and award compensation for the flooded land at \$1.29 per acre.

[80] Thus, the Federal Court did not err in its application of the relevant expropriation law principles.

[81] I turn now to the second error alleged by the appellants, namely that the Federal Court erred in discounting the possibility of a negotiated surrender of the Lac Seul First Nation's land and in distinguishing the Kananaskis Falls situation where Calgary Power both entered into an agreement providing for ongoing payments for water power and riparian rights *and* paid a premium for the land that was flooded.

R. C. de l'É. 386, 42 D.L.R. 61, à la page 75, conf. par (1918), 59 R.C.S. 677, 49 D.L.R. 692.

[78] Étant donné la conclusion de fait de la Cour fédérale selon laquelle une indemnité aurait été versée en 1929, cette indemnité aurait été calculée conformément aux enseignements exposés dans l'arrêt *Sidney*. Par conséquent, si les terres de la Première Nation du lac Seul étaient spécialement adaptées pour être inondées pour accroître la capacité du lac Seul comme réservoir pour soutenir la production hydroélectrique en aval, comme l'affirment les appelants, cette possibilité ne pouvait être réalisée que par la construction du barrage, qui constitue le « plan » pour lequel le Canada se serait approprié les terres ou se serait assuré de leur cession. Rien ne laisse croire qu'il existait un marché pour les terres pour d'autres acheteurs qui auraient pu vouloir utiliser les terres pour en faire un réservoir. La valeur attribuable à cette possibilité doit donc être exclue du calcul de l'indemnité.

[79] Ainsi, la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle le Canada n'aurait pas payé plus de 1,29 \$ par acre pour les terres inondées, s'il avait exproprié les terres en 1929, n'est pas entachée d'une erreur de droit. En outre, les appelants n'ont pas réussi à démontrer que la conclusion de la Cour fédérale sur ce point équivaut à une erreur manifeste et dominante. Après avoir entendu le témoignage de Duncan Bell à propos de la valeur des terres, et le témoignage de Norris Wilson sur les limites présumées du témoignage de M. Bell, la Cour fédérale était autorisée à retenir le témoignage de M. Bell et à accorder une indemnité pour les terres inondées s'élevant à 1,29 \$ par acre.

[80] Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans son application des principes pertinents du droit des expropriations.

[81] Je vais maintenant me pencher sur la seconde erreur alléguée par les appelants, soit que la Cour fédérale a commis une erreur en écartant la possibilité d'une cession négociée des terres de la Première Nation du lac Seul et en établissant une distinction d'avec la situation aux chutes Kananaskis, où Calgary Power a conclu une entente prévoyant des paiements périodiques pour des droits sur l'énergie hydraulique et des droits de riverain *et* a versé une prime pour les terres qui ont été inondées.

[82] According to the analytical method developed in *Guerin FC*, particularly at pages 441–442, the assessment of equitable compensation requires that a court take into account realistic contingencies, i.e. events that could have occurred had the fiduciary duty not been breached and that might have increased (or decreased) the value of what the beneficiary lost as a result of the breach.

[83] As the Federal Court acknowledges, one of the contingencies in the instant case is that, rather than using its power to take Lac Seul First Nation’s land in 1929, Canada would instead have initiated negotiations with Lac Seul First Nation, seeking a voluntary surrender.

[84] In these circumstances, as a fiduciary, Canada was arguably required to pursue a negotiated surrender before proceeding to expropriation as a negotiated resolution would probably have been less detrimental to the Lac Seul First Nation. Although the amount Canada would have had to pay had it expropriated the land would undoubtedly have influenced its position in negotiations with Lac Seul First Nation, the Federal Court was nonetheless required to assess whether the loss of the opportunity to negotiate a surrender might be compensable, either because a higher price might have been achieved or because loss of the opportunity to negotiate might be compensable *per se*.

[85] I note that, as the appellants argued at the hearing, the Hudson’s Bay Company (HBC) may have received more than \$1.29 per acre for its nearly 13 acres of land on the north shore of Lac Seul that were flooded by reason of the dam. Ontario informed the HBC of the plan to build the dam and the flooding that would result. On behalf of itself, Manitoba and Canada, Ontario initiated negotiations with the HBC as to the amount of compensation for the destruction of the HBC’s buildings and flooding of its lands. Ontario estimated the value of the buildings at \$5 475, but this was disputed by the HBC, which estimated their value at \$10 850. After lengthy negotiations, Ontario agreed to pay \$7 000 as compensation for both the buildings and the land. Ontario also transferred

[82] Selon la méthode analytique mise au point dans la décision *Guerin CF*, en particulier aux pages 441 et 442, la Cour doit, dans son évaluation de l’indemnisation en equity, prendre en considération les éventualités réalistes, c’est-à-dire les événements qui auraient pu survenir n’eût été le manquement à l’obligation fiduciaire, et qui auraient pu faire augmenter (ou diminuer) la valeur de ce qu’a perdu le bénéficiaire à la suite du manquement.

[83] Comme la Cour fédérale le reconnaît, l’une de ces éventualités dans le cas qui nous occupe concerne le fait que, plutôt que d’utiliser ses pouvoirs pour s’approprier les terres de la Première Nation du lac Seul en 1929, le Canada aurait lancé des négociations avec la Première Nation du lac Seul, en vue d’obtenir une cession volontaire.

[84] Dans ces circonstances, à titre de fiduciaire, le Canada avait vraisemblablement l’obligation de chercher à obtenir une cession négociée avant de procéder à l’expropriation, puisqu’une solution négociée aurait probablement été moins désavantageuse pour la Première Nation du lac Seul. Même si le montant que le Canada aurait dû payer s’il avait exproprié les terres avait sans aucun doute eu une incidence sur sa position dans les négociations avec la Première Nation du lac Seul, la Cour fédérale devait néanmoins trancher la question de savoir si la perte de la possibilité de négocier une cession des terres était indemnifiable, soit parce qu’un prix plus élevé aurait pu être obtenu, soit parce que la perte de la possibilité de négocier était indemnifiable en soi.

[85] Je souligne que, conformément à ce qu’ont soutenu les appelants à l’audience, la Compagnie de la Baie d’Hudson a peut-être reçu plus que 1,29 \$ par acre pour ses 13 acres de terres sur le rivage nord du lac Seul qui ont été inondées à cause du barrage. L’Ontario a informé la Compagnie de la Baie d’Hudson des plans en vue de la construction du barrage et de l’inondation qui suivrait. En son nom et au nom du Manitoba et du Canada, l’Ontario a lancé des négociations avec la Compagnie de la Baie d’Hudson concernant le montant des indemnités pour la destruction des bâtiments de la Compagnie de la Baie d’Hudson et l’inondation de ses terres. L’Ontario a estimé la valeur des bâtiments à 5 475 \$, mais la Compagnie de la Baie d’Hudson a contesté ce montant et estimé que

additional land to the HBC, which may have been additional compensation for the flooding. Ontario may thus have agreed to compensation in excess of the estimated value of the HBC's buildings, suggesting that it perhaps put a value on the HBC's land greater than \$1.29 per acre.

[86] I would add that Ontario's approach to dealing with the HBC is in striking contrast to Canada's posture towards the Lac Seul First Nation. None of Ontario, Manitoba or Canada owed a fiduciary duty to the HBC. Yet Ontario informed the HBC of plans to build the dam and the resulting flooding, initiated negotiations with the HBC concerning compensation, and, once it was agreed to, promptly paid that compensation. Canada afforded none of this to the Lac Seul First Nation.

[87] The Federal Court did not refer to any of the evidence regarding the amounts paid to the HBC nor to any other evidence that would have allowed it to categorically discount the possibility that, in negotiations with Lac Seul First Nation, Canada might have been willing to pay a premium over the amount it would have been required to pay had it expropriated the Lac Seul First Nation's land.

[88] As noted, the appellants relied in part on the Kananaskis Falls precedent, where Canada required Calgary Power, that dam's proponent, to negotiate a resolution with the Stoney Indian Band that resulted in that Band's receiving a payment for flooded lands well in excess of their value as agricultural lands.

les bâtiments valaient 10 850 \$. Après de longues négociations, l'Ontario a accepté de verser 7 000 \$ en guise d'indemnisation pour les bâtiments et les terres. L'Ontario a également transféré d'autres terres à la Compagnie de la Baie d'Hudson, ce qui aurait pu constituer une indemnité additionnelle pour l'inondation. L'Ontario peut ainsi avoir accepté d'offrir une indemnisation dépassant la valeur estimée des bâtiments de la Compagnie de la Baie d'Hudson, ce qui laisse supposer qu'elle a peut-être accordé aux terres de la Compagnie de la Baie d'Hudson une valeur supérieure à 1,29 \$ par acre.

[86] J'ajouterais que l'approche adoptée par l'Ontario dans ses négociations avec la Compagnie de la Baie d'Hudson contraste vivement avec la position adoptée par le Canada à l'égard de la Première Nation du lac Seul. Ni l'Ontario, ni le Manitoba, ni le Canada n'avait une obligation de fiduciaire envers la Compagnie de la Baie d'Hudson. Pourtant, l'Ontario a informé la Compagnie de la Baie d'Hudson des plans en vue de la construction du barrage et de l'inondation qui suivrait, a entrepris des négociations avec la Compagnie de la Baie d'Hudson à propos d'une indemnisation et, une fois le montant de l'indemnité convenu, a rapidement payé cette indemnité. Le Canada n'a rien offert de tel à la Première Nation du lac Seul.

[87] La Cour fédérale n'a fait référence à aucun des éléments de preuve concernant les montants versés à la Compagnie de la Baie d'Hudson ni à aucun autre élément de preuve qui lui aurait permis d'écarter catégoriquement la possibilité que, dans ses négociations avec la Première Nation du lac Seul, le Canada aurait pu accepter de payer une prime en sus du montant qu'il aurait dû verser s'il avait exproprié les terres de la Première Nation du lac Seul.

[88] Comme il a été souligné, les appelants s'appuyaient en partie sur le précédent des chutes Kananaskis, où le Canada a exigé de Calgary Power, le promoteur du barrage, qu'il négocie une solution avec la Première Nation de Stoney, ce qui a permis à la Première Nation de recevoir un montant pour ses terres inondées bien supérieur à leur valeur comme terres agricoles.

[89] The Federal Court distinguished the Stoney Indian Band precedent by concluding that there was no power to expropriate in that case, unlike the situation of the Lac Seul First Nation. The Federal Court's reasoning on this point is set out at paragraphs 381–382 of its reasons, which it is useful to reproduce in their entirety. The Federal Court there wrote:

This manner of proceeding [i.e. concluding that the amount that would have been paid had the land been expropriated is the same as Canada would have agreed to in a negotiated surrender] may seem contrary to that advanced by Indian Affairs in the Kananaskis Falls development where, it will be recalled, the Department informed Calgary Power that the cost of the land must exceed its agricultural value as the “value in the lands consists in their usefulness in connection with the development of power at Kananaskis Falls and in this connection they have a considerable value.”

But the Lac Seul Storage Project and the Kananaskis Falls development were considerably different in at least one material respect. Indian Affairs had a legal opinion that Calgary Power had no ability to expropriate any Reserve lands. This put Calgary Power vis-à-vis the Stoney Indian Band in an entirely different position than Canada was vis-à-vis LSFN Reserve. There was no expropriation by Calgary Power and thus the principle stated above did not apply.

[90] The appellants contend that the Federal Court made a legal error in drawing this distinction as in the cases of both Kananaskis Falls and the Ear Falls dams Canada had the power to expropriate the flooded reserve lands under section 48 of the *Indian Act* with the consent of the Governor in Council because the Kananaskis Falls development, as much as the dam at Ear Falls, was a work undertaken for a public purpose. I agree with this assertion.

[91] It may well be that Calgary Power lacked the power to expropriate the land needed for the Kananaskis Falls development. But, as a legal matter, Canada had the power to expropriate. Instead of exercising this power, Canada insisted that Calgary Power purchase the land and required that Calgary Power negotiate an agreement with

[89] La Cour fédérale a établi une distinction d'avec le précédent de la Première Nation de Stoney en tirant la conclusion que, dans ce cas, il n'existait aucun pouvoir d'expropriation, contrairement à la situation de la Première Nation du lac Seul. Le raisonnement de la Cour fédérale sur ce point est exposé aux paragraphes 381 et 382 de ses motifs, qu'il est utile de reproduire ici dans leur totalité. La Cour fédérale a écrit :

Cette manière de procéder peut sembler contraire à celle adoptée par Affaires autochtones dans le projet d'aménagement aux chutes Kananaskis où, vous vous souviendrez, le ministère avait informé Calgary Power que le prix des terres pourrait être supérieur à leur valeur agricole, car [TRADUCTION] « la valeur des terres est fonction de leur utilité pour la production d'énergie aux chutes Kananaskis et, à cet égard, leur valeur est considérable ».

Pourtant, l'aménagement à retenue du lac Seul et l'exploitation aux chutes Kananaskis différaient sensiblement au moins sous un aspect important. Affaires autochtones avait reçu un avis juridique selon lequel Calgary Power n'avait pas la capacité voulue pour exproprier des terres de réserve. Ainsi, Calgary Power se trouvait dans une situation, à l'égard de la Première Nation de Stoney, tout à fait différente de celle du Canada envers la PNLS. Calgary Power n'a pas exproprié de terres. Donc, le principe énoncé ci-haut ne s'appliquait pas.

[90] Les appelants soutiennent que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en établissant cette distinction, puisque dans le cas des chutes Kananaskis comme dans le cas du barrage d'Ear Falls, le Canada pouvait exproprier les terres de réserve inondées aux termes de l'article 48 de la *Loi des Sauvages* devenue la *Loi des Indiens*, avec le consentement du gouverneur en conseil, parce que l'aménagement des chutes Kananaskis, tout comme le barrage d'Ear Falls, constituait un ouvrage entrepris à des fins publiques. Je suis d'accord avec cette affirmation.

[91] Il est fort possible que Calgary Power n'ait pas eu le pouvoir d'exproprier les terres pour l'aménagement des chutes Kananaskis. Mais, légalement, le Canada avait le pouvoir d'exproprier. Au lieu d'exercer ce pouvoir, le Canada a insisté pour que Calgary Power achète les terres et a demandé que Calgary Power négocie une entente

the Stoney Indian Band that resulted in that Band's receiving far more than the land's agricultural value. Canada therefore behaved very differently in the two situations despite possessing the identical power to expropriate.

[92] The Federal Court therefore erred in the basis upon which it distinguished the Kananaskis Falls precedent. Contrary to the views of my colleagues, whose reasons I have read in draft, I am of the view that the Federal Court's error is legal as opposed to factual in nature. The Federal Court misapprehended the nature of Canada's power to expropriate the Stoney Indian Band's lands flooded by the Kananaskis Falls dam. This is a legal error.

[93] The issue therefore becomes whether this legal error necessitates intervention by this Court. In my view, it does, because I cannot definitively say that the legal error is without consequence. Indeed, my colleagues appear to accept that this is so and in their draft reasons, note that they "can only speculate, that the fact that Kananaskis Project was located on reserve led Indian Affairs to take the view that the Band's land had a fair market value much greater than its agricultural value" (at paragraph 138 of the majority reasons).

[94] If there is no basis for distinguishing the Kananaskis Falls development precedent, other than the erroneous one relied on by the Federal Court, the appellants may well be correct in asserting that compensation should be awarded for a surrender price in excess of \$1.29 per acre. Alternatively, this loss may be a real one that was suffered, but may be non-calculable; if so, the Lac Seul First Nation's loss of the opportunity to negotiate and loss of the possibility of its securing a surrender price greater than \$1.29 per acre should have formed part of the non-calculable losses for which the Federal Court awarded compensation.

avec la Première Nation de Stoney, laquelle a permis à la Première Nation de recevoir beaucoup plus que la valeur agricole des terres. Le Canada s'est donc comporté de façon très différente dans les deux situations, même s'il possédait le même pouvoir d'exproprier.

[92] La Cour fédérale a par conséquent commis une erreur quant au fondement sur lequel elle s'est appuyée pour établir une distinction d'avec le précédent des chutes Kananaskis. Contrairement aux points de vue de mes collègues, dont j'ai lu les projets de motifs, je suis d'avis que l'erreur de la Cour fédérale est une erreur de droit plutôt qu'une erreur de fait. La Cour fédérale a fait une interprétation erronée de la nature du pouvoir du Canada d'exproprier les terres de la Première Nation de Stoney inondées par le barrage des chutes Kananaskis. Il s'agit d'une erreur de droit.

[93] Par conséquent, la question est de savoir si cette erreur de droit justifie l'intervention de notre Cour. À mon avis, la réponse est oui, parce que je ne peux définitivement pas dire que l'erreur de droit est sans conséquence. En fait, mes collègues semblent accepter que ce soit le cas et soulignent, dans leurs projets de motifs, qu'ils ne peuvent donc « que spéculer, que le fait que le projet Kananaskis ait été situé dans une réserve ait amené Affaires indiennes à adopter le point de vue que les terres de la Première Nation avaient une juste valeur marchande bien supérieure à leur valeur agricole » (au paragraphe 138 des motifs de la majorité).

[94] S'il n'existe aucun fondement permettant d'établir une distinction d'avec le précédent concernant l'aménagement des chutes Kananaskis, autre que celui erroné sur lequel s'est appuyée la Cour fédérale, les appelants pourraient bien avoir raison d'affirmer qu'une indemnisation devrait être accordée pour un prix de cession dépassant 1,29 \$ par acre. Subsidiairement, cette perte pourrait bien être réelle, mais impossible à calculer; le cas échéant, la perte par la Première Nation du lac Seul de la possibilité de négocier et la perte de la possibilité d'obtenir un prix de cession supérieur à 1,29 \$ par acre auraient dû faire partie des pertes non quantifiables pour lesquelles la Cour fédérale a accordé une indemnisation.

[95] Determining whether there is a basis for distinguishing the Kananaskis Falls development other than the erroneous one relied upon by the Federal Court requires consideration of the extensive and nuanced historical record that was put before the Federal Court in a lengthy trial. As this Court has repeatedly explained, such consideration is not something that this Court should do on appeal: *Canada v. Brokenhead First Nation*, 2011 FCA 148, 419 N.R. 289, at paragraph 52; *Kelly v. Canada*, 2013 FCA 171, 446 N.R. 339, at paragraph 71; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Ltd.*, 2016 FCA 161, 483 N.R. 275, at paragraph 157.

[96] Thus, I would return this issue to the Federal Court for reconsideration.

[97] Because the heads of compensation awarded by the Federal Court are intertwined, it seems to me that the wisest course would be to set aside the award in its entirety so that the Federal Court could make any adjustments that might be necessary following its reconsideration of whether, in the contingency where Canada sought a negotiated surrender, it might have agreed to a surrender price in excess of \$1.29 per acre and, alternatively, whether the loss of the opportunity to negotiate constituted a non-calculable loss for which Lac Seul First Nation must be compensated. I would accordingly set aside the award in its entirety and remit the assessment of equitable compensation to the Federal Court for re-determination in accordance with these reasons.

C. *Do any of the other arguments made by the appellants disclose a reviewable error?*

[98] Before concluding, I must consider the additional arguments made by the appellants in their memorandum of fact and law.

[99] As noted, the appellants there objected to the Federal Court's taking into account off-reserve losses in its assessment of equitable compensation. The Federal Court found that such livelihood losses occurred: reasons, at paragraphs 375 and 438. Since they undoubtedly formed part of what was lost as a result of Canada's

[95] Pour décider s'il existe un fondement pour établir une distinction d'avec l'aménagement des chutes Kananaskis, autre que celui erroné sur lequel s'est appuyée la Cour fédérale, il faudrait examiner le dossier historique exhaustif et nuancé dont disposait la Cour fédérale lors de ce long procès. Comme notre Cour l'a expliqué à maintes reprises, ce genre d'examen ne fait pas partie de notre rôle en appel : *Canada c. Première nation de Brokenhead*, 2011 CAF 148, au paragraphe 52; *Kelly c. Canada*, 2013 CAF 171, au paragraphe 71; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161, au paragraphe 157.

[96] Par conséquent, je renverrais la question à la Cour fédérale pour un nouvel examen.

[97] Comme les chefs d'indemnisation accordés par la Cour fédérale sont interreliés, il m'apparaît que le plus sage serait d'annuler l'indemnité accordée dans sa totalité, de telle façon que la Cour fédérale pourrait y apporter tout ajustement qu'elle jugerait nécessaire après avoir réexaminé la question de savoir si, dans l'éventualité où le Canada aurait cherché à négocier la cession des terres, il aurait accepté un prix de cession supérieur à 1,29 \$ par acre et, subsidiairement, si la perte de la possibilité de négocier constituait une perte non quantifiable pour laquelle la Première Nation du lac Seul doit être indemnisée. Par conséquent, j'annulerais l'indemnité accordée dans sa totalité et je renverrais la question du calcul du montant de l'indemnisation en equity à la Cour fédérale pour une nouvelle décision, conformément aux présents motifs.

C. *Est-ce que l'un ou l'autre des autres arguments avancés par les appelants divulgue une erreur susceptible de révision?*

[98] Avant de conclure, je dois examiner les arguments supplémentaires avancés par les appelants dans leur mémoire des faits et du droit.

[99] Dans leur mémoire, les appelants s'opposent au fait que la Cour fédérale prenne en considération les pertes hors réserve dans son calcul du montant de l'indemnisation en equity. La Cour fédérale a conclu qu'il y avait eu perte de moyens de subsistance : motifs, aux paragraphes 375 et 438. Comme elles ont hors de tout doute

breach of its fiduciary duty, there is no reason in principle that would prevent the Federal Court from taking these losses into account in assessing equitable compensation. The appellants have not established that the Federal Court fell into palpable and overriding error in including off-reserve losses in the \$16.1 million in non-calculable losses for which it awarded compensation, and, indeed, the inclusion of compensation for such losses would seem to be to the Lac Seul First Nation's benefit. Thus, this argument is without merit.

[100] In their memorandum, the appellants also suggest that the Federal Court failed to take into account the need for an award of equitable compensation to deter future wrongdoing, which, as noted, forms part of the basis for awards of equitable compensation: see *Canson*, at pages 543 and 547; *Whitefish Lake*, at paragraph 57. The Federal Court referred to this aspect of equitable compensation in paragraphs 239 and 245 of its reasons and, in rejecting the appellants' claim for punitive damages (which they did not pursue before this Court), concluded that the award of \$30 million in equitable compensation is sufficient to deter wrongdoing: reasons, at paragraphs 524–525. I see no error in this conclusion.

[101] Thus, neither of the foregoing two arguments provides any basis for interfering with the Federal Court's judgment.

#### V. Proposed Disposition

[102] In light of the foregoing, I would allow this appeal with costs payable by Canada to the appellants, set aside the Federal Court's award of compensation in paragraph 2 of the Federal Court's judgment and remit the assessment of equitable compensation to the Federal Court for re-determination in accordance with these reasons.

\* \* \*

fait partie de ce qui a été perdu en raison du manquement du Canada à son obligation de fiduciaire, il n'y a aucune raison en principe qui empêcherait la Cour fédérale de prendre ces pertes en considération dans son évaluation de l'indemnité en equity à accorder. Les appelants n'ont pu établir que la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante en incluant les pertes hors réserve dans le montant de 16,1 millions de dollars en pertes non quantifiables pour lesquelles elle a accordé une indemnisation et, en fait, l'inclusion d'une indemnité pour ces pertes semblerait à l'avantage de la Première Nation du lac Seul. Ainsi, cet argument est sans fondement.

[100] Dans leur mémoire, les appelants affirment également que la Cour fédérale a omis de tenir compte de la nécessité de dissuader tout acte répréhensible futur qui, nous l'avons souligné, constitue une des raisons pour accorder une indemnisation en equity : arrêt *Canson*, aux paragraphes 543 et 547; arrêt *Whitefish Lake*, au paragraphe 57. La Cour fédérale a fait référence à cet aspect de l'indemnisation en equity aux paragraphes 239 et 245 de ses motifs et, en rejetant la demande des appelants pour des dommages-intérêts punitifs (demande qu'ils n'ont pas présentée devant notre Cour), a conclu que l'attribution d'une indemnité en equity de 30 millions de dollars est suffisante pour dissuader tout acte répréhensible : motifs, aux paragraphes 524 et 525. Je ne relève aucune erreur dans cette conclusion.

[101] Par conséquent, aucun des deux arguments qui précèdent ne justifie que notre Cour modifie la décision de la Cour fédérale.

#### V. Décision proposée

[102] À la lumière de ce qui précède, j'accueillerais l'appel avec dépens payables par le Canada aux appelants, j'annulerais l'attribution par la Cour fédérale d'une indemnisation au paragraphe 2 du jugement de la Cour fédérale et je renverrais l'évaluation du montant de l'indemnisation en equity à la Cour fédérale pour une nouvelle décision conformément aux présents motifs.

\* \* \*

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

[103] NADON J.A.: I have read, in draft, the reasons of my colleague Gleason J.A. pursuant to which she proposes that we allow the appeal with costs and return the matter to the Federal Court (Zinn J.) (the trial Judge) for reassessment of the damages.

[104] In my respectful opinion, there is no basis for us to interfere with the trial Judge's decision. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

[105] I am in complete agreement with the reasons Gleason J.A. gives for disposing of the appeal except in regard to one issue. Consequently, before turning to that issue, I will set out the issues in respect of which we are in agreement.

[106] In her reasons, Gleason J.A. deals mainly with two issues. First, commencing at paragraph 57, she discusses whether the trial Judge erred in refusing to grant compensation to the appellants because of Canada's failure to negotiate a revenue-sharing agreement. In her view, the trial Judge correctly held that there was no basis to award compensation for loss of a revenue-sharing agreement. Further, Gleason J.A. finds that the trial Judge made no palpable and overriding error in concluding that the Lac Seul situation was not comparable to the other situations relied on by the appellants.

[107] I agree entirely with Gleason J.A.'s reasons in dismissing the appellants' submissions on that first issue.

[108] Second, commencing at paragraph 64 of her reasons, my colleague addresses the trial Judge's conclusions on the one-time compensation for the loss of the flooded land. With regard to the appellants' first argument on this issue, i.e. that the trial Judge made an error in using current, as opposed to 1929 expropriation law, Gleason J.A.

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

[103] LE JUGE NADON, J.C.A. : J'ai lu le projet de motifs de ma collègue la juge Gleason dans lequel elle propose que nous accueillions l'appel avec dépens et que nous renvoyions l'affaire à la Cour fédérale (le juge Zinn) (le juge de première instance) pour une réévaluation des dommages-intérêts.

[104] À mon humble avis, j'estime que rien ne justifie que nous modifions la décision du juge de première instance. En conséquence, je suis d'avis de rejeter l'appel, avec dépens.

[105] Je suis complètement d'accord avec les motifs que donne la juge Gleason pour disposer de l'appel, à l'exception d'une seule question. Par conséquent, avant de me pencher sur cette question, j'exposerai les questions sur lesquelles nous sommes d'accord.

[106] Dans ses motifs, la juge Gleason traite principalement de deux questions. D'abord, à partir du paragraphe 57, elle traite de la question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'accorder une indemnisation aux appelants parce que le Canada a omis de négocier une entente de partage des bénéfices. À son avis, le juge de première instance a conclu à juste titre que rien ne justifiait d'accorder une indemnisation pour la perte de la possibilité de négocier une entente de partage des bénéfices. De plus, la juge Gleason estime que le juge de première instance n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en tirant la conclusion que la situation du lac Seul n'était pas comparable à d'autres situations sur lesquelles se fondent les appelants.

[107] Je suis entièrement d'accord avec les motifs invoqués par la juge Gleason pour rejeter les prétentions des appelants relativement à cette première question.

[108] Ensuite, à partir du paragraphe 64 de ses motifs, ma collègue traite des conclusions du juge de première instance concernant l'indemnité unique pour la perte des terres inondées. En ce qui concerne le premier argument des appelants sur cette question, soit que le juge de première instance a commis une erreur en utilisant la loi

concludes that the trial Judge did not err. More particularly, she is of the view that the trial judge's determination, that had Canada expropriated the flooded land in 1929, it would not have paid more than the fair market value of \$1.29 per acre, does not result from either an error of law or from a palpable and overriding error. Again, I agree completely with Gleason J.A.'s reasons in so concluding.

[109] I now turn to the point on which I disagree with my colleague, which pertains to the appellants' second submission concerning the second issue. The appellants say, and Gleason J.A. agrees with the appellants' submission, that the trial Judge erred in distinguishing the Kananaskis Falls development project (the Kananaskis Project) from the Lac Seul situation.

[110] For ease of reference, I have reproduced that part of the trial Judge's reasons (at paragraphs 381 and 382) where he disposes of this issue:

This manner of proceeding [i.e. concluding that the amount that would have been paid had the land been expropriated is the same as Canada would have agreed to in a negotiated surrender] may seem contrary to that advanced by Indian Affairs in the Kananaskis Falls development where, it will be recalled, the Department informed Calgary Power that the cost of the land must exceed its agricultural value as the "value in the lands consists in their usefulness in connection with the development of power at Kananaskis Falls and in this connection they have a considerable value."

But the Lac Seul Storage Project and the Kananaskis Falls development were considerably different in at least one material respect. Indian Affairs had a legal opinion that Calgary Power had no ability to expropriate any Reserve lands. This put Calgary Power vis-à-vis the Stoney Indian Band in an entirely different position than Canada was vis-à-vis LSFN Reserve. There was no expropriation by Calgary Power and thus the principle stated above did not apply.

actuelle sur l'expropriation plutôt que celle de 1929, la juge Gleason conclut que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur. Plus précisément, elle est d'avis que la conclusion du juge de première instance, selon laquelle le Canada n'aurait pas payé plus que la juste valeur marchande de 1,29 \$ par acre s'il avait exproprié les terres inondées en 1929, ne découle pas d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et dominante. Une fois encore, je suis complètement d'accord avec les motifs invoqués par la juge Gleason pour conclure ainsi.

[109] Je vais maintenant me pencher sur le point sur lequel je suis en désaccord avec ma collègue, et qui concerne la deuxième prétention des appelants sur la deuxième question. Les appelants affirment, et la juge Gleason est d'accord avec l'observation des appelants, que le juge de première instance a commis une erreur en établissant une distinction entre le projet d'aménagement des chutes Kananaskis (le projet Kananaskis) et la situation du lac Seul.

[110] Pour en faciliter la consultation, j'ai reproduit ici la partie des motifs du juge de première instance (aux paragraphes 381 et 382) où il tranche la question :

Cette manière de procéder peut sembler contraire à celle adoptée par Affaires autochtones dans le projet d'aménagement aux chutes Kananaskis où, vous vous souviendrez, le ministère avait informé Calgary Power que le prix des terres pourrait être supérieur à leur valeur agricole, car [TRADUCTION] « la valeur des terres est fonction de leur utilité pour la production d'énergie aux chutes Kananaskis et, à cet égard, leur valeur est considérable ».

Pourtant, l'aménagement à retenue du lac Seul et l'exploitation aux chutes Kananaskis diffèrent sensiblement au moins sous un aspect important. Affaires autochtones avait reçu un avis juridique selon lequel Calgary Power n'avait pas la capacité voulue pour exproprier des terres de réserve. Ainsi, Calgary Power se trouvait dans une situation, à l'égard de la Première Nation de Stoney, tout à fait différente de celle du Canada envers la PNLS. Calgary Power n'a pas exproprié de terres. Donc, le principe énoncé ci-haut ne s'appliquait pas.

[111] In Gleason J.A.'s view, the trial Judge erred in drawing an erroneous distinction between the two situations. More particularly, she concludes that Canada was entitled to expropriate in both situations. Thus, in her view, the trial Judge erred in finding that in the Kananaskis Project, there was no right to expropriate.

[112] Consequently, Gleason J.A. would return the matter to the trial Judge so as to allow him to reassess the award of damages. In her opinion, failing the existence of another basis to distinguish the Kananaskis Project from the Lac Seul situation, the appellants may well be entitled to obtain compensation for their flooded land in excess of its fair market value of \$1.29 per acre.

[113] As pointed out by Gleason J.A., at paragraphs 54 and 55 of her reasons, the applicable standard of review for equitable principles is correctness, whereas the application of such principles to the facts is reviewable on a standard of palpable and overriding error. Factual conclusions made by the trial Judge are also reviewable on the standard of palpable and overriding error. To interfere, such an error must be obvious, and go to the very core of the outcome. The trial Judge's determination of the comparability of the Kananaskis Project and the Lac Seul situation is a factual determination, not a legal one. It was based entirely on the historical record before him.

[114] While the trial Judge may have distinguished the Kananaskis Project from the Lac Seul situation on an incorrect basis, this error alone does not constitute an error going to the core of the outcome: it is not overriding. On the record before us, the trial Judge's conclusion that the two situations were different is sound. Thus for the reasons that follow, his determination that \$1.29 per acre was the proper compensation for the appellants' flooded land should not be disturbed.

[111] Selon la juge Gleason, le juge de première instance a commis une erreur en établissant une distinction fautive entre les deux situations. Plus précisément, elle conclut que le Canada était autorisé à exproprier dans les deux situations. Ainsi, à son avis, le juge de première instance a commis une erreur en tirant la conclusion que, dans le cas du projet Kananaskis, il n'existait aucun droit d'exproprier.

[112] Par conséquent, la juge Gleason renverrait l'affaire au juge de première instance de manière à lui permettre de réévaluer le montant des dommages-intérêts accordés. À son avis, faute d'un autre motif pour établir une distinction entre le projet Kananaskis et la situation du lac Seul, les appelants pourraient bien avoir droit à une indemnité pour leurs terres inondées supérieure à la juste valeur marchande de 1,29 \$ par acre.

[113] Comme l'a souligné la juge Gleason, aux paragraphes 54 et 55 de ses motifs, la norme de contrôle applicable aux principes d'équité est la norme de la décision correcte, alors que l'application de tels principes aux faits est susceptible de révision selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Les conclusions de fait du juge de première instance sont également soumises à la norme de l'erreur manifeste et dominante. Pour que la Cour intervienne, cette erreur doit être évidente et toucher directement à l'issue de l'affaire. La conclusion du juge de première instance concernant la comparabilité du projet Kananaskis et de la situation du lac Seul est une conclusion de fait, non une conclusion de droit. Elle reposait entièrement sur le dossier historique dont disposait le juge.

[114] Même si le juge de première instance a peut-être établi une distinction entre le projet Kananaskis et la situation du lac Seul sur une prémisse inexacte, cette erreur à elle seule ne constitue pas une erreur touchant directement à l'issue de l'affaire : elle n'est pas dominante. En fonction du dossier dont nous sommes saisis, la conclusion du juge de première instance selon laquelle les deux situations différaient est sensée. Ainsi, pour les motifs qui suivent, la détermination selon laquelle le prix de 1,29 \$ par acre constituait une indemnisation appropriée pour les terres inondées des appelants ne devrait pas être modifiée.

[115] In determining this question, it will be useful to examine the Kananaskis Project in more detail in order to attempt to understand why compensation in Kananaskis differed from compensation in the Lac Seul situation. In his reasons, the trial Judge, at paragraphs 339 to 342, discusses the Kananaskis Project of 1914. In so doing, he relies on the supplementary expert report dated February 28, 2014 of historian Gwynneth C.D. Jones (the Jones Report) who discusses the matter at pages 8 to 14 of her report to which I now turn. The following summary of the Kananaskis Project is taken from the Jones Report.

[116] The Kananaskis Project resulted from an application made on January 12, 1910 by Calgary Power (the Company) pursuant to section 35 of the *Dominion Lands Act, 1908*, S.C. 1908, c. 20 (the *Dominion Lands Act*) to develop a hydroelectric power site on the Bow River near Calgary, Alberta. The land needed for the works for the development of the hydroelectric power site was situated on the Stoney Indian Band (the Band) reserve, but most of the lands to be flooded were outside the reserve.

[117] It appears that, at the time of its application, the Company had expropriation rights, akin to those granted to railway companies under the *Railway Act*, R.S.C. 1906, c. 37 (the *Railway Act*), including the taking of Indian lands. However, in May 1911, the *Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81 (the *Indian Act*) was amended to provide, at paragraph 46 thereof, that no taking of Indian lands could occur unless consent of the Governor in Council was obtained and that any authority, Dominion or provincial, whose statutory powers entitled it to take lands without the owner's consent, could exercise its statutory powers with the consent of the Governor in Council with respect to any reserve or portion thereof.

[118] The amendment further provided that compensation to Indians for the taking of their land "shall, unless otherwise provided by the order in council evidencing

[115] Pour trancher cette question, il sera utile d'examiner le projet Kananaskis plus en détail afin de tenter de comprendre pourquoi l'indemnité offerte pour le projet Kananaskis différerait de celle offerte dans le cas du lac Seul. Dans ses motifs, le juge de première instance traite du projet Kananaskis de 1914, aux paragraphes 339 à 342. Pour ce faire, il s'appuie sur le rapport d'expert supplémentaire du 28 février 2014 de l'historienne Gwynneth C. D. Jones (le rapport Jones), qui traite de l'affaire aux pages 8 à 14 de son rapport sur lequel je vais maintenant me pencher. Le résumé suivant du projet Kananaskis est tiré du rapport Jones.

[116] Le projet Kananaskis est né à la suite d'une demande présentée le 12 janvier 1910 par Calgary Power (l'entreprise), aux termes de l'article 35 de l'*Acte concernant les terres de la Puissance, 1908*, S.C. 1908, ch. 20 (l'*Acte concernant les terres de la Puissance*) afin d'aménager une centrale hydroélectrique sur la rivière Bow, près de Calgary, en Alberta. Les terres nécessaires aux travaux pour le développement de la centrale hydroélectrique étaient situées dans la réserve de la Première Nation de Stoney (la Première Nation), mais la majeure partie des terres devant être inondées étaient situées à l'extérieur de la réserve.

[117] Il semble qu'au moment de présenter sa demande, l'entreprise avait des droits d'expropriation, semblables à ceux accordés aux compagnies de chemin de fer en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1906, ch. 37 (la *Loi sur les chemins de fer*), incluant le droit de s'appropriier des terres des Indiens. Cependant, en mai 1911, la *Loi des Sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81 (la *Loi des Sauvages*) a été modifiée afin de prévoir, à l'article 46, que personne ne pourrait s'appropriier les terres des Indiens sans obtenir le consentement du gouverneur en conseil, et que toute autorité, fédérale ou provinciale, possédant le pouvoir statuaire de prendre des terres sans le consentement du propriétaire, pourrait, avec le consentement du gouverneur en conseil, exercer ce pouvoir à l'égard de toute réserve ou partie d'une réserve.

[118] La modification prévoyait en outre que le versement d'une indemnité aux Indiens pour l'appropriation de leurs terres devait « à moins de dispositions contraires

the consent of the Governor in Council, be governed by the requirements applicable to the like proceedings by such company, municipal or local authority in ordinary cases.” Further, subsection 46(2) of the Act provided that in the case of arbitration to adjudicate compensation to the Indians, the Superintendent General was to appoint an arbitrator on behalf of the Band and to act for the Band “in any matter relating to the settlement of such compensation”.

[119] Surveys of the land to be taken were conducted in the summer of 1911.

[120] In October of 1912, an agreement was entered into between the Company and the Department of the Interior setting out the terms and conditions relevant to the development of the Kananaskis Project.

[121] One of the clauses of the aforesaid agreement required the Company to comply with any terms and conditions imposed by the Department of Indian Affairs (Indian Affairs) and approved by the Governor in Council. It was also provided in the agreement that the Company would have the power to acquire and take, for the purpose of its project, lands located on the Band’s reserve deemed necessary by the Minister of the Interior.

[122] It was also provided in the agreement that, for the purpose of acquiring and taking the lands situated on the reserve, the Company would have all the powers granted by the *Railway Act* to railway companies, as provided in section 35 of the *Dominion Lands Act*.

[123] Indian Affairs, following consultation by the Department of the Interior, provided its consent to the expropriation of the lands required by the Company on the condition, however, that the Company would fully compensate the Band for its interest in the “water power”, and in so providing made reference to the Horseshoe Falls Project where the Band received a payment of \$1 500 per year for water power at Horseshoe Falls.

dans l’arrêté du conseil qui fait preuve du consentement du Gouverneur en conseil, être [rég] par les prescriptions applicables à des procédures similaires prises par cette compagnie, ou cette autorité municipale ou provinciale dans des cas ordinaires ». De plus, le paragraphe 46(2) de la Loi prévoyait que, dans tous les cas où un arbitrage devait avoir lieu pour déterminer l’indemnité accordée aux Indiens, le superintendant général nommerait l’arbitre de la part des Indiens et agirait pour eux « en toute chose relative au règlement de cette indemnité ».

[119] L’arpentage des terres devant être prises a eu lieu à l’été 1911.

[120] En octobre 1912, une entente établissant les modalités et conditions relatives au développement du projet Kananaskis a été conclue entre l’entreprise et le ministère de l’Intérieur.

[121] Une des clauses de cette entente exigeait que l’entreprise se conforme aux modalités et conditions imposées par le ministère des Affaires indiennes (Affaires indiennes) et approuvées par le gouverneur en conseil. L’entente prévoyait également que l’entreprise aurait le pouvoir d’acquérir et de prendre, pour les besoins de son projet, les terres situées dans la réserve de la Première Nation et jugées nécessaires par le ministre de l’Intérieur.

[122] L’entente prévoyait également que, dans le but d’acquérir et de prendre les terres situées dans la réserve, l’entreprise aurait tous les pouvoirs conférés par la *Loi sur les chemins de fer* aux compagnies de chemin de fer, conformément à l’article 35 de l’*Acte concernant les terres de la Puissance*.

[123] Affaires indiennes, après des consultations menées par le ministère de l’Intérieur, a donné son consentement à l’expropriation des terres demandées par l’entreprise, à la condition, toutefois, que l’entreprise indemnise entièrement la bande pour ses droits relatifs aux « forces hydrauliques », en faisant référence au projet des chutes Horseshoe où la bande avait reçu un paiement de 1 500 \$ par an pour l’énergie hydraulique aux chutes Horseshoe.

[124] Indian Affairs advised the Indian agent for the Band that it would be preferable if the Band consented but that its consent was not required under the applicable statutes.

[125] By 1913, the Plant was constructed on the reserve. In May 1914, an agreement was reached between the Company and the Band whereby the Band would receive an advance payment of five years water power rental (\$7 500) and a payment of \$9 000 (\$95.92 per acre) for approximately 93.85 acres of reserve lands.

[126] The agreement, however, was reached with some difficulty. It will be useful to explain what occurred prior to its conclusion.

[127] Prior to the conclusion of the agreement, the Company and the Band had refused each other's terms of agreement and, as a result, the Company indicated that it would proceed to arbitration in respect of a proposal to lease the land sought, which led the Band to respond that it would not submit to an award that imposed a lease upon them. This state of affairs led the Indian agent for the Band to report that it was likely that the Band would take steps to damage the Company's property. Hence, the Indian agent contacted the Royal North-West Mounted Police but, in the event, no damage appears to have been caused to the Company's property.

[128] In October 1913, Indian Affairs sought a legal opinion from the Department of Justice (Justice) regarding the Company's power to expropriate an easement under the *Railway Act*. Justice advised Indian Affairs that the Company could not expropriate for an easement.

[129] Following receipt of Justice's opinion, Indian Affairs informed the Company that unless it concluded an agreement with the Band by Christmas, i.e. by the time the Band's members returned from their fall hunt, Indian Affairs would not be responsible for what could happen.

[124] Affaires indiennes a informé l'agent de la bande que le consentement de la bande serait préférable, mais n'était pas obligatoire aux termes des lois applicables.

[125] En 1913, la centrale a été construite dans la réserve. En mai 1914, une entente a été conclue entre l'entreprise et la bande, selon laquelle la bande recevrait un paiement en avance pour cinq ans de location de l'énergie hydraulique (7 500 \$) et un paiement de 9 000 \$ (95,92 \$ par acre) pour environ 93,85 acres de terres de réserve.

[126] Toutefois, certaines difficultés ont précédé la signature de l'entente. Il sera utile d'expliquer ce qui s'est passé avant que l'entente ne soit conclue.

[127] Avant la signature de l'entente, l'entreprise et la bande avaient chacune refusé les modalités proposées par l'autre partie; par conséquent, l'entreprise a indiqué qu'elle irait en arbitrage relativement à une proposition de louer les terres convoitées, ce qui a amené la bande à répondre qu'elle ne se soumettrait pas à une décision imposant la location de ces terres. La situation a mené l'agent de la bande à signaler que la bande prendrait des mesures pour endommager les biens de l'entreprise. L'agent de la bande a ainsi communiqué avec la Royale Gendarmerie à cheval du Nord-Ouest, mais il semble qu'aucun dommage n'ait été causé aux biens de l'entreprise.

[128] En octobre 1913, Affaires indiennes a demandé un avis juridique au ministère de la Justice (la Justice) concernant le pouvoir de l'entreprise aux termes de la *Loi sur les chemins de fer* d'exproprier pour l'établissement d'une servitude. La Justice a informé Affaires indiennes que l'entreprise ne pouvait pas exproprier pour l'établissement d'une servitude.

[129] Après réception de l'avis de la Justice, Affaires indiennes a informé l'entreprise qu'à moins de conclure une entente avec la bande avant Noël, c'est-à-dire lorsque les membres de la bande seraient revenus de leur chasse d'automne, Affaires indiennes ne saurait être tenu responsable de ce qui pourrait arriver.

[130] In mid-December 1913, Indian Affairs contacted the independent land valuator retained to value the reserve land required for the project, and informed him that although the land had no agricultural value, its value, by reason of its connection to the development of power at Kananaskis Falls, was considerable.

[131] The independent valuator responded to Indian Affairs by pointing out that “[t]he Falls, without land on which to erect [the] plant, would be useless...” (Jones Report, at page 13). Hence, he valued the “total site” at \$67 000 and increased his estimate of the fair market value of the land required by the Company from \$5 to \$7 per acre, i.e. its agricultural value, to \$320 to \$360 per acre, without the rental of riparian rights, or \$60 to \$90 per acre with a \$1 500 annual rental payment.

[132] Indian Affairs submitted this valuation to the Company in January 1914, pointing out that the required land had considerable fair market value because of its usefulness in the development of power at Kananaskis Falls.

[133] Because the negotiations between the Band and the Company and the possible arbitration of the dispute were not making any progress in the spring of 1914, the situation on the reserve became tense, so much so that the Inspector of Indian agencies on the Prairies, upon returning from a meeting with the Band, advised Indian Affairs that it should make arrangements for immediate police protection for the men working on the project on the reserve land. The Inspector of Indian agencies also advised Indian Affairs that the view on the reserve was that the Band’s rights were being neglected in favour of those of the Company.

[134] In May 1914, the Inspector of Indian agencies and three of the Band’s chiefs came to Ottawa to pursue negotiations. On May 20, 1914, as aforesaid, an agreement was concluded between the Band and the Company which provided “for the payment of \$16,500 to the Stoney Band which included payment of five years’ water power rental, purchase by the Company of about 95 acres of Reserve land plus an easement for a power line, gravel, “any other

[130] À la mi-décembre 1913, Affaires indiennes a communiqué avec l’évaluateur foncier indépendant embauché pour évaluer les terres de réserve nécessaires au projet et l’a informé que, bien que les terres n’aient aucune valeur agricole, leur valeur était considérable étant donné leur lien avec l’exploitation des chutes Kananaskis à des fins énergétiques.

[131] L’évaluateur indépendant a répondu à Affaires indiennes en soulignant que [TRADUCTION] « les chutes, sans les terres sur lesquelles ériger une centrale, seraient sans valeur » (rapport Jones, à la page 13). Ainsi, il a établi la valeur de [TRADUCTION] « l’emplacement complet » à 67 000 \$ et a haussé la valeur estimative des terres requises par l’entreprise, qui était de 5 à 7 \$ par acre (leur valeur agricole), à une valeur entre 320 et 360 \$ par acre sans le loyer pour les droits de riverain, ou entre 60 et 90 \$ par acre avec un loyer annuel de 1 500 \$.

[132] Affaires indiennes a présenté cette évaluation à l’entreprise en janvier 1914, soulignant que les terres requises avaient une valeur marchande considérable en raison de leur utilité dans l’exploitation de l’énergie hydraulique aux chutes Kananaskis.

[133] Parce que les négociations entre la bande et l’entreprise et l’arbitrage possible du différend ne faisaient aucun progrès au printemps 1914, la situation dans la réserve est devenue tendue, à un point tel que l’inspecteur des agences indiennes des Prairies, au retour d’une rencontre avec la bande, a avisé Affaires indiennes de prendre des arrangements pour assurer une protection policière immédiate pour les hommes travaillant au projet sur les terres de la réserve. L’inspecteur des agences indiennes a également informé Affaires indiennes que, dans la réserve, l’idée était que les droits de la bande étaient bafoués en faveur de ceux de l’entreprise.

[134] En mai 1914, l’inspecteur des agences indiennes et trois des chefs de la bande sont venus à Ottawa pour poursuivre les négociations. Le 20 mai 1914, comme nous l’avons déjà mentionné, une entente a été conclue entre la bande et l’entreprise, laquelle prévoyait [TRADUCTION] « le paiement de 16 500 \$ à la Première Nation de Stoney, lequel comprenait le paiement de cinq années de loyer de l’énergie hydraulique, l’achat par l’entreprise d’environ

claims”, and a \$1,500 annual water power rental payment payable in 1919 “during the currency of the lease” (Jones Report, at page 14).

[135] This completes the summary of the events that led to the conclusion of the agreement between the Band and the Company in respect of the Kananaskis Project.

[136] Although the trial Judge concluded, and we support his conclusion, that on his understanding of the law of expropriation, the appellants were only entitled to \$1.29 per acre of flooded land, the appellants say, relying on Canada’s approach with respect to the Kananaskis Project, that they are entitled to a premium on the fair market value of the flooded land. They say that because Canada required that the land at issue in the Kananaskis Project be compensated in excess of its agricultural value, the same result should have been pursued by Canada with regard to the Lac Seul development. I cannot agree.

[137] First, as Gleason J.A. explains in her reasons, at paragraphs 28 and 29, the trial Judge was correct, on his understanding of the law of expropriation, to conclude that Canada would not have paid more than its fair market value of \$1.29 per acre had it expropriated the land at issue at the relevant time.

[138] Second, based on our limited knowledge of the Kananaskis Project (the extent of our knowledge is the Jones Report), which I have summarized above, it is not possible for us to determine the legal basis upon which Canada relied to insist on a premium for the land at issue in the Kananaskis Project. What is clear, however, is that the land required for the Kananaskis Project was situated on the reserve and that most of the flooded land was outside of the reserve. It may well be, but we cannot be certain, and thus we can only speculate, that the fact that the Kananaskis Project was located on the reserve led Indian Affairs to take the view that the Band’s land had a fair market value much greater than its agricultural value, resulting in a payment of approximately \$93.85 per acre of reserve land.

95 acres de terres de la réserve, plus une servitude pour une ligne de transport d’énergie, du gravier, et autres réclamations, et un paiement annuel de loyer de l’énergie hydraulique de 1 500 \$, payable en 1919 “pendant la durée du bail” » (rapport Jones, à la page 14).

[135] Ceci termine le résumé des événements qui ont mené à la conclusion de l’entente entre la Première Nation et l’entreprise, à l’égard du projet Kananaskis.

[136] En interprétant la *Loi sur l’expropriation*, le juge de première instance a conclu, à raison selon nous, que les appelants n’avaient droit qu’à 1,29 \$ par acre de terres inondées. Cependant, les appelants affirment, en s’appuyant sur l’approche adoptée par le Canada relativement au projet Kananaskis, qu’ils ont droit à une prime sur la juste valeur marchande des terres inondées. Ils affirment cela parce que le Canada a demandé que l’indemnité pour les terres en litige dans le projet Kananaskis dépasse la valeur agricole des terres; le Canada aurait dû viser le même résultat concernant l’aménagement du lac Seul. Je ne puis souscrire à cet argument.

[137] D’abord, comme l’a expliqué le juge Gleason dans ses motifs, aux paragraphes 28 et 29, le juge de première instance avait raison, selon son interprétation du droit sur l’expropriation, de conclure que le Canada n’aurait pas payé plus que la juste valeur marchande de 1,29 \$ par acre s’il avait exproprié les terres en question à l’époque.

[138] Deuxièmement, selon nos connaissances limitées sur le projet Kananaskis (tirées du rapport Jones), que j’ai résumées ci-dessus, il n’est pas possible pour nous de déterminer le fondement juridique sur lequel s’est appuyé le Canada pour insister pour accorder une prime pour les terres en question dans le projet Kananaskis. Toutefois, ce qui est clair, c’est que les terres requises pour le projet Kananaskis étaient situées dans la réserve et que la majeure partie des terres inondées étaient situées hors réserve. Il se peut fort bien, mais nous ne pouvons en être certains et nous ne pouvons donc que spéculer, que le fait que le projet Kananaskis ait été situé dans la réserve ait amené Affaires indiennes à adopter le point de vue que les terres de la Première Nation avaient une valeur marchande bien supérieure à leur valeur agricole, et à accorder un paiement d’environ 93,85 \$ par acre de terres de réserve.

[139] In my opinion, the evidence concerning the Kananaskis Project, as it appears in the record before us, is not sufficient for us to conclude that the trial Judge erred in refusing to grant the appellants a sum in excess of its fair market value of \$1.29 per acre. Further, for reasons which are not apparent from the record, Canada was not prepared to use its expropriation power with regard to the Kananaskis Project. The fact that Canada took a different approach in the present matter does not, *per se*, lead to the conclusion that Canada breached its duty towards the appellants herein. In other words, it is my view that the evidence does not support the appellants' proposition that Canada had a duty in the present matter to insist on a payment over and above the fair market value of the flooded land.

[140] I also wish to point out that the appellants' position, and hence their strategy at trial, was that they should have been a party to a revenue-sharing agreement. Consequently, they did not introduce any expert evidence regarding the fair market value of the flooded land or any premium that should have been paid in relation to that land. The appellants contented themselves with attacking Canada's expert valuation of their land.

[141] For these reasons, I would not disturb the trial Judge's findings and conclusions regarding the fair market value of the flooded land situated on the appellants' reserve. I would therefore dismiss the appeal with costs.

WEBB J.A.: I agree.

[139] À mon avis, les éléments de preuve concernant le projet Kananaskis, tel qu'ils apparaissent dans le dossier dont nous disposons, ne sont pas suffisants pour nous amener à conclure que le juge de première instance a commis une erreur en refusant d'accorder aux appelants une somme dépassant la juste valeur marchande de 1,29 \$ par acre. En outre, pour des raisons qui ne ressortent pas du dossier, le Canada n'était pas prêt à utiliser son pouvoir d'expropriation à l'égard du projet Kananaskis. Le fait que le Canada ait adopté une approche différente en l'espèce ne peut, en soi, mener à la conclusion que le Canada a manqué à son obligation à l'égard des appelants. Autrement dit, je suis d'avis que les éléments de preuve n'appuient pas la thèse des appelants selon laquelle le Canada avait l'obligation en l'espèce d'insister pour un paiement supérieur à la juste valeur marchande des terres inondées.

[140] Je voudrais également souligner que la thèse des appelants, et par conséquent leur stratégie au procès, était qu'ils auraient dû être parties à une entente de partage des bénéfices. Par conséquent, ils n'ont présenté aucun témoignage d'expert concernant la juste valeur marchande des terres inondées ou toute prime qui aurait dû être payée en lien avec ces terres. Les appelants se sont contentés d'attaquer l'évaluation de leurs terres faite par l'expert du Canada.

[141] Pour ces motifs, je ne modifierais pas les conclusions du juge de première instance concernant la juste valeur marchande des terres inondées situées dans la réserve des appelants. Par conséquent, je rejetterais l'appel avec dépens.

LE JUGE WEBB, J.C.A. : Je suis d'accord.