

**God's Lake First Nation a.k.a. God's Lake Band** *Appellant*

v.

**McDiarmid Lumber Ltd.** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada, Assembly of First Nations and Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin** *Interveners*

**INDEXED AS: MCDIARMID LUMBER LTD. v. GOD'S LAKE FIRST NATION**

**Neutral citation: 2006 SCC 58.**

File No.: 30890.

2006: April 20; 2006: December 15.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Aboriginal law — Property situated on reserve — Exemption from seizure — Creditor of Indian band attempting to garnish funds in off-reserve financial institution — Funds paid to band by federal government pursuant to Comprehensive Funding Arrangement — Whether funds exempted from seizure by virtue of s. 89 or s. 90(1)(b) of Indian Act — Whether funds notionally “situated on a reserve” — Whether funds paid to band pursuant to “treaty or agreement” — Meaning of word “agreement” in s. 90(1)(b) of Indian Act — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 89, 90(1)(b).*

The appellant Indian band resides on an isolated reserve in northern Manitoba. It has adhered to Treaty No. 5 with the federal government and, in exchange for the extinguishment of claims, the Crown agreed, *inter alia*, to provide annual grants and to maintain schools. The band is entirely funded by the federal government under a Comprehensive Funding Arrangement (“CFA”) pursuant to which funds for various programs are

**Première Nation de God's Lake, aussi connue sous le nom de bande indienne de God's Lake** *Appelante*

c.

**McDiarmid Lumber Ltd.** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada, Assemblée des Premières Nations et Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MCDIARMID LUMBER LTD. c. PREMIÈRE NATION DE GOD'S LAKE**

**Référence neutre : 2006 CSC 58.**

N° du greffe : 30890.

2006 : 20 avril; 2006 : 15 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit des Autochtones — Biens situés sur une réserve — Insaisissabilité — Saisie-arrêt de fonds déposés dans une institution financière hors réserve demandée par un créancier d'une bande indienne — Fonds versés à la bande par le gouvernement fédéral en application d'une entente globale de financement — Les articles 89 et 90(1)(b) de la Loi sur les Indiens rendent-ils les fonds insaisissables? — Les fonds sont-ils théoriquement « situés sur une réserve »? — Ont-ils été versés à la bande en vertu d'un « traité ou accord »? — Portée du mot « accord » employé à l'art. 90(1)(b) de la Loi sur les Indiens — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 89, 90(1)(b).*

La bande indienne appelante habite une réserve isolée au nord-est du Manitoba. Elle a adhéré au Traité n° 5 liant le gouvernement fédéral et, en contrepartie de la renonciation à ses revendications, Sa Majesté a notamment convenu de lui verser des indemnités annuelles et d'établir des écoles. Le financement de la bande est entièrement assuré par une entente globale de financement (« EGF ») conclue avec le gouvernement

deposited monthly into the band's account in a financial institution in Winnipeg. The respondent company sued the band to obtain payment for construction materials and services it had supplied for projects on the reserve. The parties entered into a consent judgment, but the band was unable to pay. The company served a notice of garnishment on the Winnipeg financial institution. The band moved to set aside the garnishment order on the ground that these were CFA funds that were exempt from seizure under ss. 89 or 90(1)(b) of the *Indian Act*. The Master released from garnishment the portion of those monies that he found were CFA funds, but set aside the sum of \$125,000. The motions judge concluded that the CFA was an "agreement" under s. 90(1)(b) of the Act and that the funds were therefore "deemed always to be situated on a reserve" and were exempt from seizure. The Court of Appeal set aside that decision, holding that s. 89 did not apply, as the funds were not "situated on a reserve", nor were they deemed to be situated on a reserve under s. 90, because they were not paid pursuant to an agreement ancillary to Treaty No. 5.

*Held* (Binnie, Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: The CFA funds were not situated on a reserve, and the immunity from seizure granted by s. 89 of the *Indian Act* accordingly does not apply. The expression "situated on a reserve" in s. 89 is to be given its plain and ordinary meaning and is subject to common law and statutory *situs* rules. The location of the bank account is objectively easy to determine: it is located off-reserve at the Winnipeg financial institution. This approach to interpretation is overwhelmingly supported in the case law and by the fact that when Parliament wished to depart from the physically situate test for personal property, it did so expressly, as in s. 90(1)(b) of the *Indian Act*, which suggests that other provisions of the Act addressing location should not be interpreted according to a "notional" test. [3] [11] [13] [18-21]

Section 90(1)(b) of the *Indian Act* does not extend the immunity from seizure to the CFA funds, because the band has not demonstrated that the disputed funding is protected by virtue of its relationship to treaty obligations. The word "agreement" in s. 90(1)(b) should not be construed broadly as extending to any agreement between the government and Indians that confers

fédéral et suivant laquelle des fonds destinés à différents programmes sont versés chaque mois sur le compte de la bande dans une institution financière de Winnipeg. La société intimée a poursuivi la bande pour obtenir paiement de matériaux et de services de construction fournis pour la réalisation de travaux dans la réserve. Jugement sur consentement a été rendu, mais la bande n'a pu acquitter sa dette. La société a signifié un avis de saisie-arrêt à l'institution financière de Winnipeg. La bande a présenté une requête pour faire annuler l'ordonnance de saisie-arrêt au motif que, versés en vertu d'une EGF, les fonds étaient insaisissables par application de l'art. 89 ou de l'al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*. Le conseiller-maître a levé la saisie-arrêt à l'égard des fonds qui, selon lui, étaient issus de l'EGF, mais il a bloqué la somme de 125 000 \$. Le juge des requêtes a conclu que l'EGF était un « accord » au sens de l'al. 90(1)(b) de la Loi, en sorte que les fonds étaient « toujours réputés situés sur une réserve » et insaisissables. La Cour d'appel a annulé la décision et statué que l'art. 89 ne s'appliquait pas car les fonds n'étaient ni « situés sur une réserve » ni réputés situés sur une réserve en application de l'art. 90, puisqu'ils n'avaient pas été versés en vertu d'un accord accessoire au Traité n° 5.

*Arrêt* (les juges Binnie, Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein : Les fonds issus de l'EGF n'étaient pas situés sur une réserve, de sorte que l'insaisissabilité prévue à l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens* ne s'applique pas. Les mots « situés sur une réserve » employés à l'art. 89 doivent être interprétés suivant leur sens ordinaire et naturel, sous réserve des règles relatives au *situs* issues de la common law et de la loi. Le *situs* du compte bancaire est facile à déterminer objectivement : il se trouve à l'extérieur de la réserve, dans l'institution financière de Winnipeg. Une jurisprudence abondante et le fait que lorsqu'il a voulu écarter le critère de l'emplacement physique des biens meubles, le législateur l'a fait expressément, comme à l'al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*, appuient cette interprétation, ce qui donne à penser que l'interprétation des autres dispositions de la Loi portant sur l'emplacement ne devrait pas se fonder sur une « fiction ». [3] [11] [13] [18-21]

L'alinéa 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens* ne soustrait pas à la saisie les fonds issus de l'EGF, car la bande n'a pas établi leur rattachement à des obligations découlant d'un traité. Le mot « accord » qui y figure ne doit pas être interprété largement de façon à englober toute entente entre le gouvernement et les Indiens qui confère des avantages liés ou non à des « services publics ».

benefits or “public sector services” benefits, but should be confined to property that enures to Indians pursuant to agreements that are ancillary to, or that flesh out, treaty obligations of the Crown. [1] [25] [27] [73]

The history of s. 90(1)(b) supports a narrow interpretation of the word “agreement”. For decades, Parliament’s approach to Indian property was a paternalistic one under which virtually all property that could be traced to treaties with or gifts from the Crown was exempt from seizure. In 1951, Parliament revised the *Indian Act*, signalling an intention to encourage Indian entrepreneurship and self-government. This new approach is consistent with an intention to confine protection from seizure to benefits flowing from treaties. To exempt property broadly would be inconsistent with self-sufficiency, because it would deprive Indian communities of credit, which is a cornerstone of economic development. But to eliminate all protection would neglect the persistent concerns about exploitation. These potentially conflicting policy considerations suggest that Parliament wanted to provide limited protection for treaty entitlements while not interfering with the ability of Indians to achieve great economic independence. Given that our Constitution also grants a special place to treaty obligations, Parliament’s decision to distinguish between treaty and non-treaty property in the statutory scheme is not one that the Court can or should disturb. [37] [40] [55] [66-67]

The rules of statutory interpretation also lead to the conclusion that the word “agreement” in s. 90(1)(b) must be interpreted narrowly. Pursuant to the “associated meaning” principle, which functions as an aid to ascertaining Parliament’s intention, the words “treaty” and “agreement”, being linked, take colour from one another, which limits the scope of the broader term “agreement” such that it is as supplementary to the narrower term “treaty”. Furthermore, it is presumed that Parliament avoids superfluous or meaningless words. If “agreement” were to be interpreted broadly to cover all types of agreements between Indians and the government, then the word “treaty” would have no role to play. Lastly, the word “agreement” in s. 90(1)(b) must be read narrowly, because the *Indian Act*’s exemption provisions not only create limited exceptions to the general rule that the provincial credit regimes will apply to Indian property, but also limit the ability of aboriginal peoples to access credit, which is a significant deterrent to financing business activity on-reserve. [31] [34-39] [42]

Seuls doivent être protégés les biens qui échoient aux Indiens en vertu d’accords qui sont accessoires aux obligations de Sa Majesté découlant d’un traité ou qui précisent celles-ci. [1] [25] [27] [73]

L’historique de l’al. 90(1)(b) étaye l’interprétation stricte du terme « accord ». Pendant des décennies, le législateur a appliqué une politique paternaliste à l’égard des biens des Indiens, les soustrayant à la saisie dans presque tous les cas où ils pouvaient être reliés à un traité ou à un présent de Sa Majesté. En 1951, la *Loi sur les Indiens* a été révisée et le législateur a manifesté l’intention d’encourager l’esprit d’entreprise et l’autonomie des Indiens. Cette nouvelle approche est compatible avec la volonté de ne rendre insaisissables que les avantages découlant de traités. Une exemption générale irait à l’encontre de l’indépendance financière, car elle priverait les collectivités autochtones d’un élément fondamental du développement économique, l’accès au crédit. Or, supprimer toute protection ferait fi des craintes d’exploitation toujours présentes. Ces considérations de politique générale potentiellement contradictoires permettent de conclure que le législateur a voulu accorder une certaine protection aux droits issus de traités sans toutefois empêcher les Indiens d’acquérir une grande indépendance financière. Comme notre Constitution reconnaît par ailleurs une importance particulière aux obligations découlant d’un traité, la décision du législateur d’établir une distinction entre les biens issus d’un traité et les autres n’en est pas une à laquelle la Cour peut ou doit toucher. [37] [40] [55] [66-67]

Les règles d’interprétation législative permettent aussi de conclure que le mot « accord » employé à l’al. 90(1)(b) doit être interprété de manière stricte. Suivant la règle des mots associés, qui contribue à déterminer l’intention du législateur, les mots « traité » et « accord », du fait de leur juxtaposition, déteignent l’un sur l’autre, ce qui limite la portée du terme général « accord », qui s’entend dès lors d’un accord accessoire à un « traité », terme à la portée restreinte. En outre, le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens. Si on interprète largement le terme « accord » de façon qu’il s’entende de tout accord entre les Indiens et le gouvernement, le mot « traité » ne joue aucun rôle. Enfin, à l’al. 90(1)(b), le mot « accord » doit être interprété strictement parce que les dispositions en cause de la *Loi sur les Indiens* ne font pas que prévoir des exceptions précises à l’application de la règle générale selon laquelle les biens des Indiens sont assujettis aux régimes provinciaux sur le crédit, mais empêchent également les peuples autochtones d’avoir accès au crédit, ce qui constitue un obstacle important au financement de toute activité commerciale dans les réserves. [31] [34-39] [42]

Here, the record does not permit the Court to make a determination about the precise relationship between the CFA funds and the Crown's treaty obligations. The CFA funds in the case at bar are blended, and if parts of them relate to treaty obligations, they have not been segregated by either the Crown or the band. While any portion of the CFA funds that flows directly from treaty obligations is entitled to protection under s. 90(1)(b), the band has failed to discharge its onus to establish the connection between funds it claims were protected and the Crown's treaty obligations. [76]

*Per Binnie, Fish and Abella JJ. (dissenting):* The CFA between the band and the Crown is a "treaty or agreement" pursuant to s. 90(1)(b) of the *Indian Act* so that funds flowing to the band under the CFA should be exempt from garnishment. Because the CFA is an agreement to provide on-reserve essential public services, s. 90(1)(b) places those CFA funds given by the federal Crown to a band under ss. 87 and 89 protection. Without this protection, seizure of CFA monies would inevitably impair the band's capacity to deliver these essential services to its members. Section 90(1)(b) also protects the interest of taxpayers in ensuring that funds transferred by Parliament to a band for housing, education, infrastructure, health and welfare, are used for the designated purposes, and not, as here, diverted to other purposes chosen by the band. [77] [79] [83] [87]

The outcome of the appeal turns on whether s. 90(1)(b) truly requires the CFA to be "ancillary" to a "treaty" at all. While the word "agreement" in s. 90(1)(b) draws its meaning from context, that context has little to do with treaties, but rather forms part of a larger legislative initiative taken to protect and encourage the survival of reserves as liveable communities and to ensure that public monies "given" to an Indian band for essential public services on the reserve are used for the intended purposes. Only a purposeful as opposed to restrictive reading of s. 90(1)(b) will accomplish that objective. If a narrow interpretation of s. 90(1)(b) is adopted, only the more economically developed bands served on the reserve by a deposit-taking financial institution will paradoxically receive their CFA funds free from the threat of attachment and execution. [81] [90] [108] [134] [141]

Section 90(1)(b) should apply as much to bands dispossessed of their traditional lands without a treaty as to those with whom treaties were made. CFAs for education, housing, health and welfare are intimately linked to enabling Indians to continue on their lands and are in the nature of government to government

En l'espèce, le dossier ne permet pas à la Cour de discerner un lien précis entre les fonds issus de l'EGF et les obligations de Sa Majesté découlant d'un traité. Ces fonds sont confondus, et si certaines sommes se rattachent à des obligations découlant d'un traité, ni Sa Majesté ni la bande ne l'ont précisé. Toute partie des fonds issus de l'EGF qui est directement liée à de telles obligations est clairement protégée par l'al. 90(1)(b), mais la bande ne s'est pas acquittée de sa charge d'établir le lien entre les fonds dont elle allègue l'insaisissabilité et les obligations contractées par Sa Majesté dans un traité. [76]

*Les juges Binnie, Fish et Abella (dissidents) :* L'EGF entre la bande et Sa Majesté constitue un « traité ou accord » au sens de l'al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*, de sorte que les fonds versés à la bande conformément à l'EGF devraient échapper à la saisie-arrêt. Comme l'EGF vise la prestation de services publics essentiels dans la réserve, l'al. 90(1)(b) fait bénéficier les fonds versés par l'État fédéral de la protection prévue aux art. 87 et 89. À défaut d'une telle protection, la saisie des fonds issus de l'EGF diminuera inévitablement la capacité de la bande d'offrir ces services essentiels à ses membres. L'alinéa 90(1)(b) protège également l'intérêt du contribuable en ce qu'il fait en sorte que les fonds publics versés à une bande pour le logement, l'éducation, les équipements, la santé et l'aide sociale soient affectés à ces domaines et non, comme en l'espèce, à d'autres postes au gré de la bande. [77] [79] [83] [87]

L'issue du pourvoi dépend de la question de savoir si l'al. 90(1)(b) exige même que l'EGF soit « accessoire » à un traité. Le mot « accord » employé à cet alinéa tire son sens du contexte, mais ce dernier a peu à voir avec les traités et s'inscrit plutôt dans une démarche législative générale visant à faire en sorte que les réserves soient des collectivités viables et que les fonds publics « donnés » à une bande indienne pour la prestation de services publics essentiels dans la réserve soient employés à cette fin. Seule une interprétation téléologique plutôt que restrictive de l'al. 90(1)(b) permet d'atteindre cet objectif. Si cette disposition est interprétée de manière stricte, seules les bandes espères ayant accès à une institution financière de dépôt dans leurs réserves verront paradoxalement les fonds issus d'une EGF protégés contre la saisie et l'exécution. [81] [90] [108] [134] [141]

L'alinéa 90(1)(b) doit s'appliquer aux bandes dépouillées de leurs terres ancestrales, qu'elles aient conclu un traité ou non. Les ententes globales de financement visant l'éducation, le logement, la santé et l'aide sociale sont intimement liées à la volonté de permettre aux Indiens de continuer d'occuper leurs terres et

transfer payments. The purpose of these agreements is to provide the same essential services to Aboriginal communities as are provided to other Canadians by their provincial, territorial and municipal governments. If s. 90(1)(b) is narrowly construed to cover only funds transferred to Indian bands by the federal Crown pursuant to agreements that “flesh out” treaty terms, bands without treaties would not obtain the same protection from attachment and seizure as treaty bands. This would mean that s. 90(1)(b) would operate inequitably among bands in relation to the same types of CFA funding for the same essential on-reserve services. Such a lack of equity ought not to be attributed to Parliamentary intent in the absence of very clear language. In addition, even among the treaties, the enumerated benefits vary greatly and it should not be concluded that Parliament intended that monies could be garnished in the case of some Indian reserves but not others. To the extent the exemption in s. 90 is seen as part of the purchase price for the cession of land, it makes little difference to the dispossessed whether dispossession occurred by agreement or not. The narrow interpretation of s. 90(1)(b) would result in a check-board of exemptions and non-exemptions across the country determined by the vagaries of the treaty-making process rather than rational legislative policy. [95] [103] [106] [116] [121] [123-124] [128]

The expenditures of the appellant band council show that its spending priorities are different from the CFA priorities. If the garnishee is successful there will not be enough CFA money left to pay for essential public services. This means either band members will live in the “third world conditions” described in the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996) (“RCAP”), or the federal government will step in at some stage to fund the delivery of the essential services it had already funded under the CFA but which funds were diverted to other priorities determined by the band council. The first alternative is to perpetuate what RCAP calls a national embarrassment. The other alternative is for the public to pay twice. Neither is palatable public policy. Parliament cannot have intended an interpretation of s. 90(1)(b) that creates such a Hobson’s choice. [85] [149]

A public sector services funding approach, which would exclude commercial dealings but include CFA funds provided by the federal government for health, education, housing, welfare and infrastructure, is consistent with the text, context and purpose of the relevant provisions of the *Indian Act* for the following reasons. Firstly, the text of s. 90(1)(b) does not qualify

constituent des paiements de transfert d’un gouvernement à un autre. Elles visent à fournir aux collectivités autochtones les services essentiels offerts aux autres Canadiens par leurs gouvernements provinciaux, territoriaux ou municipaux. Si l’on interprète strictement l’al. 90(1)(b) de façon qu’il ne protège que les fonds versés à une bande indienne par Sa Majesté en vertu d’un accord qui « précise » le libellé d’un traité, les bandes non liées par un traité n’ont pas droit à la protection contre les saisies accordée aux bandes liées par un traité. La disposition s’appliquerait donc de manière inéquitable aux différentes bandes pour le même type de financement par EGF visant les mêmes services essentiels dans une réserve. En l’absence d’un libellé très clair en ce sens, le législateur n’a pu vouloir une telle iniquité. De plus, même d’un traité à l’autre, les avantages énumérés varient énormément et l’on ne saurait conclure que le législateur a voulu qu’une somme puisse être saisie-arrêtée dans le cas de certaines réserves indiennes, et pas dans d’autres. Dans la mesure où les exceptions prévues à l’art. 90 sont considérées comme un élément de la contrepartie versée pour la cession des terres, il importe peu au dépossédé que la dépossession soit issue ou non d’un accord. L’interprétation stricte de l’al. 90(1)(b) donnera lieu à un quadrillage d’exemptions et de non-exemptions fondé sur les aléas de la conclusion des traités plutôt que sur une politique législative rationnelle. [95] [103] [106] [116] [121] [123-124] [128]

Il appert des dépenses engagées par le conseil de la bande appelante que ses priorités diffèrent de celles qui sous-tendent l’EGF. Si les fonds sont saisis-arrêtés, il n’y aura plus assez d’argent pour les services publics essentiels. Cela signifie que les membres de la bande devront vivre dans les conditions misérables décrites dans le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996) (« CRPA ») ou que le gouvernement fédéral devra intervenir à un moment donné pour financer de nouveau les services essentiels visés par l’EGF, les fonds déjà versés ayant été affectés à d’autres priorités du conseil de bande. La première éventualité perpétuerait ce que la CRPA qualifie de situation gênante pour les Canadiens, la deuxième ferait payer le contribuable deux fois. Ni l’une ni l’autre ne constitue une politique gouvernementale acceptable. Le législateur ne peut avoir voulu que l’interprétation de l’al. 90(1)(b) mène ainsi à un choix qui n’en est pas un. [85] [149]

L’interprétation fondée sur le financement des services publics, qui exclut les opérations commerciales, mais englobe les fonds versés par le gouvernement fédéral en vertu d’une EGF pour la santé, l’éducation, le logement, l’aide sociale et les équipements, est compatible avec le libellé, le contexte et l’objet des dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*. Premièrement,

the term “agreement” but is part of a legislative package which bears the impress of the Crown’s obligations to native peoples generally. Secondly, the suggested approach would avoid tying the exemption to the historical anomalies created by the treaty-making process. Thirdly, it puts the focus on the reserve where the needs of the band are to be met rather than on where the federal funds voted by Parliament for that purpose happen to be on deposit — in this case, off-reserve. Fourthly, it avoids differential treatment of CFA funds depending on whether the band is rich enough to attract to its reserve a branch of a deposit-taking financial institution. [132-133] [135-139]

To impose an onus on the band to prove which parts of CFA funding on deposit at any particular time “flesh out” treaty commitments of the Crown and which parts of CFA funding do not, is a burden they cannot discharge, given the deposit of blended monthly payments which are not segregated on a project by project basis. The objective of predictability and certainty in economic relations between First Nations and non-aboriginal people is better served by a categorical denial of execution and garnishment of CFA funds whether those funds are parked at a financial institution on or off the reserve. [145-146]

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; **distinguished:** *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877; **referred to:** *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34; *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72.

By Binnie J. (dissenting)

*Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Sturgeon Lake Indian Band v. Tomporowski Architectural Group Ltd.* (1991), 95 Sask. R. 302; *Royal Bank of Canada v.*

*al.* 90(1)*b* ne restreint pas la portée du mot « accord », mais fait partie d'un « ensemble législatif » qui énonce les obligations de Sa Majesté envers les peuples autochtones en général. Deuxièmement, l'interprétation préconisée évite de lier l'exception aux disparités historiques engendrées par le processus de conclusion des traités. Troisièmement, elle s'attache à la réserve, où doivent être satisfaits les besoins de la bande, et non au lieu du dépôt des fonds votés par le Parlement — en l'occurrence, à l'extérieur de la réserve. Quatrièmement, elle permet d'éviter que les fonds versés conformément à une EGF soient traités différemment selon que la bande dispose ou non de moyens suffisants pour attirer une institution financière de dépôt dans sa réserve. [132-133] [135-139]

Exiger de la bande qu'elle départage les fonds issus de l'EGF et versés sur son compte qui concourent à « précis[er] les engagements de Sa Majesté suivant un traité » et ceux qui n'y concourent pas c'est lui imposer un fardeau dont elle ne peut s'acquitter puisque les fonds déposés chaque mois sur son compte sont confondus et non ventilés. La prévisibilité et la certitude des relations financières entre les Premières Nations et les non-Autochtones sont mieux assurées par la protection absolue des fonds issus d'une EGF contre la saisie-arrêt ou l'exécution, que ces fonds soient déposés dans une institution financière située ou non dans la réserve. [145-146]

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts appliqués :** *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; **distinction d'avec l'arrêt :** *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877; **arrêts mentionnés :** *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Marche c. Cie d'assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72.

Citée par le juge Binnie (dissident)

*Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Sturgeon Lake Indian Band c. Tomporowski Architectural Group Ltd.* (1991), 95 Sask. R. 302; *Royal Bank of Canada c.*

*White Bear Indian Band*, [1992] 1 C.N.L.R. 174; *Young v. Wolf Lake Indian Band* (1999), 164 F.T.R. 123; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Greyeyes v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 385; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, aff'g (1989), 58 D.L.R. (4th) 117, aff'g (1984), 15 D.L.R. (4th) 321; *R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, aff'd [1965] S.C.R. vi; *Peace Hills Trust Co. v. Moccasin* (2005), 281 F.T.R. 201, 2005 FC 1364; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37.

### Statutes and Regulations Cited

*An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31st Victoria, Chapter 42*, S.C. 1869, c. 6.  
*An Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury*, S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., c. 74, s. VIII.  
*An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ord[i]nance Lands*, S.C. 1868, c. 42.  
*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1906, c. 20.  
*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1938, c. 31, s. 2.  
*Constitution Act, 1867*, s. 91(24).  
*Constitution Act, 1982*, s. 35(3).  
*Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, ss. 32, 34.  
*Indian Act*, R.S.C. 1886, c. 43.  
*Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 94B, 108.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 87, 88, 89, 90.  
*Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, ss. 88, 89.  
*Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18.  
*Indian Act, 1880*, S.C. 1880, c. 28.  
*Trust and Loan Companies Act*, S.C. 1991, c. 45.

### Treaties and Proclamation

*Royal Proclamation* (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1.  
 Treaty No. 5 (1875).  
 Treaty No. 6 (1876).

### Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. II, 4th Sess., 21st Parl., March 16, 1951, p. 1352.

*White Bear Indian Band*, [1992] 1 C.N.L.R. 174; *Young c. Bande de Wolf Lake*, [1999] A.C.F. n° 253 (QL); *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Greyeyes c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 385; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, conf. (1989), 58 D.L.R. (4th) 117, conf. (1984), 15 D.L.R. (4th) 321; *R. c. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, conf. par [1965] R.C.S. vi; *Peace Hills Trust Co. c. Première nation Saulteaux*, [2005] A.C.F. n° 1646 (QL), 2005 CF 1364; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37.

### Lois et règlements cités

*Acte des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 43.  
*Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18.  
*Acte modifiant l'Acte des sauvages*, S.C. 1906, ch. 20.  
*Acte pour protéger les sauvages dans le Haut Canada, contre la fraude, et les propriétés qu'ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages*, S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., ch. 74, art. VIII.  
*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6.  
*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42.  
*Acte relatif aux Sauvages, 1880*, S.C. 1880, ch. 28.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(3).  
*Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 94B, 108.  
*Loi modifiant la Loi des Indiens*, S.C. 1938, ch. 31, art. 2.  
*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11, art. 32, 34.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 87, 88, 89, 90.  
*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 88, 89.  
*Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, ch. 45.

### Traités et proclamation

*Proclamation royale* (1763), L.R.C. 1985, app. II, n° 1.  
 Traité n° 5 (1875).  
 Traité n° 6 (1876).

### Doctrine citée

Canada. Affaires indiennes et du Nord. Centre de recherches historiques et d'étude des traités. *Historique de la Loi sur les Indiens*, 2<sup>e</sup> éd. par Robert G. Moore. Ottawa : Le Centre, 1978.

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 18th Parl., May 30, 1938, pp. 3349-50.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 135, No. 176, 1st Sess., 36th Parl., February 8, 1999, p. 11602.
- Canada. Indian Affairs and Northern Development. *Gathering Strength — Canada's Aboriginal Action Plan*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 1997.
- Canada. Indian Affairs and Northern Development. *Gathering Strength — Canada's Aboriginal Action Plan: A Progress Report*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2000.
- Canada. Indian and Northern Affairs. Treaties and Historical Research Centre. *The Historical Development of the Indian Act*, 2nd ed. by Robert G. Moore. Ottawa: The Centre, 1978.
- Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996.
- Canada. Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Indian Act. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 5, p. 187, Fourth Report, June 22, 1948.
- Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, Including the Negotiations on which They were Based, and Other Information Related Thereto*. Toronto: Prospero Books, 2000, reprint of 1880 edition.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham: Butterworths, 2002.
- Canada. Affaires indiennes et du Nord canadien. *Rassembler nos forces — Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones*. Ottawa : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997.
- Canada. Affaires indiennes et du Nord canadien. *Rassembler nos forces — Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones : Rapport d'étape*. Ottawa : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2000.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 4<sup>e</sup> sess., 21<sup>e</sup> lég., 16 mars 1951, p. 1380.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 18<sup>e</sup> lég., 30 mai 1938, p. 3423.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, n<sup>o</sup> 176, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 8 février 1999, p. 11602.
- Canada. Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes institué pour continuer et terminer l'étude de la Loi des Indiens. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n<sup>o</sup> 5, p. 23, Quatrième rapport, 22 juin 1948.
- Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, vol. 3, *Vers un ressourcement*. Ottawa : La Commission, 1996.
- Morris, Alexander. *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, Including the Negotiations on which They were Based, and Other Information Related Thereto*. Toronto : Prospero Books, 2000, reprint of 1880 edition.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham : Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Scott C.J.M. and Philp and Hamilton J.J.A.) (2005), 192 Man. R. (2d) 82, 340 W.A.C. 82, 251 D.L.R. (4th) 93, 8 C.B.R. (5th) 244, 50 C.L.R. (3d) 17, [2005] 2 C.N.L.R. 155, [2006] 1 W.W.R. 486, [2005] M.J. No. 29 (QL), 2005 MBCA 22, allowing an appeal from a decision of Sinclair J. (2004), 186 Man. R. (2d) 31, [2004] 3 C.N.L.R. 192, [2004] M.J. No. 281 (QL), 2004 MBQB 156, dismissing an appeal against an order issued by Senior Master Lee. Appeal dismissed, Binnie, Fish and Abella JJ. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (le juge en chef Scott et les juges Philp et Hamilton) (2005), 192 Man. R. (2d) 82, 340 W.A.C. 82, 251 D.L.R. (4th) 93, 8 C.B.R. (5th) 244, 50 C.L.R. (3d) 17, [2005] 2 C.N.L.R. 155, [2006] 1 W.W.R. 486, [2005] M.J. No. 29 (QL), 2005 MBCA 22, qui a accueilli l'appel contre une décision du juge Sinclair (2004), 186 Man. R. (2d) 31, [2004] 3 C.N.L.R. 192, [2004] M.J. No. 281 (QL), 2004 MBQB 156, qui avait rejeté l'appel contre l'ordonnance du conseiller-maître principal Lee. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, Fish et Abella sont dissidents.

*George J. Orle, Q.C., and Daryl A. Chicoine, for the appellant.*

*James A. Mercury and Betty A. Johnstone, for the respondent.*

*Graham R. Garton, Q.C., and John S. Tyhurst, for the intervener the Attorney General of Canada.*

*Jack R. London, Q.C., and Bryan P. Schwartz, for the intervener the Assembly of First Nations.*

*P. Michael Jerch and Louis Harper, for the intervener Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin.*

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

### 1. Introduction

The appeal concerns the scope of ss. 89 and 90 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. These provisions, designed to prevent the erosion of property belonging to Indians *qua* Indians, confer immunity from seizure by creditors. The question on this appeal is whether ss. 89 and 90 extend this immunity to funds provided under individualized Comprehensive Funding Arrangements (“CFAs”) between the federal government and aboriginal bands.

The case at bar involves band funds that have been deposited in an off-reserve account pursuant to a CFA between the God’s Lake Band and the federal government. As part of a “co-management” approach to governance, the CFA funds are designed to be spent exclusively for certain designated purposes. One of these purposes — namely, on-reserve education — appears closely related to the Crown’s obligations under Treaty No. 5 (1875), to which the band adhered in 1909. Others seem only indirectly related to such obligations. Still others seem to fall entirely outside the treaty obligations. The respondent, a creditor of the band that has obtained a consent judgment and garnishment order, is seeking to seize the funds.

*George J. Orle, c.r., et Daryl A. Chicoine, pour l’appelante.*

*James A. Mercury et Betty A. Johnstone, pour l’intimée.*

*Graham R. Garton, c.r., et John S. Tyhurst, pour l’intervenant le procureur général du Canada.*

*Jack R. London, c.r., et Bryan P. Schwartz, pour l’intervenante l’Assemblée des Premières Nations.*

*P. Michael Jerch et Louis Harper, pour l’intervenant Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin.*

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein rendu par

LA JUGE EN CHEF —

### 1. Introduction

Le présent pourvoi a pour objet la portée des art. 89 et 90 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, qui, afin d’empêcher l’effritement du patrimoine détenu par les Indiens en tant qu’Indiens, soustraient certains biens à la saisie par un créancier. La question en litige est la suivante : l’exception prévue aux art. 89 et 90 s’applique-t-elle aux fonds versés en vertu d’une entente globale de financement (« EGF ») individualisée intervenue entre le gouvernement fédéral et une bande autochtone?

En l’espèce, les fonds ont été versés sur un compte situé à l’extérieur de la réserve en application d’une EGF intervenue entre la bande de God’s Lake et le gouvernement fédéral. Conformément au principe de la « cogestion » privilégié en matière de gouvernance, les fonds issus de l’EGF ne doivent être affectés qu’à certains domaines, et l’un d’eux — l’éducation dans la réserve — semble étroitement lié aux obligations de Sa Majesté découlant du Traité n° 5 (1875), auquel la bande a adhéré en 1909. D’autres n’ont apparemment qu’un lien indirect avec ces obligations. D’autres encore y paraissent totalement étrangers. Après avoir obtenu un jugement sur consentement et une ordonnance de saisie-arrêt, l’intimée, un créancier de la bande, tente d’obtenir la saisie des fonds.

I conclude that the funds in question are not protected directly by s. 89 of the *Indian Act*, which protects only property situated on a reserve. Nor, in my opinion, did the band discharge its burden of establishing protection under s. 90(1), which immunizes from seizure funds given “under a treaty or agreement”. Accordingly, I would dismiss the appeal.

## 2. Issues

The appeal raises two issues:

1. How should the location of a banking debt be determined for the purposes of s. 89(1)? Is the debt protected because it is notionally on reserve?
2. Do the words “personal property . . . given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty” in s. 90(1)(b) apply to the funds provided under the CFA in the case at bar?

## 3. The Statute

Under s. 89 of the *Indian Act*, property situated on a reserve is protected from seizure. Under s. 90, other property may be deemed to be so situated for the purposes of taxation or seizure. The provisions read:

**89.** (1) Subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band.

(1.1) Notwithstanding subsection (1), a leasehold interest in designated lands is subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress and execution.

(2) A person who sells to a band or a member of a band a chattel under an agreement whereby the right of property or right of possession thereto remains wholly or in part in the seller may exercise his rights under the

Je conclus que les fonds en cause ne sont pas protégés directement par l’art. 89 de la *Loi sur les Indiens*, qui ne vise que les biens situés sur une réserve. Je ne crois pas non plus que la bande s’est acquittée de sa charge d’établir qu’ils le sont sous le régime du par. 90(1), qui rend insaisissables les fonds donnés « en vertu d’un traité ou accord ». Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

## 2. Questions en litige

Le pourvoi soulève deux questions :

1. Comment doit-on déterminer le *situs* d’une dette bancaire pour l’application du par. 89(1)? La dette est-elle protégée du fait qu’elle est théoriquement située dans la réserve?
2. Les « biens meubles [. . .] donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d’un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté » au sens de l’al. 90(1)(b) englobent-ils les fonds versés en application de l’EGF conclue en l’espèce?

## 3. La loi

L’article 89 de la *Loi sur les Indiens* protège contre la saisie les biens situés sur une réserve. L’article 90 dispose que d’autres biens peuvent être réputés situés sur une réserve pour les besoins de la taxation ou de la saisie. Ces dispositions sont rédigées comme suit :

**89.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les biens d’un Indien ou d’une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l’objet d’un privilège, d’un nantissement, d’une hypothèque, d’une opposition, d’une réquisition, d’une saisie ou d’une exécution en faveur ou à la demande d’une personne autre qu’un Indien ou une bande.

(1.1) Par dérogation au paragraphe (1), les droits découlant d’un bail sur une terre désignée peuvent faire l’objet d’un privilège, d’un nantissement, d’une hypothèque, d’une opposition, d’une réquisition, d’une saisie ou d’une exécution.

(2) Une personne, qui vend à une bande ou à un membre d’une bande un bien meuble en vertu d’une entente selon laquelle le droit de propriété ou le droit de possession demeure acquis en tout ou en partie au

3

4

5

agreement notwithstanding that the chattel is situated on a reserve.

**90.** (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

(a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve.

The provisions were initially adopted, in almost identical form, as ss. 88 and 89 in the *Indian Act* reforms of 1951 (S.C. 1951, c. 29).

#### 4. Judicial History

6

Senior Master Lee of the Court of Queen's Bench of Manitoba found that there was a strong likelihood that some of, if not all, the attached monies had been received pursuant to a CFA. He stated that the monies were for essential services on the reserve and were "clearly in keeping with the public policy behind the development of the protection afforded pursuant to ss. 89 and 90 of *The Indian Act*". He rejected arguments regarding *situs* under the *Trust and Loan Companies Act*, S.C. 1991, c. 45. After verification of the portion of the monies received under the CFA, Senior Master Lee ordered \$518,838.55 released from garnishment. \$125,000 was set aside pending the resolution of the issues before us.

7

On appeal, Sinclair J. of the Court of Queen's Bench first asked whether the funds were "property situated on a reserve" and thus protected from seizure by s. 89 of the *Indian Act*. He rejected the common law natural meaning approach to *situs* in favour of a connecting factors test aimed at identifying a discernible nexus between the property in question and the Indian occupation of reserve land. He identified and considered seven factors: the nature of the CFA; the purpose of the funds provided; the location of the recipient band under the CFA; the location of the account into which the

vendeur, peut exercer ses droits aux termes de l'entente, même si le bien meuble est situé sur une réserve.

**90.** (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens meubles qui ont été :

a) soit achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes;

b) soit donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours réputés situés sur une réserve.

Ces dispositions ont été adoptées initialement lors de la réforme de 1951 (*Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29), sous une forme quasi identique, à titre d'art. 88 et 89.

#### 4. Historique des procédures judiciaires

Le conseiller-maître Lee, de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, a conclu à la grande probabilité qu'une partie de la somme saisie, sinon la totalité, ait été obtenue en application d'une EGF. Selon lui, les fonds étaient affectés à des services essentiels dans la réserve et le financement était [TRADUCTION] « clairement conforme au principe général sous-tendant la protection prévue aux art. 89 et 90 de la *Loi sur les Indiens* ». Il a rejeté les arguments fondés sur le *situs* au sens de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, L.C. 1991, ch. 45. Après avoir déterminé la partie des fonds issus de l'EGF, le conseiller-maître Lee a ordonné que la somme de 518 838,55 \$ fasse l'objet d'une mainlevée. La somme de 125 000 \$ a été bloquée jusqu'au règlement des questions en litige par notre Cour.

En appel, le juge Sinclair, de la Cour du Banc de la Reine, s'est d'abord demandé si les fonds étaient des « biens situés sur une réserve » et, de ce fait, insaisissables en application de l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens*. Pour déterminer le *situs*, il a écarté l'interprétation selon le sens naturel fondée sur la common law, au bénéfice du critère des facteurs de rattachement, qui consiste à établir un lien discernable entre les biens et l'occupation autochtone du territoire de la réserve. Il a retenu sept facteurs : la nature de l'EGF, l'affectation projetée des fonds, le *situs* de la bande bénéficiaire suivant l'EGF, le

funds were deposited; the location of expenditures from the fund; the intended beneficiaries or recipients of payment from the fund; and the importance of the fund to the band's ability to occupy the reserve. Sinclair J. concluded that the funds constituted Indian property closely related to Indian occupation of reserve land and that they ought to be protected from seizure. He held:

. . . I am satisfied that there is more than a discernable nexus between the funds and the Band's ability to occupy its reserve. The connecting factors in this case are quite strong. That causes me to conclude that the funds are protected from seizure pursuant to s. 89 of the *Indian Act* regardless of s. 90.

((2004), 186 Man. R. (2d) 31, 2004 MBQB 156, at para. 83)

Sinclair J. went on to consider whether the funds were also protected by s. 90 of the *Indian Act*. He concluded that the CFA was an "agreement" within the meaning of s. 90, rejecting the view expressed in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 134-42, *per* La Forest J., that for an agreement to come within s. 90, it must be connected to a treaty. Turning to the CFA at issue, Sinclair J. found that

while it seems clear that the agreement between the Band and Canada was intended in part to allow Canada to fulfill its treaty obligations (for health and education for example), for the most part, the CFA covers areas of funding not mentioned in Treaty No. 5. [para. 87]

Being unable to say what portion of the CFA related to the treaty obligation made "no difference" given the broad meaning he accorded to the word "agreement" in s. 90. He concluded:

I am of the view that the CFA reflects the federal government's responsibilities for Indians and lands reserved for Indians under s. 91(24) of the *Constitution Act 1867*. Such an agreement, therefore, is covered by s. 90 of the *Indian Act*. As such, the funds deposited in the Band's bank account at Peace Hills were deemed always to be

*situs* du compte sur lequel les fonds ont été versés, le *situs* des dépenses imputées aux fonds, les personnes censées toucher des sommes par prélèvement sur les fonds et l'importance des fonds pour la bande et son aptitude à occuper la réserve. Il a estimé que les fonds constituaient des biens détenus par des Indiens, qu'ils avaient un lien étroit avec l'occupation autochtone du territoire de la réserve et qu'ils devaient être soustraits à la saisie. Il a conclu :

[TRADUCTION] . . . je suis convaincu qu'il y a plus qu'un lien discernable entre les fonds et l'aptitude de la bande à occuper sa réserve. Les facteurs de rattachement sont en l'espèce très nets, ce qui m'amène à conclure que les fonds sont insaisissables suivant l'art. 89 de la *Loi sur les Indiens*, indépendamment de l'art. 90.

((2004), 186 Man. R. (2d) 31, 2004 MBQB 156, par. 83)

Le juge Sinclair s'est ensuite demandé si les fonds bénéficiaient également de la protection prévue à l'art. 90 de la *Loi sur les Indiens*. Il a estimé que l'EGF était un « accord » au sens de cet article, faisant fi de l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, où le juge La Forest a opiné que l'accord visé à l'art. 90 doit être lié à un traité (p. 134-142). Le juge Sinclair a conclu ce qui suit au sujet de l'EGF :

[TRADUCTION] Bien qu'il paraisse évident que l'accord entre la bande et le gouvernement fédéral devait entre autres permettre à ce dernier de s'acquitter de ses obligations suivant le Traité n° 5 (en matière de santé et d'éducation, par exemple), la plupart des domaines visés par l'EGF ne sont pas mentionnés dans le traité. [par. 87]

Le fait qu'il n'a pas pu dire quelle partie de l'EGF était liée aux obligations issues du traité ne changeait rien, vu son interprétation large du mot « accord » employé à l'art. 90. Il a ajouté :

[TRADUCTION] Je suis d'avis que l'EGF cadre avec les obligations du gouvernement fédéral à l'égard des Indiens et des terres réservées pour les Indiens suivant le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle est donc visée à l'art. 90 de la *Loi sur les Indiens*. C'est pourquoi les fonds versés sur le compte de la bande à

situated on an Indian Reserve and therefore not attachable. [para. 87]

8

The Manitoba Court of Appeal, *per* Scott C.J.M. and Philp J.A., allowed the appeal, finding that neither s. 89 nor s. 90 of the *Indian Act* applied to the garnished funds: (2005), 192 Man. R. (2d) 82, 2005 MBCA 22. On s. 89, the court rejected the view that the CFA funds received by the band and deposited in the Winnipeg bank were personal property situated on a reserve. The court held that the motions judge had erred in applying a multi-factored “discernible nexus” test to determine whether the property was on the reserve, and in his evaluation of the factors that tied the band’s accounts to the reserve. While the provisions of the Act were to be liberally interpreted in favour of Indians, *Union of New Brunswick Indians v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [1998] 1 S.C.R. 1161, at paras. 13-15, made clear that the words “situated on a reserve” in s. 87 should be given their ordinary and common sense meaning and that they do not include “notional situation” on a reserve. The only notional *situs* of personal property for the purposes of ss. 87 and 89 was found in the statutory deeming provisions of s. 90.

9

After reviewing the case law, the court determined that it would be inappropriate to apply a highly contextual test to determine the *situs* of personal property that may be subject to seizure. Even if such a test were applied, however, Scott C.J.M. and Philp J.A. found that the location of the funds in Winnipeg would be determinative:

We conclude, as did Côté, J.A., in the *Enoch Indian Band* decision, that whether one applies the common law *situs* principles or the *Williams* connecting factors test, the funds on deposit at Peace Hills were not property situated on a reserve. The funds were not exempt from garnishment by the plaintiff by virtue of s. 89 of the *Act*. [para. 91]

10

The court then turned to s. 90. It held that the governing authority was *Mitchell*, which restricted

la succursale de Peace Hills sont réputés avoir toujours été situés sur une réserve indienne et, par conséquent, insaisissables. [par. 87]

Le juge en chef Scott et le juge Philp, de la Cour d’appel du Manitoba ont accueilli l’appel, statuant que ni l’art. 89 ni l’art. 90 de la *Loi sur les Indiens* ne s’appliquaient aux fonds saisis-arrêtés : (2005), 192 Man. R. (2d) 82, 2005 MBCA 22. Au sujet de l’art. 89, la Cour d’appel a rejeté la prétention que les fonds touchés par la bande en application de l’EGF et versés sur son compte à Winnipeg étaient des biens situés sur une réserve. Elle a conclu que le juge des requêtes avait eu tort d’appliquer le critère multifactoriel du [TRADUCTION] « lien discernable » pour déterminer si les biens étaient situés sur la réserve et qu’il avait mal apprécié les facteurs qui rattachaient les comptes de la bande à la réserve. Même si les dispositions de la *Loi sur les Indiens* devaient être interprétées libéralement au profit des Indiens, l’arrêt *Union of New Brunswick Indians c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [1998] 1 R.C.S. 1161, par. 13-15, établissait clairement que les mots « situés sur une réserve » employés à l’art. 87 devaient être interprétés suivant leur sens ordinaire et naturel et ne s’entendaient pas de l’« emplacement fictif » sur une réserve. Le seul *situs* fictif possible d’un bien meuble pour l’application des art. 87 et 89 était prévu par la disposition déterminative, l’art. 90.

Après avoir examiné la jurisprudence, la Cour d’appel a conclu qu’il n’y avait pas lieu d’appliquer un critère très contextuel pour déterminer le *situs* d’un bien meuble susceptible d’être saisi. Le juge en chef Scott et le juge Philp ont estimé que même si un tel critère était appliqué, l’emplacement des fonds à Winnipeg serait décisif :

[TRADUCTION] Nous partageons l’avis du juge Côté dans l’arrêt *Enoch Indian Band* : que l’on applique les principes de la common law en matière de *situs* ou le critère des facteurs de rattachement établi dans l’arrêt *Williams*, les fonds déposés à la succursale de Peace Hills n’étaient pas des biens situés sur une réserve. L’article 89 de la *Loi* ne les soustrayait pas à la saisie-arrêt par la demanderesse. [par. 91]

La Cour d’appel s’est ensuite penchée sur l’art. 90. Elle a conclu que suivant l’arrêt *Mitchell*,

the scope of s. 90(1)(b) to personal property that enures to Indians through the discharge by Her Majesty of her treaty or ancillary obligations. It followed that the motions judge's broad reading of "agreement" in s. 90 was untenable. The only question was whether the CFA was ancillary to Treaty No. 5. The court noted that the CFA, for the most part, dealt with areas not covered by Treaty No. 5. There was "no evidence that established an explicit connection between the band's treaty rights and the CFA" (para. 126), and the importance of the funds to the band's viability did not change the agreement's nature.

## 5. Analysis

### 5.1 *Determining Location Under Section 89(1)*

Section 89(1) of the *Indian Act* provides that "the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band". The question is whether the expression "situated on a reserve" is to be given its plain meaning and subjected to the common law and statutory *situs* rules, or whether it has a more abstract meaning unique to the *Indian Act*.

The band relies on *Williams v. Canada*, [1992] 1 S.C.R. 877. In that case, the issue was whether unemployment insurance benefits received by an Indian were "situated" on the reserve for the purposes of exemption from taxation under the *Indian Act*. The Court, *per* Gonthier J., found that the *situs* for this purpose was on the reserve, having regard to "a number of potentially relevant connecting factors" relating to the transaction and the parties involved (p. 893). Gonthier J., *in obiter*, suggested that the same approach would apply to seizures.

l'al. 90(1)(b) ne s'appliquait qu'aux biens meubles qui échoient aux Indiens en exécution d'obligations de Sa Majesté découlant d'un traité ou d'un accord accessoire. Le mot « accord » employé à l'art. 90 ne pouvait donc être interprété largement comme l'avait fait le juge des requêtes. La seule question était de savoir si l'EGF était accessoire au Traité n° 5. La Cour d'appel a signalé que la plupart des domaines visés par l'EGF n'étaient pas mentionnés dans ce traité. Selon elle, [TRADUCTION] « aucun élément n'établissait l'existence d'un lien explicite entre le droit de la bande issu du traité et l'EGF » (par. 126), et l'importance des fonds pour l'avenir de la bande ne modifiait pas la nature de l'entente.

## 5. Analyse

### 5.1 *Détermination du situs des biens pour l'application du par. 89(1)*

Le paragraphe 89(1) de la *Loi sur les Indiens* dispose que « les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande ». La question est de savoir si les mots « situés sur une réserve » doivent être interprétés selon leur sens ordinaire et conformément aux règles relatives au *situs* issues de la common law et de la loi, ou si on doit leur attribuer un sens plus abstrait, propre à la *Loi sur les Indiens*.

La bande invoque l'affaire *Williams c. Canada*, [1992] 1 R.C.S. 877, où notre Cour devait déterminer si les prestations d'assurance-chômage touchées par un Indien étaient « situées » sur la réserve pour l'application de l'exemption fiscale prévue dans la *Loi sur les Indiens*. Au nom de notre Cour, le juge Gonthier a conclu que dans ce cas, le *situs* était sur la réserve, compte tenu de « plusieurs facteurs de rattachement susceptibles d'être pertinents » en ce qui concerne l'opération et les parties en cause (p. 893). Dans une remarque incidente, le juge Gonthier a laissé entendre que cette interprétation valait également en matière de saisie.

11

12

13 There is no dispute that under traditional common law approaches and the terms of the *Trust and Loan Companies Act*, the debt at issue here is located off-reserve at the Winnipeg bank branch. The question, therefore, is what approach applies to seizures — the concrete approach of the common law, or the multi-factored notional approach applied to taxation in *Williams*.

14 The band argues that the *Williams* approach better reflects the broader purpose of this protective provision of the *Indian Act*. That purpose, it submits, is to protect assets of Indians *qua* Indians where to permit seizure would neglect the realities of the aboriginal community in question or the options available to the parties. This is particularly true, the band contends, if a link to on-reserve activities is established.

15 Despite its evident appeal, this submission does not withstand scrutiny. Principle, policy and jurisprudence stand against it.

16 First, *Williams* is distinguishable. It was based on a different section of the *Indian Act* and referred to a different kind of property. At issue was s. 87, which accords an exemption from taxation for “personal property of an Indian or a band situated on a reserve”. The exemption was permitted in *Williams*, because “the benefits, intangible personal property, were effectively on the reserve at the time of taxation”: *Union of New Brunswick Indians*, at para. 12 (emphasis added).

17 As Scott C.J.M. and Philp J.A. note, the Court in *Williams* used a “connecting factors” approach to determine the location of “something that is neither tangible personal property nor a chose in action” (para. 59). It makes sense to adopt a highly fact-specific form of analysis with respect to the location of a *transaction*, such as the provision of benefits, for taxation purposes. In this case, however, as Scott C.J.M. and Philp J.A. point out:

Nul ne conteste que suivant les règles d'interprétation classiques de la common law et le libellé de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, la créance de la bande est située à l'extérieur de la réserve, soit à la succursale de la banque, à Winnipeg. La question est donc de savoir quelle méthode d'interprétation appliquer pour les besoins de la saisie — la méthode concrète de la common law ou celle, théorique et multifactorielle, retenue en matière d'imposition dans l'arrêt *Williams*?

La bande prétend que dans l'arrêt *Williams*, l'interprétation est davantage compatible avec l'objectif plus général de cette disposition protectrice de la *Loi sur les Indiens*. Selon elle, cet objectif est de protéger les biens appartenant aux Indiens en tant qu'Indiens dans le cas où la saisie ferait fi de la situation réelle de la collectivité autochtone en cause ou des choix qui s'offrent aux parties, surtout lorsque l'existence d'un lien avec une activité dans la réserve est établie.

Malgré son attrait manifeste, cette prétention ne résiste pas à l'examen. Principes, politique générale et jurisprudence la réfutent.

Premièrement, l'affaire *Williams* se distingue de la présente espèce. Une autre disposition de la *Loi sur les Indiens* et un autre type de biens étaient en cause. Le litige portait sur l'art. 87, qui exempte de la taxation « les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ». L'exemption a été reconnue au motif que « les prestations, qui sont des biens meubles incorporels, étaient de fait dans la réserve au moment de la taxation » : *Union of New Brunswick Indians*, par. 12 (je souligne).

Comme l'ont signalé le juge en chef Scott et le juge Philp, de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Williams*, notre Cour a employé la méthode des « facteurs de rattachement » pour déterminer le *situs* d'une [TRADUCTION] « chose qui n'est ni un bien meuble corporel ni un droit incorporel » (par. 59). Il convient de recourir à une analyse particulièrement factuelle pour déterminer, aux fins de l'imposition, le *situs* d'une *opération* telle que le versement de prestations. Or, en l'espèce, pour reprendre les propos de ces juges :

[W]e are not concerned with where a transaction is located for the purposes of taxation. We are concerned with the garnishment of the band's funds that are deposited in bank accounts at the Winnipeg branch of Peace Hills. The law is well settled that a bank deposit constitutes a debt owing by the bank to its customer. Gonthier, J., reasoned in *Williams*, it is "not apparent how the place where a debt may normally be enforced has any relevance to the question whether to tax . . . would amount to the erosion of the entitlements of an Indian . . .". On the other hand, the place where a debt may be enforced has everything to do with the seizure of a debt. [Emphasis added; para. 60.]

Adopting the contextual form of analysis developed for cases — such as one involving a taxation transaction — where the location is objectively difficult to determine does not mean that the ordinary sense of "location" should be changed where — as is true of the bank account in the case at bar — the location is objectively easy to determine.

Second, the cases overwhelmingly support a concrete common law interpretation. In *Union of New Brunswick Indians*, writing for the majority of this Court, I confirmed the view of Iacobucci J. in *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, that "on the reserve" is to be given "its ordinary and common sense" meaning throughout the *Indian Act*:

The Court had earlier stated at p. 955 [of *Lewis*] that the phrase should be given the same construction wherever it is used throughout the *Indian Act*. The phrase "situated on a reserve" should be interpreted in the same way. The addition of the word "situated" does not significantly alter the meaning of the phrase in the circumstances of this case . . . .

The only qualification the case law admits to the rule that s. 87 catches only property physically located on a reserve is the rule that where property which was on a reserve moves off the reserve temporarily, the court will ask whether its "paramount location" is on the reserve. [paras. 13-14]

The Court of Appeal in the case at bar found this statement to have "foreclosed the existence of a discernible nexus test that would modify the requirement of s. 87 (and of s. 89) that property must be physically located on a reserve" (para. 34). I agree.

[TRADUCTION] [I] ne s'agit pas de déterminer le *situs* d'une opération aux fins de l'imposition. C'est de la saisie-arrêt de fonds versés sur les comptes bancaires de la bande à la succursale de Peace Hills située à Winnipeg qu'il est question. Il est bien établi en droit qu'un dépôt bancaire constitue une dette de la banque envers son client. Comme l'a expliqué le juge Gonthier dans l'arrêt *Williams*, « [o]n ne voit pas en quoi le lieu d'exécution normal d'une dette est pertinent pour décider si l'imposition [. . .] représenterait une atteinte aux droits détenus par un Indien [. . .] ». Par contre, le lieu d'exécution d'une dette a tout à voir avec la saisie y afférente. [Je souligne; par. 60.]

Le recours à l'analyse contextuelle lorsque le *situs* est difficile à déterminer objectivement — dans le cas d'une opération fiscale, par exemple — n'emporte pas la modification du sens ordinaire du « *situs* » lorsque ce dernier est facile à déterminer objectivement comme dans le cas du compte bancaire considéré en l'espèce.

Deuxièmement, la jurisprudence appuie abondamment la méthode d'interprétation concrète issue de la common law. Dans l'arrêt *Union of New Brunswick Indians*, j'ai confirmé au nom des juges majoritaires de notre Cour le point de vue du juge Iacobucci dans l'arrêt *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, à savoir que l'expression « sur la réserve » doit recevoir son « sens ordinaire et naturel » partout où elle est utilisée dans la *Loi sur les Indiens* :

La Cour avait précisé, à la p. 955 [de l'arrêt *Lewis*], que l'expression devait être interprétée de la même façon partout où elle était utilisée dans la *Loi sur les Indiens*. L'expression « situés sur une réserve » devrait être interprétée de la même manière. L'adjonction du mot « situés » ne modifie pas de façon significative le sens de l'expression dans les circonstances de l'espèce . . . .

Le seul tempérament apporté par la jurisprudence à la règle voulant que l'art. 87 vise uniquement les biens se trouvant physiquement dans une réserve est que lorsqu'un bien qui était dans une réserve est placé temporairement à l'extérieur de celle-ci, la cour se demande si son « emplacement prépondérant » est dans la réserve. [par. 13-14]

La Cour d'appel a conclu en l'espèce que cet énoncé [TRADUCTION] « écartait l'existence d'un lien discernable de nature à modifier, à l'art. 87 (et à l'art. 89), l'exigence que les biens se trouvent physiquement dans une réserve » (par. 34). Je suis d'accord.

18

19

20 Third, this view is supported by the fact that when Parliament wished to depart from the physically situate test for personal property, it did so expressly by statutory language. Thus, s. 90 provides that personal property given to Indians by the Crown under treaty obligations or purchased by moneys appropriated by Parliament for the benefit of Indians “shall be deemed always to be situated on a reserve”. The existence of a deeming provision of this kind suggests that other provisions addressing location should not be interpreted according to a “notional” test.

21 I agree with the Court of Appeal that the funds in the Winnipeg bank account were not “situated on a reserve”. Accordingly, the exemption granted by s. 89 of the *Indian Act* does not apply.

## 5.2 *The Exemption Under Section 90(1) of the Indian Act*

22 Section 90(1) of the *Indian Act* reads as follows:

**90.** (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

(a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve.

Is the deposited money at issue in this case covered by this deeming provision, and thus protected from garnishment, because of its source in an “agreement” with the Crown?

23 The appellant band is a 1909 adherent to Treaty No. 5, concluded at Norway House in 1875. In exchange for the extinguishment of claims, the Crown agreed, *inter alia*, to protect traditional activities on the surrendered land, provide annual grants, and maintain schools. In the case at bar, the funds in question were provided through a CFA under which funds are to be delivered to the band’s off-reserve bank account on a monthly basis. The

Troisième élément militant en faveur de ce point de vue, chaque fois que le législateur a voulu écarter le critère de l’emplacement physique des biens meubles, il l’a fait expressément dans une disposition. Ainsi, l’article 90 dispose que les biens meubles donnés aux Indiens par Sa Majesté en vertu d’un traité ou achetés avec des fonds votés par le Parlement au profit d’Indiens « sont toujours réputés situés sur une réserve ». L’existence d’une telle présomption légale permet de conclure que l’interprétation des autres dispositions portant sur l’emplacement ne doit pas se fonder sur une « fiction ».

Je conviens avec la Cour d’appel que les fonds déposés sur le compte bancaire à Winnipeg n’étaient pas « situés sur une réserve ». Par conséquent, l’exemption prévue à l’art. 89 de la *Loi sur les Indiens* ne s’applique pas.

## 5.2 *L’exemption prévue au par. 90(1) de la Loi sur les Indiens*

Voici le texte du par. 90(1) de la *Loi sur les Indiens* :

**90.** (1) Pour l’application des articles 87 et 89, les biens meubles qui ont été :

a) soit achetés par Sa Majesté avec l’argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l’usage et au profit d’Indiens ou de bandes;

b) soit donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d’un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours réputés situés sur une réserve.

En l’espèce, les sommes déposées sont-elles visées par cette présomption et donc insaisissables parce qu’elles ont pour origine un « accord » liant Sa Majesté?

En 1909, la bande appelante a adhéré au Traité n° 5 conclu à Norway House en 1875. En échange de la renonciation à certaines revendications, Sa Majesté a notamment convenu de protéger les activités traditionnelles sur le territoire cédé, de verser des indemnités annuelles et d’établir des écoles. En l’espèce, les fonds en cause proviennent d’une EGF prévoyant le versement mensuel d’une somme sur le compte bancaire hors réserve de la bande. Le

motions judge found that the band has “almost no independent sources of funding for its financial needs other than those provided by the federal government” (para. 5). The parties disagree about both the proper interpretation of the word “agreement” in s. 90(1) and the proper characterization of the CFA.

The question is one of statutory interpretation. What is the meaning of “agreement” in s. 90(1)(b)? Does it extend to any agreement between the government and an Indian band? Or is it confined to particular types of agreements, and if so, what types of agreements?

Precedent, principle and policy all suggest that Parliament’s intent was that the word “agreement” in s. 90(1)(b) should not be accorded a broad meaning, but should instead be confined to agreements ancillary to treaties.

### 5.2.1 Precedent

This Court has already considered the meaning of “agreement” in s. 90(1)(b) and concluded that it should be restricted to agreements that flesh out commitments of the Crown to Indians in the treaty context of the surrender of their homelands: *Mitchell*, at pp. 124, 131 and 134. The band would have us overrule *Mitchell*. It is not the practice of this Court to reverse its previous decisions in the absence of compelling reasons to do so: *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at pp. 1352-53; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 777-78; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 842, 2000 SCC 34, at para. 43. In this case, as will be discussed more fully below, no such reasons emerge. On the contrary, *Mitchell* appears to have been correctly decided.

The Court confirmed in *Williams* that the purpose of the exemptions in ss. 87, 88 and 89 of the *Indian Act* “was to preserve the entitlements of Indians to their reserve lands and to ensure that the use of their property on their reserve lands was not eroded by the ability of governments to tax, or creditors to seize” (p. 885). The purpose is to protect what the Indian band was “given” in return for

judge des requêtes a conclu que la bande ne disposait [TRADUCTION] « pratiquement d’aucune autre source de financement que le gouvernement fédéral » (par. 5). Les parties ne s’entendent ni sur le sens du mot « accord » employé au par. 90(1) ni sur la qualification de l’EGF.

La question en litige relève de l’interprétation législative. Quel est le sens du mot « accord » employé à l’al. 90(1)(b)? S’entend-il de tout accord entre le gouvernement et une bande indienne? Vise-t-il seulement certains types d’accord et, dans l’affirmative, lesquels?

Il appert de la jurisprudence, des principes et de la politique générale que le législateur n’a pas voulu que le mot « accord » employé à l’al. 90(1)(b) soit interprété largement, mais bien qu’il s’entende uniquement d’un accord accessoire à un traité.

### 5.2.1 La jurisprudence

Notre Cour s’est déjà penchée sur le sens du mot « accord » à l’al. 90(1)(b). Elle a conclu qu’il ne devait s’entendre que d’un accord précisant les engagements de Sa Majesté envers les Indiens dans le contexte d’un traité relatif à la cession de leurs terres : arrê *Mitchell*, p. 124, 131 et 134. La bande nous exhorte à infirmer cette décision. Or, notre Cour n’a pas coutume d’écarter ses décisions antérieures sans de sérieux motifs : *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1352-1353; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 777-778; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 842, 2000 CSC 34, par. 43. Nous le verrons en détail plus loin, de tels motifs n’ont pas été établis en l’espèce. Au contraire, l’arrê *Mitchell* semble bien fondé.

Dans l’arrê *Williams*, notre Cour a confirmé que les exemptions prévues aux art. 87, 88 et 89 de la *Loi sur les Indiens* visaient à « préserver les droits des Indiens sur leurs terres réservées et à assurer que la capacité des gouvernements d’imposer des taxes, ou celle des créanciers de saisir, ne porte pas atteinte à l’utilisation de leurs biens situés sur leurs terres réservées » (p. 885).

24

25

26

27

the surrender of Indian lands. The exemptions are tied to the reserve lands and the Indians' ability to preserve their lands against outside intrusion and diminishment. As Gonthier J. stated in *Williams*, "the purpose of the sections was not to confer a general economic benefit upon the Indians" (p. 885). For example, they do not exempt from seizure or taxation contractual arrangements in the commercial mainstream that amount to normal business transactions, but only "property that enures to Indians pursuant to treaties and their ancillary agreements": *Mitchell*, at p. 138. Only the latter is protected by s. 90(1)(b).

28

To achieve this purpose, Parliament sought to ensure that the entitlements of Indians under treaties were not defined in a way that was unduly narrow or technical. La Forest J. reasoned that "[i]t must be remembered that treaty promises are often couched in very general terms and that supplementary agreements are needed to flesh out the details of the commitments undertaken by the Crown": *Mitchell*, at p. 124. The word "agreement" in the provision thus served to ensure that agreements that fulfil treaty obligations are treated as such.

29

In reaching this conclusion, the Court relied on the principle of associated meaning, discussed more fully below. Although La Forest J. did not refer to that principle expressly, he used the vocabulary traditionally associated with it and determined that "the terms 'treaty' and 'agreement' in s. 90(1)(b) take colour from one another": *Mitchell*, at p. 124.

### 5.2.2 The Principle of Associated Meaning

30

It is a fundamental principle of statutory interpretation that when two or more words linked by "and" or "or" serve an analogous grammatical and logical function within a provision, they should be interpreted with a view to their common features: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 173. This principle is known as the principle of

L'objectif est de protéger ce qui a été « donné » à la bande indienne en contrepartie de la cession de ses terres. Les exemptions sont liées aux terres des réserves et à la capacité des Indiens de protéger leurs terres contre l'intrusion et l'amointrissement. Le juge Gonthier l'a dit, « les articles en question ne visent pas à conférer un avantage économique général aux Indiens » (arrêt *Williams*, p. 885). Par exemple, ils ne soustraient pas à la saisie ou à la taxation les biens acquis suivant un contrat commercial assimilable à une opération commerciale ordinaire, mais seulement ceux « qui échoient aux Indiens conformément aux traités et à leurs accords accessoires » (arrêt *Mitchell*, p. 138). Seuls ces derniers sont protégés à l'al. 90(1)(b).

Pour atteindre cet objectif, le législateur a tenté de faire en sorte que les droits conférés aux Indiens par voie de traité ne soient pas définis de manière trop étroite ou technique. Le juge La Forest a expliqué : « Il faut se rappeler que les promesses contenues dans les traités sont souvent formulées en des termes très généraux et que des accords supplémentaires sont nécessaires pour préciser les engagements pris par la Couronne » (arrêt *Mitchell*, p. 124). L'emploi du mot « accord » dans la disposition visait donc à faire en sorte que l'accord portant exécution des obligations issues d'un traité soit considéré comme un tel accord supplémentaire.

Pour arriver à cette conclusion, notre Cour a appliqué la règle des mots associés, que j'analyse ci-après. Le juge La Forest n'en a pas fait expressément mention, mais il a employé le vocabulaire qui s'y rattache habituellement et a conclu que « les termes "traité" et "accord" à l'al. 90(1)(b) déteignent l'un sur l'autre » (arrêt *Mitchell*, p. 124).

### 5.2.2 La règle des mots associés

Suivant un principe fondamental d'interprétation législative, lorsqu'au moins deux mots reliés par la conjonction « et » ou « ou » ont une fonction logique et grammaticale analogue dans une disposition, ils doivent être interprétés à la lumière de leurs caractéristiques communes : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4<sup>e</sup> éd. 2002), p. 173. Il s'agit de la règle des

associated meaning or *noscitur a sociis*. It is based on the idea that “[t]he meaning of a term is revealed by its association with other terms: *it is known by its associates*”: 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d’alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 195 (emphasis in original). As explained by Bastarache J. in *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6, at paras. 66-71, applying the principle enables courts to understand the “immediate context” of the statutory words whose meaning is in dispute.

Applying this principle may result in the scope of the broader term being limited to that of the narrower term: *R. v. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.). The question in *Goulis* was whether a bankrupt who had failed to reveal the existence of certain commercial property to his trustee in bankruptcy had “concealed” the property within the meaning of s. 350 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which provided:

**350.** Every one who,

(a) with intent to defraud his creditors,

(i) makes or causes to be made a gift, conveyance, assignment, sale, transfer or delivery of his property, or

(ii) removes, conceals or disposes of any of his property

. . . .

is guilty of an indictable offence . . . .

Although the term “conceals” in subpara. (ii) could be understood broadly to include a failure to disclose, Martin J.A. relied on the associated word principle to justify his adoption of a narrower meaning:

In this case, the words which lend colour to the word “conceals” are, first, the word “removes”, which clearly refers to a physical removal of property, and second, the words “disposes of”, which, standing in contrast to the kind of disposition which is expressly dealt with in subpara. (i) of the same para. (a), namely, one which is

mots associés (*noscitur a sociis*). Elle veut fondamentalement que « [l]e sens d’un terme [soit] révélé par son association à d’autres termes : *il est connu par ceux auxquels il est associé* » : 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d’alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 195 (souligné dans l’original). Comme l’a expliqué le juge Bastarache dans l’arrêt *Marche c. Cie d’Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6, par. 66-71, l’application de cette règle permet au tribunal de saisir le « contexte immédiat » des mots employés par le législateur et qui font l’objet du litige.

L’application de ce principe peut faire en sorte que la portée du mot plus général soit ramenée à celle du mot plus spécifique : *R. c. Goulis* (1981), 33 O.R. (2d) 55 (C.A.). Dans cette affaire, la question était de savoir si un failli ayant omis de révéler au syndic de faillite l’existence de certains biens commerciaux avait « caché » ces biens au sens de l’art. 350 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, dont voici le libellé :

**350.** Est coupable d’un acte criminel [. . .] quiconque,

a) avec l’intention de frauder ses créanciers,

(i) fait ou fait faire quelque don, transport, cession, vente, transfert ou remise de ses biens, ou

(ii) enlève ou cache un de ses biens, ou s’en défait;

. . . .

Même si le terme « cache » employé au sous-al. (ii) peut être interprété largement de manière à englober l’omission de révéler l’existence, le juge Martin s’est appuyé sur la règle des mots associés pour lui attribuer un sens plus restreint :

[TRADUCTION] En l’espèce, les termes qui colorent le mot « cache » sont, premièrement, « enlève », qui renvoie clairement à l’enlèvement physique des biens, et deuxièmement, « s’en défait », qui, contrairement au type d’aliénation expressément visé au sous-al. a)(i) (« don, transport, cession, vente, transfert ou remise »)

made by “gift, conveyance, assignment, sale, transfer or delivery”, strongly suggests the kind of disposition which results from a positive act taken by a person to physically part with his property. In my view the association of “conceals” with the words “removes” or “disposes of” in s. 350(a)(ii) shows that the word “conceals” is there used by Parliament in a sense which contemplates a positive act of concealment. [p. 61]

Having identified the shared feature of the three linked words as a physical act of some sort, Martin J.A. then used this feature to narrow the range of possible meanings of “conceal”.

33

This Court applied the principle of associated meaning to similar effect in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031. It had been alleged that s. 13(1)(a) of Ontario’s *Environmental Protection Act*, which targeted a contaminant that “causes or is likely to cause impairment of the quality of the natural environment for any use that can be made of it”, was unconstitutionally vague. The majority of the Court, *per* Gonthier J., stated:

[A]s I observed in *Nova Scotia Pharmaceutical Society* . . . legislative provisions must not be considered in a vacuum. The content of a provision “is enriched by the rest of the section in which it is found . . .”. Thus, it is significant that the expression challenged by CP as being vague . . . appears in s. 13(1)(a) alongside various other environmental impacts which attract liability. It is apparent from these other enumerated impacts that the release of a contaminant which poses only a trivial or minimal threat to the environment is not prohibited by s. 13(1). Instead, the potential impact of a contaminant must have some significance in order for s. 13(1) to be breached. The contaminant must have the potential to cause *injury or damage* to property or to plant or animal life (s. 13(1)(b)), cause *harm or material discomfort* (s. 13(1)(c)), *adversely affect* health (s. 13(1)(d)), *impair* safety (s. 13(1)(e)), render property or plant or animal life *unfit for use* by man (s. 13(1)(f)), cause *loss* of enjoyment of normal use of property (s. 13(1)(g)), or *interfere* with the normal conduct of business (s. 13(1)(h)). The choice of terms in s. 13(1) leads me to conclude that polluting conduct is only prohibited if it has the potential to impair a use of the natural environment in a manner which is more than trivial. Therefore, a citizen may not be convicted under s. 13(1)(a) EPA for releasing a contaminant which could have only a

renvoie vraisemblablement à l’aliénation qui résulte de l’acte accompli par une personne pour se défaire concrètement d’un bien. À mon avis, au sous-al. 350(a)(ii), le mot « cache » est associé aux termes « enlève » ou « s’en défait » parce que le législateur a voulu que « cache » s’entende de « dissimule activement ». [p. 61]

Après avoir déterminé la caractéristique commune aux trois mots liés — l’accomplissement d’un acte —, le juge Martin a circonscrit la signification possible du verbe « cache ».

Dans l’arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, notre Cour a appliqué la règle des mots associés pour arriver à un résultat semblable. Dans cette affaire, on alléguait l’imprécision inconstitutionnelle de l’al. 13(1)(a) de la *Loi sur la protection de l’environnement* de l’Ontario, qui visait un contaminant « caus[ant] ou risqu[ant] de causer la dégradation de la qualité de l’environnement naturel relativement à tout usage qui peut en être fait ». Au nom des juges majoritaires de notre Cour, le juge Gonthier a affirmé :

[C]omme je l’ai dit dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society* [ . . . ] il ne faut pas étudier les dispositions législatives dans l’absolu. Le contenu d’une disposition « est enrichi par le reste de l’article dans lequel il est situé [ . . . ] ». Par conséquent, il est significatif que l’expression qualifiée d’imprécise par CP [ . . . ] figure à l’al. 13(1)(a) avec diverses autres atteintes à l’environnement entraînant la responsabilité de leurs auteurs. Il ressort de ces autres atteintes énumérées que le rejet d’un contaminant qui ne crée qu’une menace négligeable ou minime pour l’environnement n’est pas prohibé par le par. 13(1). Au contraire, la répercussion potentielle d’un contaminant doit avoir une certaine importance pour qu’il y ait violation du par. 13(1). Le contaminant doit être susceptible de causer *du tort ou des dommages* à des biens, des végétaux ou des animaux (al. 13(1)(b)), de causer de la *nuisance ou des malaises sensibles* (al. 13(1)(c)), de causer l’*altération* de la santé (al. 13(1)(d)), de causer une *atteinte* à la sécurité (al. 13(1)(e)), de rendre des biens, des végétaux ou des animaux *impropres à l’usage* des êtres humains (al. 13(1)(f)), de causer la *perte* de jouissance de l’usage normal d’un bien (al. 13(1)(g)) ou d’*entraver* la marche normale des affaires (al. 13(1)(h)). Le choix des termes figurant au par. 13(1) me porte à conclure que la conduite polluante n’est prohibée que lorsqu’elle est susceptible de détériorer l’usage

minimal impact on a “use” of the natural environment. [Emphasis in original; para. 64.]

Thus, the Court relied on a shared feature of the paragraphs of s. 13(1) of the Act to narrow the broad ambit of s. 13(1)(a).

The principle of associated meaning must be considered in the context of all relevant sources of legislative meaning: see Sullivan, at p. 175, citing *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72. As with all rules of interpretation, the principle functions as an aid to ascertaining the intention of the legislature. Where the legislature links two concepts, ambiguity in one of them may be resolved by having regard to the other. As a result, a broad provision may be read more narrowly. This “immediate context” of the disputed words is important, but is just one factor among many that should be considered in examining the different contexts of a disputed provision: *Marche*, at para. 66; Sullivan, at pp. 260-62.

In *Mitchell*, this Court applied the principle of associated meaning to clarify the meaning of “agreement” in s. 90(1)(b) of the *Indian Act*. La Forest J. echoed the language of Martin J.A. in the earlier case of *Goulis*, at p. 61, stating that “the terms ‘treaty’ and ‘agreement’ . . . take colour from one another” (p. 124). In my view, the Court did not err in applying this principle.

### 5.2.3 The Presumption Against Tautology

It is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain: Sullivan, at p. 158. Thus, “[e]very word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose” (p. 158). This principle is often invoked by courts to resolve ambiguity or to determine the scope of general words.

If “agreement” is interpreted broadly to cover all types of agreements between Indians and the

de l’environnement naturel d’une façon qui est plus que négligeable. Par conséquent, un citoyen peut ne pas être reconnu coupable d’infraction sous le régime de l’al. 13(1)a) LPE s’il a rejeté un contaminant qui ne pourrait avoir qu’un effet minime sur un « usage » de l’environnement naturel. [Souligné dans l’original; par. 64.]

Notre Cour a donc restreint la portée générale de l’al. 13(1)a) en se fondant sur une caractéristique commune aux alinéas du par. 13(1).

La règle des mots associés doit être considérée à la lumière de toutes les sources pertinentes d’interprétation législative : voir Sullivan, p. 175, citant l’arrêt *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72. À l’instar de toutes les règles d’interprétation, elle contribue à déterminer l’intention du législateur. Lorsque ce dernier lie deux notions, l’ambiguïté de l’une peut être résolue au regard de l’autre. Par conséquent, une disposition générale peut être interprétée de manière plus restrictive. Ce « contexte immédiat » du terme litigieux revêt de l’importance, mais ce n’est qu’un élément parmi de nombreux autres qu’il faut prendre en compte dans l’examen des différents contextes de la disposition en cause : arrêt *Marche*, par. 66; Sullivan, p. 260-262.

Dans l’arrêt *Mitchell*, notre Cour a appliqué la règle des mots associés pour clarifier la portée du terme « accord » employé à l’al. 90(1)b) de la *Loi sur les Indiens*. Le juge La Forest a fait siens les propos du juge Martin à la p. 61 de l’arrêt *Goulis*, à savoir que « les termes “traité” et “accord” [. . .] déteignent l’un sur l’autre » (p. 124). À mon avis, notre Cour n’a pas eu tort d’appliquer ce principe.

### 5.2.3 La présomption d’absence de tautologie

Le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s’exprimer en vain : Sullivan, p. 158. Partant, [TRADUCTION] « [c]haque mot d’une loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur » (p. 158). Les tribunaux recourent souvent à ce principe pour résoudre une ambiguïté ou déterminer la portée d’un terme général.

Si on interprète largement le terme « accord » de façon qu’il s’entende de tout accord entre les

34

35

36

37

government, the word “treaty” has no role to play. Treaties are special and particularly solemn agreements, but they are agreements nonetheless. This supports the view taken in *Mitchell* that “agreement” in s. 90(1)(b) should be read more narrowly as supplementing “treaty”.

#### 5.2.4 The Strict Construction of Exceptions and the Protection of Rights

38 The provincial credit regimes shape an important part of economic life in Canada. They are designed, almost by necessity, to apply universally. The provisions at issue in the case at bar serve to interfere with that scope. They act to carve out certain forms of Indian property from under the applicable credit regime, but leave others in. In short, they establish specific exceptions to the general rule that the provincial credit regime will apply to Indian property.

39 The wording of the provisions makes clear that Parliament did not seek to exempt Indian property in a broad sense. Instead, specific criteria were set out to describe the features of property that Parliament wanted to exclude from the credit regimes established by the provinces. Given the importance of access to the credit economy, and given Parliament’s choice to create only limited exceptions to its application, it is not for the courts to adopt a reading of the statute that distorts that choice. Courts should be hesitant to find exceptions where they are not explicit, particularly when their effect is to materially affect the rights of citizens under statute or common law. The exceptional effect of the provisions at issue here is limited by the precise wording Parliament used and the underlying purpose that the provision serves. It should not be read more broadly than necessary to give meaning to the words and to give effect to Parliament’s purpose.

40 The fact that the effect of the provisions is to suspend the rights of both creditors and debtors provides further support for a narrow interpretation of the exceptions. Provincial credit regimes create important and enforceable rights for the debtors

Indiens et le gouvernement, le mot « traité » ne joue aucun rôle. Un traité est un accord particulier et solennel, mais il s’agit néanmoins d’un accord. Cette conclusion est conforme à l’arrêt *Mitchell*, où notre Cour a statué que le mot « accord » employé à l’al. 90(1)(b) doit être interprété en liaison étroite avec « traité ».

#### 5.2.4 L’interprétation stricte des exceptions et la protection des droits

Les régimes provinciaux applicables au crédit façonnent en grande partie l’économie canadienne. Ils sont conçus, presque par nécessité, en vue d’une application universelle. Les dispositions invoquées en l’espèce visent à limiter cette portée. Elles ont pour effet de soustraire certains biens des Indiens, et seulement ceux-là, au régime applicable en matière de crédit. Elles prévoient donc des exceptions précises à la règle générale voulant que les biens des Indiens soient assujettis aux dispositions provinciales sur le crédit.

Il ressort du libellé des dispositions que le législateur n’a pas voulu exempter les biens des Indiens en général. En fait, il a établi des critères pour déterminer les caractéristiques des biens qu’il voulait soustraire à l’application des dispositions provinciales sur le crédit. Vu l’importance de l’accès au crédit dans notre économie et le choix du législateur de ne créer que quelques exceptions à l’application des dispositions en cause, les tribunaux doivent s’abstenir d’interpréter la loi d’une manière qui va à l’encontre de ce choix. Ils doivent se garder de conclure à l’existence d’une exception non explicite, surtout lorsque cela porterait sensiblement atteinte aux droits des citoyens découlant d’une loi ou de la common law. L’exception créée par les dispositions considérées en l’espèce est délimitée par les mots précis qu’emploie le législateur et l’objectif sous-jacent. L’interprétation doit être juste assez large pour que les mots aient un sens et que soit atteint l’objectif du législateur.

Le fait que les dispositions écartent les droits des créanciers et des débiteurs militent de plus en faveur de l’interprétation stricte des exceptions. Les régimes provinciaux confèrent aux créanciers et aux débiteurs qu’ils régissent des droits importants

and creditors who are governed by them. They enable debtors to leverage assets and creditors to take measured risks. They are the modern incarnation of the panoply of rules of credit developed at common law. It is against this backdrop that the exceptions created by the *Indian Act* provisions must be understood.

In the absence of express language, it is not the place of courts to read the *Indian Act* exceptions in such a way that would transform them into significant forms of interference with the applicable provincial regime and rights thereunder. Subject to the constraints established by the Constitution, it is for Parliament to make policy choices of that nature. Particularly in the case of a credit regime, courts have a responsibility to ensure a degree of certainty and predictability in the law and to approach the task of statutory interpretation with restraint.

#### 5.2.5 Limiting Access to Credit

A further reason that the word “agreement” in s. 90(1)(b) should be read narrowly is that the section limits the ability of aboriginal peoples to access credit. This conclusion was reached by the Royal Commission on Aboriginal Peoples (“RCAP”). In its report, RCAP noted the difficulties that aboriginal peoples have in gaining access to capital, and listed a number of barriers that contribute to this problem: see *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), vol. 2, *Restructuring the Relationship*, at pp. 906-31. Among the barriers listed, the *first* barrier identified was the restrictions imposed by the *Indian Act*. RCAP described these barriers as follows at pp. 906-7: “The *Indian Act* contains certain provisions that make it very difficult for lenders to secure loans using land and other assets located on-reserve as collateral. These provisions serve as a significant deterrent to financing business activity on-reserve.” RCAP considered a number of ways to overcome these barriers, including abolishing the restrictions in the *Indian Act*. Although this Court clearly cannot abolish the *Indian Act* restrictions, the concern about limited access to credit resulting from these restrictions is yet another reason that the word “agreement” in s. 90(1)(b) should be read narrowly.

et exécutoires. Ils permettent aux débiteurs de tirer parti d’actifs et aux créanciers de courir un risque calculé. Ils sont l’incarnation moderne de la foule de règles établies par la common law en matière de crédit. C’est dans ce contexte que doivent être considérées les exceptions prévues par les dispositions de la *Loi sur les Indiens*.

Faute d’un libellé exprès, les tribunaux ne peuvent interpréter ces exceptions d’une manière qui porterait sensiblement atteinte aux régimes provinciaux applicables en la matière et aux droits qui en découlent. C’est au Parlement qu’il incombe, sous réserve du respect de la Constitution, de faire de tels choix de politique générale. Dans le cas précis des règles sur le crédit, les tribunaux doivent faire en sorte que le droit applicable soit relativement certain et prévisible et faire preuve de retenue en matière d’interprétation législative.

#### 5.2.5 Limitation de l’accès au crédit

Une autre raison justifie l’interprétation stricte du mot « accord » : l’al. 90(1)(b) limite l’accès des peuples autochtones au crédit. C’est la conclusion à laquelle est arrivée la Commission royale sur les peuples autochtones (« CRPA »), qui signale dans son rapport la difficulté qu’ont les peuples autochtones à obtenir des capitaux et y énumère certains des obstacles auxquels ils se heurtent : voir *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 2, *Une relation à redéfinir*, p. 1019-1046. Parmi ces obstacles, les exceptions prévues par la *Loi sur les Indiens* figurent au *premier* rang. Voici la description qu’en fait la CRPA à la p. 1020 : « Elle [la *Loi sur les Indiens*] contient des dispositions qui empêchent presque les prêteurs de garantir un prêt au moyen du nantissement de terres et d’autres biens situés dans une réserve. Ces dispositions exercent donc un effet dissuasif sur le financement d’entreprises dans les réserves. » La CRPA a examiné divers moyens de surmonter ces obstacles, y compris l’abolition des exceptions prévues par la *Loi sur les Indiens*. Même si notre Cour ne peut manifestement pas abolir ces exceptions, la limitation de l’accès au crédit qui en découle constitue une autre raison d’interpréter strictement le mot « accord » employé à l’al. 90(1)(b).

41

42

## 5.2.6 Sections 90(2) and 90(3)

43

Further support for the view that s. 90(1)(b) should be interpreted narrowly comes from ss. 90(2) and 90(3) of the *Indian Act*. The subsections read:

(2) Every transaction purporting to pass title to any property that is by this section deemed to be situated on a reserve, or any interest in such property, is void unless the transaction is entered into with the consent of the Minister or is entered into between members of a band or between the band and a member thereof.

(3) Every person who enters into any transaction that is void by virtue of subsection (2) is guilty of an offence, and every person who, without the written consent of the Minister, destroys personal property that is by this section deemed to be situated on a reserve is guilty of an offence.

44

These subsections are difficult to reconcile with an expansive reading of “treaty or agreement”. If ministerial consent is required for *every transaction* that deals with property deemed to be situated on reserve by subs. (1), a broad interpretation of “treaty or agreement” could result in significant delays in the delivery of needed programs and services to band members.

45

My colleague, Binnie J., disagrees. He suggests that, in cases involving a CFA, the agreement itself will constitute ministerial consent for the transaction (para. 141). If the agreement directs funds to be used for a particular purpose, and those funds are indeed used for that purpose, I agree that the agreement itself may constitute ministerial consent for “the transaction”. If, however, an agreement does not specify how funds are to be spent, or it does so, but the funds are not put to the proper use, I do not agree that the agreement itself would constitute ministerial consent for “the transaction”. If this Court were to adopt a broad interpretation of “treaty or agreement”, the result would be litigation about whether the agreement itself constitutes ministerial consent, followed by delays in the delivery of needed programs and services in those cases where the agreement did not constitute ministerial

## 5.2.6 Les paragraphes 90(2) et (3)

Les paragraphes 90(2) et (3) de la *Loi sur les Indiens* me confortent également dans l’opinion que l’al. 90(1)(b) doit être interprété strictement. En voici le libellé :

(2) Toute opération visant à transférer la propriété d’un bien réputé, en vertu du présent article, situé sur une réserve, ou un droit sur un tel bien, est nulle à moins qu’elle n’ait lieu avec le consentement du ministre ou ne soit conclue entre des membres d’une bande ou entre une bande et l’un de ses membres.

(3) Quiconque conclut une opération déclarée nulle par le paragraphe (2) commet une infraction; commet aussi une infraction quiconque détruit, sans le consentement écrit du ministre, un bien meuble réputé, en vertu du présent article, situé sur une réserve.

Ces dispositions se concilient difficilement avec une interprétation large des mots « traité ou accord ». Si le consentement du ministre est requis pour *toute opération* visant un bien réputé situé sur une réserve au sens du paragraphe premier, une interprétation large des termes « traité ou accord » pourrait retarder sensiblement l’obtention des programmes et des services dont ont besoin les membres de la bande.

Mon collègue le juge Binnie n’est pas d’accord. Il laisse entendre que l’EGF emporte consentement du ministre à l’opération (par. 141). Lorsque l’entente précise l’affectation des fonds et que ceux-ci sont employés comme convenu, je reconnais qu’elle peut emporter consentement du ministre à « l’opération ». Par contre, lorsque l’entente ne précise pas comment les fonds doivent être dépensés, ou qu’elle le prévoit, mais qu’ils sont employés autrement, je ne crois pas qu’elle emporte consentement du ministre à « l’opération ». Si notre Cour interprétait largement les mots « traité ou accord », la question de savoir si l’EGF emporte consentement du ministre donnerait lieu à des litiges et la mise en œuvre des programmes et des services nécessaires serait retardée advenant une réponse négative. Voilà une autre raison pour laquelle notre Cour devrait se montrer réticente à

consent. This is yet another reason that this Court should be cautious about adopting a broad interpretation of “agreement” in s. 90(1)(b).

### 5.2.7 The History of Section 90(1)(b)

It is often helpful to consider the history of a provision in assigning meaning to a disputed term. The events and debates surrounding the adoption of the provision may provide insight into Parliament’s purpose.

The *Indian Act* seizure exemptions have a long history. The current provision, adopted in 1951 as s. 89 of the *Indian Act*, replaced s. 108 of the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, which in turn was preceded by similar provisions in the 1906, 1886 and 1880 Acts. Section 108 and its predecessors made no reference to property given under a “treaty” or “agreement”. Instead they protected from seizure “presents given to Indians or non-treaty Indians”, “annuities or interest on funds” and “moneys appropriated by Parliament, held for any band of Indians”, as well as related property purchased with those funds. The *1850 Act for the protection of the Indians in Upper Canada from imposition, and the property occupied or enjoyed by them from trespass and injury* also protected “annuities and presents” and associated property (S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., c. 74, s. VIII).

The scope of these protections was broad. Basically, any monies or gifts from the government to Indians appear to have been covered. By contrast, the words adopted in 1951 and retained to the present are more circumscribed; what is protected is a particular type of money or gifts — personal property which was purchased by the government and personal property “given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and His Majesty”. The change in the language used by Parliament is striking.

Why did Parliament in 1951 abandon the former approach of exempting certain kinds of property,

interpréter largement le mot « accord » employé à l’al. 90(1)(b).

### 5.2.7 L’historique de l’al. 90(1)(b)

Il est souvent utile d’examiner l’historique d’une disposition pour déterminer le sens d’un terme qui y est employé. Les événements et les débats entourant l’adoption de la disposition peuvent permettre de cerner l’intention du législateur.

Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à l’insaisissabilité ne datent pas d’hier. Adoptée en 1951, la disposition actuelle, l’art. 89 de la *Loi sur les Indiens*, a remplacé l’art. 108 de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, qui avait lui-même été précédé par une disposition semblable des lois de 1906, 1886 et 1880. L’article 108 et les dispositions antérieures ne faisaient pas mention de biens donnés en vertu d’un « traité » ou d’un « accord ». Ils prévoyaient plutôt l’insaisissabilité des « présents faits aux Indiens ou aux Indiens non soumis au régime d’un traité », des « annuités, ou intérêts sur les fonds » et des « deniers votés par le Parlement et détenus pour une bande d’Indiens », ainsi que des biens achetés avec ces fonds. L’*Acte pour protéger les sauvages dans le Haut Canada, contre la fraude, et les propriétés qu’ils occupent ou dont ils ont jouissance, contre tous empiètements et dommages* de 1850 prévoyait également l’insaisissabilité des « annuités et présents » et des biens y afférents (S. Prov. C. 1850, 13 & 14 Vict., ch. 74, art. VIII).

L’étendue de cette protection était vaste. En somme, tous les fonds ou les présents donnés par le gouvernement aux Indiens paraissent avoir été visés. En revanche, le libellé adopté en 1951 et conservé jusqu’à ce jour a une portée plus limitée; la protection vise un type précis de fonds ou de présents — les biens meubles achetés par le gouvernement et ceux « donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d’un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté ». La différence des termes employés par le législateur est frappante.

Pourquoi le législateur a-t-il laissé tomber en 1951 la politique consistant à exempter certains biens en

46

47

48

49

in favour of an approach that based the exemption on whether the property was given under a treaty or agreement? The record reveals no definitive answer. What it does reveal, however, is a change in philosophy after 1951.

50

The 19th century exemption provisions were born of a fear that Indians and their lands and property were subject to exploitation by others. The aim was thus to provide broad protection for their property. The Preamble of the 1850 legislation is revealing:

... it is expedient to make provision for the protection of the Indians in Upper Canada, who, in their intercourse with the other inhabitants thereof, are exposed to be imposed upon by the designing and unprincipled, as well as to provide more summary and effectual means for the protection of such Indians in the unmolested possession and enjoyment of the lands and other property in their use or occupation . . . .

This concern with the protection of Indians from those who might take advantage of them and divert funding provided by the Crown is consistent with broad protection against seizure. The section of the 1850 Act setting out the exemption notes that the provision of support was directed at “the common use and benefit” of Indians and “the encouragement of agriculture and other civilizing pursuits among them” (s. VIII).

51

The paternalism of the 19th century continued to animate many Indian policies and social and political attitudes well into the 20th century. By the 1930s and 1940s, however, other values had also become important. Increasingly, there was a realization that the paternalistic model that had been in place was no longer entirely appropriate. Self-determination and self-government had emerged as an aspiration, if not a reality, and bands were beginning to embark on projects to improve their economic situation.

52

The role of the federal government in supporting different forms of development was also changing. In 1938, s. 94B of the 1927 *Indian Act*, which enabled the federal government to introduce

fonction de leur nature pour la remplacer par une autre accordant une exemption fondée sur leur origine — l'exécution d'un traité ou d'un accord? Le dossier n'offre aucune réponse concluante, mais il révèle qu'un changement de philosophie s'est produit dès 1951.

Les dispositions du XIX<sup>e</sup> siècle établissaient des exceptions de crainte que les Indiens ne soient victimes d'exploitation par autrui. L'objectif était donc de faire bénéficier leurs terres et leurs autres biens d'une protection étendue. Le préambule de la loi de 1850 est révélateur :

... il est expédient de protéger les sauvages dans le Haut Canada, qui, dans leurs relations avec les autres habitants de cette partie de la province, sont exposés à être fraudés par des gens mal intentionnés et sans principes, et de pourvoir à des moyens plus sommaires et plus efficaces pour assurer aux sauvages la possession et la jouissance paisible des terres et autres propriétés qu'ils occupent . . . .

Ce souci de protéger les Indiens contre l'abus et la réaffectation de fonds publics est compatible avec une protection étendue contre la saisie. La disposition de la loi de 1850 établissant l'exception précise que l'aide financière est destinée à « l'usage et [au] bénéfice » des Indiens, ainsi qu'à « l'encouragement de l'agriculture et autres occupations civiles parmi [eux] » (art. VIII).

Pendant une bonne partie du XX<sup>e</sup> siècle, le paternalisme du siècle précédent a continué d'imprégner bon nombre de politiques et de comportements socio-politiques à l'égard des Autochtones. Toutefois, les années trente et quarante ont vu émerger d'autres valeurs importantes. Peu à peu, on s'est rendu compte que le modèle paternaliste ne convenait plus tout à fait. Le droit à l'auto-détermination et à l'autonomie gouvernementale était devenu une aspiration, voire une réalité, et les bandes s'étaient lancées dans des entreprises en vue d'améliorer leur situation financière.

Le rôle du gouvernement fédéral dans l'appui des différentes formes de développement se transformait lui aussi. Adopté en 1938, l'art. 94B de la *Loi des Indiens* de 1927 autorisait le gouvernement

a “revolving loan fund” for aboriginal communities, was enacted (S.C. 1938, c. 31, s. 2). The words of the Minister of Mines and Resources in Parliament reflect some change in old attitudes:

The second point involved is really a new departure in Indian administration. It is the creation of what is popularly called a revolving fund. . . . As it stands at present the Indians are, and of course will remain even under this legislation, the wards of the government. At present parliament appropriates certain moneys year by year for Indian welfare work. But these votes of money are expended the same as any other vote, and consequently are looked upon more in the way of grants or gifts . . . . One of the things that has impressed itself on my mind in the brief period I have had to do with Indian administration is the need to develop a spirit of self-reliance and independence in our Indian wards. My reading of the story of the relation between governments and Indians in Canada leads me to the conclusion that the expectation originally was, and indeed is still largely entertained, that the Indians will in course of time become absorbed into the ordinary citizenship of the country, and cease to be wards . . . . I must confess that I think in the past our attitude has often not been conducive to the achievement of that very desirable end. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. III, 3rd Sess., 18th Parl., May 30, 1938, at pp. 3349-50)

These changing attitudes were reflected in the work of the Special Joint Committee on the *Indian Act*, struck in 1946 in response to an increasing sense of a need to modernize Indian policy. The participation of Indians in the Second World War and a growing concern for human rights following that conflict had drawn the attention of the public and of Parliament to the conditions faced by Indians: see R. G. Moore, *The Historical Development of the Indian Act* (2nd ed. 1978), at p. 132. The Committee’s unprecedented consultative reach in the Indian community revealed the degree to which the needs of Indians varied from region to region and according to socio-economic conditions which were often unique to particular communities. The final report in 1948 made a series of recommendations “designed to make possible the gradual transition of Indians from wardship to citizenship and to help them to advance

fédéral à créer une « caisse de crédit renouvelable » au bénéfice des collectivités autochtones (S.C. 1938, ch. 31, art. 2). Les propos du ministre des Mines et des Ressources à la Chambre des communes témoignent d’une certaine évolution des mentalités :

Le deuxième point comporte en réalité une innovation dans l’administration des affaires indiennes. Il s’agit de créer une caisse renouvelable. [ . . . ] Il va sans dire que les Indiens demeureront, comme par le passé, les pupilles de l’État. Aujourd’hui, le Parlement affecte chaque année des fonds aux services de bienfaisance chez les Indiens. Mais ces fonds sont dépensés comme les autres et par conséquent on y voit des subventions ou des dons [ . . . ] Dans la courte période où j’ai dû m’occuper des affaires indiennes, je me suis rendu parfaitement compte de l’importance qu’il y a de développer chez nos pupilles indiens l’esprit d’initiative et d’indépendance. L’historique des relations entre l’État et les Indiens du pays m’a convaincu qu’à l’origine on prévoyait, et on y compte encore, l’intégration des Indiens dans notre vie politique; on espérait qu’ils cesseraient un jour d’être des pupilles [ . . . ] Je dois avouer que notre conduite passée me semble souvent n’avoir pas contribué à atteindre cette fin très désirable. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 3<sup>e</sup> sess., 18<sup>e</sup> lég., 30 mai 1938, p. 3423)

Ce changement de mentalité a imprégné les travaux du Comité spécial mixte sur la *Loi des Indiens* mis sur pied en 1946 pour donner suite au besoin ressenti plus vivement de moderniser la politique sur les Autochtones. La participation des Autochtones à la Seconde Guerre mondiale et l’intérêt accru pour les droits de la personne après ce conflit avaient rendu la population et les élus plus sensibles à la situation des Indiens : R. G. Moore, *Historique de la Loi sur les Indiens* (2<sup>e</sup> éd. 1978), p. 189. D’une portée sans précédent, la consultation a montré à quel point les besoins des Indiens variaient d’une région à l’autre et en fonction de facteurs socio-économiques souvent propres à certaines collectivités. Le rapport final déposé en 1948 contenait une série de recommandations ayant « pour objet de permettre aux Indiens de passer graduellement de la tutelle à la citoyenneté et de favoriser leur avancement » : Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre

themselves”: Special Joint Committee of the Senate and the House of Commons on the Indian Act, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 5, at p. 187, Fourth Report, June 22, 1948. The recommendations addressed electoral rights, increased funding to communities and the end of Indian-specific alcohol regulation, and revealed a new focus on accession to full citizenship and some form of greater self-government at the band level.

54 Yet tension between the old ways and the new remained. Two of the final report’s recommendations capture this tension. On the one hand, the Committee asked that “financial assistance be granted to Band Councils to enable them to undertake, under proper supervision, projects for the physical and economic betterment of the Band members” (p. 187). On the other hand, the Committee urged that the new Act include “provisions to protect from injustice and exploitation such Indians as are not sufficiently advanced to manage their own affairs” (p. 187).

55 The adoption of the revised *Indian Act* in 1951, and of the present s. 90(1)(b), was born of this tension. Indians were to be encouraged to manage their own affairs and enter into commercial arrangements for their own betterment and economic advantage. This was incompatible with exemption from seizure of virtually all property that could be traced to government gifts and funds. At the same time, it was felt that basic protection from exploitation by others in society was still required. This was consistent with maintaining protection for funds flowing from treaty obligations, as well as for property situated on reserves. Minister Walter Edward Harris recognized the tension in Indian policy more generally:

The problem is to maintain the balance of administration of the Indian Act in such a way as to give self-determination and self-government as the circumstances

des communes institué pour continuer et terminer l’étude de la Loi des Indiens, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 5, p. 23, Quatrième rapport, 22 juin 1948. Les recommandations portaient sur le droit de vote, l’augmentation de l’aide financière consentie aux collectivités et la suppression des dispositions particulières sur la consommation d’alcool par les Indiens. Elles témoignaient d’un intérêt nouveau pour l’accès à la pleine citoyenneté et une plus grande autonomie gouvernementale à l’échelon de la bande.

L’approche ancienne et la nouvelle ont toutefois continué de s’opposer. Deux des recommandations du rapport final illustrent bien la tension entre les deux. D’une part, le comité demande que « de l’aide financière soit accordée aux conseils des bandes afin de leur permettre d’entreprendre, sous la surveillance voulue, des projets visant à l’amélioration de la condition physique et économique des membres de la bande » (p. 23-24). D’autre part, il exhorte le législateur à prévoir dans la nouvelle loi des « dispositions protégeant contre l’injustice et l’exploitation les Indiens qui ne sont pas assez avancés pour administrer leurs propres affaires » (p. 23).

L’adoption de la nouvelle *Loi sur les Indiens* en 1951 et de l’actuel al. 90(1)(b) résulte de cette tension. D’une part, il fallait encourager les Indiens à gérer leurs propres affaires et à conclure des ententes commerciales en vue d’améliorer leur situation, notamment financière, ce qui était incompatible avec l’insaisissabilité de presque tous les biens pouvant être reliés à des présents ou à des fonds d’origine gouvernementale. D’autre part, on croyait toujours nécessaire une protection minimale contre l’exploitation par les autres membres de la société, ce qui était compatible avec la protection des fonds versés en exécution d’obligations découlant d’un traité, ainsi que des biens situés sur une réserve. De façon plus générale, le ministre Walter Edward Harris a reconnu cette contradiction de la politique sur les Indiens :

Il s’agit de répartir l’administration de la loi sur les Indiens de façon à accorder à tous les Indiens du pays la liberté d’action et l’autonomie administrative qui

may warrant to all Indians in Canada, but that in the meantime we should have the legislative authority to afford any necessary protection and assistance.

(*House of Commons Debates*, vol. II, 4th Sess., 21st Parl., March 16, 1951, at p. 1352)

The record does not reveal precisely why Parliament chose to define the exemption from seizure in what is now s. 90(1)(b) in terms of funds given under a “treaty” or “agreement”. It is therefore not possible to say that the history of the provision dictates a particular approach. However, what can be said is that the use of these terms is consistent with the recognition in 1951 that Indians should be encouraged to take steps toward greater self-governance and participation in economic enterprise.

Against this background, why did Parliament not content itself with personal property given under a “treaty”? Why did it add the word “agreement”?

As already discussed, La Forest J. in *Mitchell* identified an important reason: “It must be remembered that treaty promises are often couched in very general terms and that supplementary agreements are needed to flesh out the details of the commitments undertaken by the Crown” (p. 124). Thus, “agreement” includes supplementary or ancillary agreements that describe the treaty obligations in greater detail. These are still treaty obligations, in the sense that they merely make more precise the obligations imposed by the treaty. On this view, the word “agreement” was added to ensure that personal property given pursuant to a treaty would be protected. Creditors would not be able to argue that property conferred in fulfillment of the treaty was not protected because the obligation was not expressly spelled out in the original treaty.

An alternative explanation is that “agreement” was added to cover those agreements between the federal government and treaty and non-treaty Indians providing funds for “basic” or “essential” public services. My colleague, Binnie J., prefers a variant of this alternative explanation, which he calls the “public sector services approach”. Under

paraîtront opportunes, tout en nous assurant, dans l’intervalle, l’autorité législative dont nous avons besoin pour les protéger et les aider.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 4<sup>e</sup> sess., 21<sup>e</sup> lég., 16 mars 1951, p. 1380)

Le dossier ne précise pas pourquoi le législateur a choisi de rendre insaisissables — aujourd’hui à l’al. 90(1)(b) — les fonds donnés en vertu d’un « traité » ou d’un « accord ». On ne peut donc affirmer que l’historique de la disposition commande une interprétation plutôt qu’une autre. Cependant, on peut dire que ce libellé concorde avec la reconnaissance en 1951 de l’opportunité d’encourager les Indiens à exercer une plus grande autonomie gouvernementale et à prendre part à l’activité économique.

Dans ce contexte, pourquoi le législateur ne s’est-il pas contenté de faire mention des biens meubles donnés en vertu d’un « traité »? Pourquoi a-t-il ajouté le mot « accord »?

Je l’ai dit précédemment, dans l’arrêt *Mitchell*, le juge La Forest a relevé un motif important : « Il faut se rappeler que les promesses contenues dans les traités sont souvent formulées en des termes très généraux et que des accords supplémentaires sont nécessaires pour préciser les engagements pris par la Couronne » (p. 124). Le terme « accord » s’entend donc d’un accord supplémentaire ou accessoire qui énonce plus en détail les obligations découlant d’un traité. Il s’agit toujours d’obligations découlant d’un traité, l’accord ne faisant que les préciser davantage. Dans cette optique, l’adjonction du mot « accord » visait à assurer la protection des biens meubles donnés en vertu d’un traité de sorte qu’un créancier ne puisse prétendre qu’un bien transféré en exécution d’un traité n’est pas protégé parce que l’obligation ne figurait pas expressément dans le traité au départ.

L’autre explication possible est que le mot « accord » ait été ajouté pour englober les ententes entre le gouvernement fédéral et les Indiens, soumis ou non au régime d’un traité, conclues pour le financement de services publics « essentiels ». Mon collègue le juge Binnie privilégie cette thèse ou, plutôt, une variante appelée « approche fondée

56

57

58

59

this approach, s. 90(1)(b) is construed to protect monies provided by the federal government to Indian bands for education, housing, health and welfare and other similar government-type essential services on reserve (para. 129). Funding provided under CFAs would be wholly protected (para. 146).

60

Binnie J. suggests that this broader interpretation of “treaty or agreement” is justified for several reasons. First, it is justified, he suggests, because it avoids the differential treatment of treaty and non-treaty Indians, by protecting all “public sector services” funding, regardless of whether it is ancillary to a treaty. Given that non-treaty Indians had property protections under the older and much broader seizure provisions, this justification for a broader reading of “treaty or agreement” seems appealing at first blush. However, on further reflection, it seems much more likely that Parliament actually intended to single out property related to treaty entitlements for special treatment under s. 90(1)(b). Why? It seems to me that the answer may lie, at least in part, in the finality of the treaty-making process. Parliament may have intended to give special protection to property given under a treaty, because this property was considered to be unique, in the sense that, under most treaties, it represented the complete package of property that would be given to the band(s) in return for the surrender of Indian lands, and the extinguishment of possible claims. (This is not to say, that the package given to a band in exchange for the surrender of lands was fair or just.) As La Forest J. noted in *Mitchell*, at p. 124, the word “given” in s. 90(1)(b) “can be taken as a distinct and pointed reference to the process of cession of Indian lands”.

61

Although this was perhaps not in the contemplation of Parliament in 1951, in retrospect, there seems to be a good reason for the differential treatment of treaty Indians and non-treaty Indians. It is open to the Crown to include provisions intended to protect the particular band in any funding agreements that it makes with the band. As was put to us in argument, the CFAs themselves often have

sur les services publics » suivant laquelle l’al. 90(1)(b) protège les fonds versés aux bandes indiennes par le gouvernement fédéral pour les services d’éducation, de logement, de santé, d’aide sociale et autres apparentés dans la réserve (par. 129). Les fonds versés conformément à une EGF seraient entièrement protégés (par. 146).

Le juge Binnie laisse entendre que cette interprétation large des mots « traité ou accord » est justifiée pour plusieurs raisons. Premièrement, la protection du financement de tous les « services publics », que celui-ci soit accessoire ou non à un traité, permettrait d’éviter que les Indiens soumis au régime d’un traité soient traités différemment de ceux qui ne le sont pas. Comme les biens des Indiens non soumis au régime d’un traité étaient protégés par les anciennes dispositions — beaucoup plus générales — sur l’insaisissabilité, cette raison paraît valable au premier abord. Mais à la réflexion, il paraît beaucoup plus vraisemblable que le législateur ait voulu, à l’al. 90(1)(b), accorder un traitement particulier aux biens liés aux droits issus de traités. Pourquoi? La réponse pourrait résider, en partie du moins, dans la finalité du processus de conclusion d’un traité. Peut-être le législateur a-t-il voulu accorder une protection spéciale aux biens donnés en vertu d’un traité en raison du caractère unique de l’opération. En effet, dans la plupart des traités, ces biens représentent la totalité de la contrepartie versée pour la cession des terres et la renonciation à d’éventuelles revendications. (Ce qui ne veut pas dire que la contrepartie versée pour la cession des terres était juste ou équitable.) Dans l’arrêt *Mitchell*, le juge La Forest a signalé à la p. 124 que l’emploi du mot « donnés » à l’al. 90(1)(b) « peut être considéré comme une mention distincte et significative du processus de cession des terres indiennes ».

Même si, rétrospectivement, ce n’est peut-être pas ce que le législateur a envisagé en 1951, la différence de traitement entre les Indiens soumis au régime d’un traité et ceux qui ne le sont pas semble justifiée. Sa Majesté peut inclure dans toute entente de financement conclue avec une bande des dispositions visant à protéger cette dernière. Comme on l’a fait valoir devant nous, les EGF comportent

numerous provisions to ensure that the monies are used to provide the benefits and the services that they are intended to cover. If the band is not using the money in that way, there is often a provision for a third-party manager to step in to remedy the problem. Different bands have different needs and desires. It may be best to let the federal government and the particular band determine what protective provisions will govern the funds in question, rather than imposing a “one size fits all” solution to protection from garnishment that may not suit the needs and desires of the band in question.

Second, Binnie J. suggests that his broader reading of “treaty or agreement” is justified because, unlike the *Mitchell* interpretation of “treaty or agreement”, it would not adversely affect bands, like the God’s Lake Band, that do not have on-reserve banking facilities. There are two problems with this justification. The first problem is that it fails to consider that, even if there is no deposit-taking financial institution on the God’s Lake Reserve, it was open to the God’s Lake Band to deposit its funding in financial institutions on other reserves. The funds would then have been protected, by virtue of s. 89 of the *Indian Act*. As Gonthier J. noted in *Williams*, at p. 887, “under the *Indian Act*, an Indian has a choice with regard to his personal property. . . . Whether the Indian wishes to remain within the protected reserve system or integrate more fully into the larger commercial world is a choice left to the Indian.” The second problem is that this justification runs counter to the reasoning of this Court in *Union of New Brunswick Indians*, at paras. 37-42, in which, writing for the majority, I rejected the argument that the tax exemption in s. 87 of the *Indian Act* should be given an expansive scope, so as to protect property that Indians are obliged to purchase off the reserve for their needs on the reserve.

Third, Binnie J. suggests that his broader reading of “treaty or agreement” is justified because, unlike the *Mitchell* interpretation of “treaty or agreement”, it would not result in the differential treatment of treaty Indians, *inter se*, resulting from

souvent elles-mêmes de nombreuses dispositions visant à faire en sorte que les fonds versés servent à la prestation des avantages et des services en cause. Une disposition prévoit souvent l’intervention d’un tiers gestionnaire lorsque la bande affecte les fonds à autre chose. Les besoins et les vœux varient d’une bande à l’autre. Peut-être vaut-il mieux laisser le gouvernement fédéral et la bande convenir des dispositions qui protégeront les fonds au lieu d’imposer une insaisissabilité « universelle » qui peut ne pas répondre aux besoins et aux vœux de toutes les bandes.

Deuxièmement, le juge Binnie laisse entendre que l’interprétation large des termes « traité ou accord » est justifiée en ce que, contrairement à l’interprétation retenue par notre Cour dans l’arrêt *Mitchell*, elle n’aurait pas d’effet préjudiciable sur les bandes qui, comme celle de God’s Lake, n’ont pas accès à des services bancaires sur la réserve. Cette raison pose deux problèmes. D’abord, malgré l’absence d’une institution financière de dépôt sur la réserve, la bande de God’s Lake pouvait déposer ses fonds dans une institution financière établie sur une autre réserve, auquel cas ils auraient été protégés par l’art. 89 de la *Loi sur les Indiens*. Comme l’a signalé le juge Gonthier dans l’arrêt *Williams*, à la p. 887, « en vertu de la *Loi sur les Indiens*, un Indien jouit d’un choix en ce qui concerne ses biens personnels. [. . .] Il appartient à l’Indien de décider s’il désire bénéficier du système de protection que constitue la réserve ou s’il veut s’intégrer davantage dans l’ensemble du monde des affaires. » En second lieu, cette justification va à l’encontre du raisonnement de notre Cour dans l’arrêt *Union of New Brunswick Indians*, par. 37-42, où, au nom des juges majoritaires, j’ai rejeté l’argument selon lequel la portée de l’exemption fiscale prévue à l’art. 87 de la *Loi sur les Indiens* devait être étendue pour protéger les biens que les Indiens doivent acheter à l’extérieur des réserves en vue de leur utilisation dans celles-ci.

Troisièmement, le juge Binnie fait valoir que contrairement à l’interprétation des termes « traité ou accord » dans l’arrêt *Mitchell*, l’interprétation large qu’il préconise ne se traduirait pas par une différence de traitement d’une bande d’Indiens

62

63

the “vagaries of the treaty-making process” (para. 124) and “serendipitous differences in the wording of the treaties” (para. 92). If, as I conclude, it seems likely that Parliament actually intended to protect only treaty entitlements, it is reasonable to assume that Parliament contemplated and accepted the differential treatment of treaty Indians, as it would logically flow that treaty Indians would receive different levels of protection, depending on the property “given” under the particular treaty. If Parliament now feels that treaty Indians (or, for that matter, treaty Indians and non-treaty Indians) should be treated equally under s. 90(1)(b), it is open to it to amend the *Indian Act* to so provide.

64 In my view, the key difficulty with the approach advocated by Binnie J. is that it would require the courts to engage in political decision-making. Absent statutory language or relevant constitutional imperatives, it is not the place of the judicial system to determine which elements of public spending relate to “essential services” and which do not. The purpose of the exemption provisions is neither to confer a “general economic benefit” on aboriginal communities or to nurture a particular model of public expenditure.

65 In addition, my colleague’s approach would require courts to draw a line between “public sector services” agreements (which are included under s. 90) and those with “a more commercial orientation” (which are not included under s. 90) (paras. 129-30). This would involve difficult issues of interpretation, and is likely to lead to expensive and time-consuming litigation. Binnie J. attempts to circumvent this problem, by finding that all funds provided under a CFA are protected under s. 90(1)(b). The difficulty with this solution is that it would result in a sweeping extension of the protections that have up to now been conferred on the property of Indians. In a constitutional democracy, the task of extending the law in this manner falls properly to the legislature, as the elected branch of government, not the courts.

soumis au régime d’un traité à une autre en raison des « aléas de la conclusion des traités » (par. 124) et « de la variation providentielle du libellé des traités » (par. 92). Si, comme je le crois, le législateur n’a voulu protéger que les droits issus d’un traité, il est raisonnable de présumer qu’il a envisagé et accepté que les Indiens soumis au régime d’un traité fassent l’objet d’une différence de traitement. Il est en effet logique que ces Indiens bénéficient d’une protection variant en fonction des biens « donnés » en vertu du traité. Si le législateur est maintenant d’avis que les Indiens soumis au régime d’un traité (ou, du reste, les Indiens soumis au régime d’un traité et les Indiens non soumis au régime d’un traité) doivent être traités également en application de l’al. 90(1)(b), il lui est loisible de modifier la *Loi sur les Indiens* en conséquence.

À mon avis, le principal problème de l’interprétation préconisée par le juge Binnie est qu’elle oblige les tribunaux à s’immiscer dans le domaine politique. À défaut d’une disposition législative ou d’un impératif constitutionnel en ce sens, il n’appartient pas au pouvoir judiciaire de déterminer quels éléments des dépenses publiques se rattachent aux « services essentiels » et lesquels ne s’y rattachent pas. L’objectif des dispositions d’insaisissabilité n’est ni de conférer un « avantage économique général » aux collectivités autochtones ni de favoriser un modèle de dépenses publiques en particulier.

Qui plus est, l’interprétation que privilégie mon collègue oblige les tribunaux à distinguer entre l’accord relatif à des « services publics » (visé à l’art. 90) et l’accord « à vocation plus commerciale » (non visé à l’art. 90) (par. 129-130), ce qui donnerait lieu à de sérieuses difficultés d’interprétation et, par conséquent, à de longs et coûteux litiges. Le juge Binnie tente de contourner le problème en concluant que tous les fonds versés en application d’une EGF sont protégés à l’al. 90(1)(b). L’inconvénient de cette solution est qu’elle élargit considérablement la protection accordée jusqu’à ce jour aux biens des Indiens. Dans une démocratie constitutionnelle, il appartient à l’assemblée législative — le corps élu du gouvernement —, et non aux tribunaux, de procéder à un tel élargissement de la protection légale.

To sum up, the record does not disclose precisely why Parliament chose to replace the pre-1951 categories of protected property with protection based on whether the property had been given pursuant to a “treaty” or “agreement” with the Crown. Nor does it disclose precisely why the word “treaty” was supplemented with “agreement”. However, Parliament’s documented desire to move away from a purely paternalistic approach and encourage Indian entrepreneurship and self-government is consistent with an intention to confine protection from seizure to benefits flowing from treaties. Exempting property broadly would be inconsistent with self-sufficiency because it would deprive Indian communities of a cornerstone of economic development: credit. Eliminating all protection would neglect the persistent concerns about exploitation. These documented and potentially conflicting policy considerations suggest that Parliament wanted to provide limited protection for treaty entitlements while not interfering with the ability of Indians to achieve great economic independence. This supports the restricted meaning of “agreement” in s. 90(1)(b) adopted by this Court in *Mitchell*.

Indian bands may be the recipients of property under treaty obligations. They may also receive property in their capacity as partners in policy implementation, as representatives of local interests, or as administrators of public spending destined to improve conditions in Indian communities. All of this funding may be important, but the *Indian Act* singles out treaty funding as representing a different kind of property that benefits from special protections. The legislative protection acts to preserve the basic treaty patrimony of the band for present and future generations. Given that our Constitution also grants a special place to treaty obligations, Parliament’s decision to distinguish between treaty and non-treaty property in the statutory scheme is not one that the Court can or should disturb.

En résumé, la raison précise pour laquelle le législateur a remplacé la protection d’avant 1951, fondée sur la nature des biens, par une autre fondée sur leur origine, soit leur obtention en vertu d’un « traité » ou d’un « accord » intervenu avec Sa Majesté, ne ressort pas du dossier. Ce dernier ne révèle pas non plus la raison précise pour laquelle le mot « accord » a été accolé au mot « traité ». Cependant, selon la preuve documentaire, le vœu du législateur était de rompre avec l’approche purement paternaliste et d’encourager l’esprit d’entreprise et l’autonomie gouvernementale des Indiens, ce qui est compatible avec l’intention de ne rendre insaisissables que les avantages issus de traités. Une exemption générale irait à l’encontre de l’indépendance financière, car elle priverait les collectivités autochtones d’un élément fondamental du développement économique, l’accès au crédit. Supprimer toute protection ferait fi des craintes toujours présentes que les Autochtones soient victimes d’exploitation. Ces considérations de politique générale documentées et susceptibles d’être contradictoires permettent de conclure que le législateur a voulu accorder une certaine protection aux droits issus de traités sans toutefois empêcher les Indiens d’acquérir une grande indépendance financière. L’interprétation restrictive du mot « accord » à l’al. 90(1)(b), retenue par notre Cour dans l’arrêt *Mitchell*, demeure donc valable.

Les bandes indiennes peuvent recevoir des biens en exécution d’obligations découlant de traités. Elles peuvent également en obtenir à titre de partenaires dans la mise en œuvre de politiques, de représentants d’intérêts locaux ou d’administrateurs de programmes de dépenses publiques visant à améliorer la situation des collectivités autochtones. Toutes ces formes de financement peuvent être importantes, mais la *Loi sur les Indiens* accorde une protection spéciale au financement issu d’un traité. La protection légale a pour effet de préserver le patrimoine fondamental issu d’un traité pour la génération actuelle et les générations qui suivront. Comme notre Constitution reconnaît une importance particulière aux obligations découlant d’un traité, la décision du législateur d’établir une distinction entre les biens issus d’un traité et les autres n’en est pas une à laquelle la Cour peut ou doit toucher.

68

The position of Indians in Canada has greatly changed. Many bands have achieved a substantial degree of economic independence. Aboriginal owned and operated commercial enterprises are common across the country. Other bands, however, remain substantially dependent on federal revenues. Often, bands rely on a mix of government and self-generated revenues. Some of the government revenues provided to aboriginal peoples represent basic treaty entitlements and their modern counterparts or equivalents. Despite this different environment, Parliament has chosen not to repeal or reform the *Indian Act* provisions at issue, and so the case before us requires that we give them meaning 55 years after their introduction. By not reforming the *Indian Act* despite these new funding arrangements and evolving socio-economic and political conditions, Parliament has signalled its intent to maintain the distinction between those funds that give effect to treaty obligations and those that serve other ends. The task of the courts is to give effect to that intention.

#### 5.2.8 Conclusion on the Meaning of “Agreement”

69

Textual, historical and policy considerations all support the conclusion of this Court in *Mitchell* that the word “agreement” in s. 90(1)(b) of the *Indian Act* should not be construed broadly as extending to any agreement between the government and Indians that confers benefits, or any agreement between the government and Indians that confers “public sector services” benefits. Rather, it should be understood in the sense of an arrangement that fleshes out treaty obligations of the Crown.

70

I note, for the sake of clarity, that modern land claims agreements (e.g., the *Nisga'a Final Agreement* (1999)) are protected under the *Mitchell* interpretation of “treaty or agreement”. This conclusion flows logically from s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that “‘treaty rights’ includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so

La situation des Indiens au Canada a beaucoup évolué. Nombre de bandes ont acquis une grande autonomie financière. La propriété et l'exploitation d'entreprises commerciales par des Autochtones sont chose courante au pays. D'autres bandes vivent cependant encore en grande partie de revenus fédéraux. Souvent, les bandes comptent à la fois sur les fonds fédéraux et des revenus indépendants. Une partie des fonds fédéraux versés aux Autochtones représentent des droits fondamentaux issus d'un traité et leurs équivalents modernes. Malgré ce contexte différent, le législateur a choisi de ne pas abroger ou modifier les dispositions en cause de la *Loi sur les Indiens*, de sorte qu'il nous faut en l'espèce les interpréter 55 ans après leur adoption. En omettant de réviser la *Loi sur les Indiens* malgré ces nouvelles ententes de financement et l'évolution de la situation socio-économique et politique, le législateur a manifesté son intention de conserver la distinction entre les fonds versés en exécution d'une obligation découlant d'un traité et ceux versés à d'autres fins. Il incombe aux tribunaux de respecter cette intention.

#### 5.2.8 Conclusion sur le sens du mot « accord »

Le texte de la disposition, son historique et les considérations de politique générale étaient la conclusion de la Cour dans l'arrêt *Mitchell* selon laquelle, à l'al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*, le mot « accord » ne doit pas être interprété largement de façon à englober toute entente entre le gouvernement et les Indiens qui confère des avantages ou toute entente entre le gouvernement et les Indiens qui confère des avantages liés à des « services publics ». Il faut plutôt y voir une entente qui précise les obligations contractées par Sa Majesté dans un traité.

Par souci de clarté, je signale que les accords plus récents relatifs à des revendications territoriales (tel l'*Accord définitif Nisga'a* (1999)) sont protégés suivant l'interprétation retenue dans l'arrêt *Mitchell*. Cette conclusion découle logiquement du par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui dispose que sont compris parmi les « droits issus de traités [. . .] les droits existants issus d'accords sur

acquired”. This serves to mitigate, in some small measure, the exclusion of non-treaty Indians from s. 90 protection. Non-treaty Indians that are not currently protected under s. 90 may acquire protection in the future, if their band negotiates a land claims agreement with the federal government.

### 5.3 *Is the CFA at Issue Protected by Section 90(1)(b) of the Indian Act?*

Is the CFA at issue here an “agreement” that expressly, or by necessary implication, gives effect to the Crown’s treaty obligations? This question is complicated for two reasons.

First, the fund created by the CFA is blended and is thus difficult to characterize for the purposes of applying s. 90(1)(b). It is a pool of money provided for several different purposes, reflecting the reach of the modern welfare state. It includes funds provided by the federal government in order to enhance the self-sufficiency and living standards of the band in a wide range of areas. If parts of the fund relate to treaty obligations, these have not been segregated by either the Crown or the band.

The solution of the law where blended funds are concerned is usually to require the party claiming protection to segregate or trace the protected portion of the fund from unprotected portions. The same rationale applies to parties claiming protection under the *Indian Act*, but this brings us to the second complication in this case. The record in the case at bar does not permit us to delineate the extent of the Crown’s treaty obligations to determine whether, and to what extent, some of the funds may flow directly from those obligations. At the Court of Queen’s Bench, Sinclair J. made reference to the Crown’s treaty obligation in respect of education, but he failed to engage in an analysis of the relationship, if any, between the treaty obligation and the pool of funds in question. Given his reasoning that s. 90(1)(b) provided broad protection, this determination was unnecessary. Under the proper interpretation of the provision set out

des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis ». Cela atténue un peu le fait que les Indiens non soumis au régime d’un traité ne bénéficient pas de la présomption établie à l’art. 90. Ces Indiens pourraient un jour en bénéficier si leur bande concluait avec le gouvernement fédéral un accord sur des revendications territoriales.

### 5.3 *L’EGF en cause est-elle visée à l’al. 90(1)(b) de la Loi sur les Indiens?*

L’EGF en cause dans le présent pourvoi est-elle un « accord » qui donne effet, expressément ou par déduction nécessaire, aux obligations de Sa Majesté découlant d’un traité? Difficile de répondre, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, les fonds issus de l’EGF ne sont pas ventilés, ce qui rend difficile la qualification de l’entente pour les besoins de l’al. 90(1)(b). Il s’agit d’un montant global destiné à différents usages correspondant au vaste champ d’action de l’État providence moderne. Il englobe des sommes versées par le gouvernement fédéral pour accroître l’autonomie de la bande et améliorer son niveau de vie dans de nombreux domaines. Si les fonds sont liés en partie à des obligations découlant d’un traité, ni Sa Majesté ni la bande ne l’ont précisé.

En droit, lorsque des fonds sont confondus, celui qui invoque la protection doit habituellement établir quelle partie est protégée et quelle partie ne l’est pas. Il en va de même pour celui qui prétend bénéficier de la protection de la *Loi sur les Indiens*, ce qui nous amène à la deuxième raison pour laquelle il est difficile de répondre à la question que pose le pourvoi. Le dossier ne permet pas de délimiter l’étendue des obligations de Sa Majesté découlant d’un traité de manière que nous puissions déterminer quels fonds se rattachent directement à ces obligations. Le juge Sinclair, de la Cour du Banc de la Reine, fait mention d’une obligation de Sa Majesté découlant d’un traité en matière d’éducation, mais il n’analyse pas le lien éventuel entre cette obligation et les fonds en cause. Selon lui, vu le caractère général de la protection conférée par l’al. 90(1)(b), cela n’était pas nécessaire. Or, suivant l’interprétation préconisée précédemment, une telle analyse

71

72

73

above, however, it would be determinative of the issues before us.

74

It is clear that any portion of the CFA funds that flows directly from treaty obligations is entitled to protection under s. 90(1)(b). The manner in which the Crown has decided to discharge its obligations under treaties does not alter the degree to which Parliament has decided to protect funds spent for that purpose. To put it another way, there is no magic in the label CFA. The *Indian Act* confers protection on property flowing from treaty obligations, and the onus is on the party claiming the protection to establish that the property it claims to be protected falls within that category. On the findings of the courts below, that burden was not discharged.

75

Funds given pursuant to treaty obligations will be protected under s. 90(1)(b). The nature and extent of those obligations should be determined according to the interpretive principles that this Court has set out in the past, and with due regard to the particular historical context of the relationship between the Crown and the band in each case. The fact that the Crown provides funding for general public services, however, does not alter the fundamental treaty relationship that is the focus of these provisions. The underlying purpose of this statutory protection, as noted by La Forest J. in *Mitchell*, is not to improve socio-economic conditions but instead to protect the treaty property of Indians *qua* Indians. In all cases, the burden will be on the band to demonstrate that disputed funding is protected by virtue of its relationship to treaty obligations.

## 6. Conclusion

76

The record before us does not permit us to make a determination about the precise relationship between the funds in question and the treaty obligations of the Crown. As it is the burden of the band to demonstrate this connection, we cannot find that s. 90(1)(b) operates in this case to protect the funds. Accordingly, the appeal is dismissed with costs.

serait décisive pour le règlement des questions en litige.

Toute partie des fonds prévus par l'EGF qui est directement liée à des obligations découlant d'un traité est clairement protégée par l'al. 90(1)(b). La manière dont Sa Majesté a décidé de s'acquitter des obligations qu'elle a contractées dans des traités ne modifie pas le degré de protection que le législateur a choisi d'accorder aux fonds affectés à leur exécution. Autrement dit, l'appellation EGF n'est pas déterminante. La *Loi sur les Indiens* protège les biens donnés en vertu d'un traité, et il incombe à la partie qui invoque la protection d'établir que les biens en cause en bénéficient. Il ressort des conclusions des juridictions inférieures que l'appelante ne s'est pas acquittée de cette charge.

Les fonds donnés en exécution d'obligations issues de traités sont protégés par l'al. 90(1)(b). Il convient de déterminer la nature et l'étendue de ces obligations à l'aide des principes d'interprétation déjà établis par notre Cour et en tenant dûment compte du contexte historique particulier du lien entre Sa Majesté et la bande en cause. Que Sa Majesté assure le financement de services publics généraux ne change rien au lien fondamental établi par traité et visé par la disposition. Comme l'a dit le juge La Forest dans l'arrêt *Mitchell*, l'objectif de cette protection légale n'est pas d'améliorer la situation socio-économique des Indiens, mais plutôt de protéger les biens qu'ils obtiennent en vertu d'un traité en tant qu'Indiens. Dans tous les cas, il incombe à la bande de démontrer que les fonds en cause sont protégés du fait qu'ils sont liés aux obligations issues d'un traité.

## 6. Conclusion

Le dossier dont nous sommes saisis ne permet pas de discerner un lien précis entre les fonds en cause et les obligations contractées par Sa Majesté dans un traité. Puisqu'il incombe à la bande d'établir ce lien, nous ne pouvons conclure que l'al. 90(1)(b) protège les fonds considérés en l'espèce. Par conséquent, le pourvoi est rejeté avec dépens.

The reasons of Binnie, Fish and Abella JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — I have read the reasons of the Chief Justice and I agree with much of her analysis. I disagree, however, with the narrowness of her interpretation of the words “treaty or agreement between a band and Her Majesty” in s. 90(1)(b) of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. In my view, the Comprehensive Funding Arrangement (“CFA”) between the God’s Lake Band and Her Majesty is such an “agreement”, and it follows that funds flowing to the band from Her Majesty under the CFA should be exempt from garnishment.

The *Indian Act* is a law of general application to Indians and lands reserved for Indians across Canada. I believe Parliament intended s. 90(1)(b) to operate equitably to all Indian bands, and should not be given an interpretation that favours treaty bands over non-treaty bands, and those with certain types of provision in their treaties over others. The *Indian Act* should be taken to reflect rational public policy, equitably administered, rather than a vehicle to perpetuate the anomalies of an on-again off-again treaty making process with a dodgy record that stretches back more than 250 years. If Parliament had intended such an inequitable result it could have said so in clear language. It did not do so, and I do not believe the Court should impose such a discriminatory result by a process of restrictive interpretation.

There is another important purpose served by s. 90(1)(b). It protects the interest of taxpayers in ensuring that funds appropriated by Parliament and transferred under an agreement with an Indian band are used for the designated purposes, and not, as here, diverted to other purposes chosen by the band council.

Having regard to both aspects, I would allow the appeal.

Version française des motifs des juges Binnie, Fish et Abella rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — J’ai lu les motifs de la Juge en chef et je souscris en grande partie à son analyse. Je ne suis toutefois pas d’accord avec son interprétation restrictive de l’expression « traité ou accord entre une bande et Sa Majesté » figurant à l’al. 90(1)b) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. À mon avis, l’entente globale de financement (« EGF ») intervenue entre la bande de God’s Lake et Sa Majesté constitue un tel « accord », de sorte que les fonds versés à la bande par Sa Majesté conformément à l’EGF devraient échapper à la saisie-arrêt.

La *Loi sur les Indiens* est une loi qui s’applique généralement aux Indiens et aux terres qui leur sont réservées à la grandeur du Canada. Selon moi, le législateur a voulu que l’al. 90(1)b) s’applique équitablement à toutes les bandes indiennes, et non qu’il soit interprété de façon à favoriser les bandes soumises au régime d’un traité par rapport à celles qui ne le sont pas ou encore, les bandes soumises à un traité qui comporte certaines dispositions par rapport à celles qui sont assujetties à un traité n’en renfermant pas. Il faut voir dans la *Loi sur les Indiens* l’expression d’une politique générale rationnelle, appliquée équitablement, et non un moyen de perpétuer les disparités créées depuis plus de 250 ans par un processus de conclusion de traités intermittent au bilan peu reluisant. Si le législateur avait voulu un tel résultat inéquitable, il aurait pu le dire clairement. Il ne l’a pas fait et je ne crois pas que la Cour doive imposer une telle discrimination en adoptant une interprétation restrictive.

L’alinéa 90(1)b) permet la réalisation d’un autre objectif important. Il protège l’intérêt des contribuables en faisant en sorte que les fonds votés par le Parlement puis transférés conformément à une entente conclue avec une bande indienne soient employés comme convenu et non au gré du conseil de bande, comme en l’espèce.

Pour ces deux motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

77

78

79

80

## I. Overview

81 I agree with the Chief Justice that the word “agreement” in s. 90(1)(b) draws its meaning from context, but its proper context is broader than its juxtaposition (disjunctively) with the word “treaty”, although that juxtaposition itself suggests “agreement” means something *different* from a treaty, and thus favours a broader not a more restrictive meaning of “agreement”.

82 My colleague’s argument that native reserves would benefit by greater access to credit in the market economy is an attractive concept for those bands in a position to take advantage of it, but Parliament must be taken to be aware of the realities of life on most reserves. There is the attractive concept, but then there is the reality. The God’s Lake Reserve lies 1,037 kilometers northeast of Winnipeg. No conventional roads or railways link God’s Lake to the rest of the province. The reserve is accessible only by air or by winter ice road after freeze-up. Sinclair J. found that local employment is limited to band government or its subsidiaries and small entrepreneurs, e.g., grocery stores ((2004), 186 Man. R. (2d) 31, 2004 MBQB 156, at para. 79). The band is entirely funded by the federal government through the annual CFA (para. 5). For the appellant, the prospect of significant participation in the off-reserve economy is likely as remote as their geographic location.

83 Of much greater immediacy is the need to protect the integrity of funds appropriated by Parliament for CFA disbursement. Parliament should be taken to intend to avoid making Canadian taxpayers pay twice over for delivery of the CFA services. The Attorney General of Canada acknowledges in his factum “the valid concern that garnishment of the funds in [the band’s] accounts could lead to hardship or a loss of its capacity to deliver essential services”. The small community of God’s Lake, consisting of fewer than 1,300 people, accounts for 10 percent of all tuberculosis cases in Manitoba (*House of Commons Debates*, vol. 135, No. 176,

## I. Vue d’ensemble

Je conviens avec le Juge en chef que le mot « accord » employé à l’al. 90(1)b tire son sens du contexte, mais j’estime que ce contexte ne se résume pas à sa juxtaposition (disjonctive) au mot « traité », quoique cette même juxtaposition donne à penser qu’« accord » signifie *autre* chose que « traité » et milite en faveur d’une interprétation large plutôt que restrictive.

L’argument de ma collègue selon lequel les réserves indiennes retireraient un avantage d’un plus grand accès au crédit dans une économie de marché est une idée séduisante pour les bandes qui sont en mesure de s’en prévaloir, mais le législateur n’a pu ignorer la situation réelle dans la plupart des réserves. Il y a cette théorie séduisante d’une part, et la réalité de l’autre. La réserve de God’s Lake est située à 1 037 kilomètres au nord-est de Winnipeg. Aucune route véritable ou voie ferrée ne la relie au reste de la province. Elle n’est accessible que par avion ou, l’hiver, par un pont de glace. Selon le juge Sinclair, les seuls emplois locaux sont ceux qu’offrent le gouvernement de la bande ou les organismes qui en dépendent et les petits entrepreneurs, tels les épiciers ((2004), 186 Man. R. (2d) 31, 2004 MBQB 156, par. 79). Le financement de la bande est entièrement assuré par l’EGF conclue chaque année avec le gouvernement fédéral (par. 5). Pour l’appelante, l’économie hors-réserve, dans l’optique d’une éventuelle participation notable, est aussi peu accessible que ne l’est la réserve sur le plan géographique.

Il est beaucoup plus urgent de préserver l’intégrité des fonds votés par le Parlement puis versés en vertu d’une EGF. Le législateur n’a pu vouloir que les contribuables paient deux fois la prestation des services visés par une EGF. Le procureur général du Canada reconnaît dans son mémoire [TRADUCTION] « la crainte légitime que la saisie-arrêt des fonds versés sur [les] comptes [de la bande] puisse causer des difficultés à la bande ou nuire à sa capacité de fournir les services essentiels ». La petite collectivité de God’s Lake, qui compte moins de 1 300 personnes, regroupe pourtant 10 p. 100 de tous les cas de tuberculose diagnostiqués au

1st Sess., 36th Parl., February 8, 1999, at p. 11602). Only about 10 percent of the homes on the reserve have basic sewer systems. I agree with the Attorney General of Canada that CFA services are essential. Being essential, Parliament can be taken to be aware that, if garnishment of CFA funds is to be permitted, at some point the government will feel obliged to step in with more funds to ensure their continuance even if it means paying twice.

Quite apart from, and in addition to, the respondent's claim, the appellant's banker, Peace Hills Trust, asserts priority for \$1,668,872 in respect of various lines of credit obtained by the band council outside the CFA framework. The record discloses that the total non-CFA debt run up by this band council is about \$3 million. When this is compared with total annual CFA funding at the relevant time of \$7,354,404, it demonstrates the scale of the public policy dilemma.

In making these observations, I do not suggest the band council's priorities were bad or wasteful. The details of those expenditures are not before us. My point is simply that the band council priorities seem to be different from the CFA priorities, and by permitting garnishment of CFA funds, the Court enables the band council to substitute its spending priorities for those of the CFA. Public funds set aside for CFA priorities will now be diverted to payment of debts run up by the band council outside the CFA framework. I appreciate the fact that if the band succeeds here it will on this occasion both have its cake and eat it too, but at least potential creditors of the appellant and other bands would be put on notice that CFA funds are not now or in future to be available for garnishment or execution.

My colleague points out, correctly, that the Crown can endeavour to protect CFA funds from diversion by contractual means. The Chief Justice writes:

Manitoba (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, n<sup>o</sup> 176, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 8 février 1999, p. 11602). Environ 10 p. 100 seulement des maisons de la réserve sont desservies par un réseau d'égouts. Je conviens avec le procureur général du Canada que les services fournis en vertu d'une EGF sont essentiels. Et parce qu'ils sont essentiels, le législateur n'a pu ignorer que si les fonds issus d'une EGF étaient saisissables, l'État devrait tôt ou tard réinjecter des fonds pour que se poursuive la prestation des services, même s'il se trouvait ainsi à payer deux fois.

Dans un tout autre ordre d'idée, l'institution financière de l'appelante, Peace Hills Trust, fait valoir en outre qu'elle a droit en priorité à 1 668 872 \$ pour diverses marges de crédit consenties au conseil de bande indépendamment de l'EGF. Selon le dossier, la dette globale du conseil de bande contractée indépendamment de l'EGF s'élève à environ 3 millions de dollars. Au regard du financement annuel de 7 354 404 \$ prévu par l'EGF au moment considéré, on peut constater l'ampleur du dilemme qui se pose sur le plan de la politique gouvernementale.

Mon propos n'est pas de laisser entendre que les priorités du conseil de bande n'étaient pas valables. Nous ne sommes pas saisis du détail de ces dépenses. Je dis simplement que les priorités du conseil de bande semblent différentes de celles visées par l'EGF et que la Cour, en autorisant la saisie-arrêt des fonds issus de l'EGF, permet au conseil de bande de substituer ses priorités à celles prévues dans l'EGF. Les fonds publics destinés aux priorités énoncées dans l'EGF serviront maintenant à régler la dette accumulée par le conseil de bande indépendamment de l'EGF. Je reconnais que si la bande avait gain de cause en l'espèce, elle aurait à la fois le beurre et l'argent du beurre, mais, au moins, les créanciers éventuels de l'appelante et des autres bandes sauraient que les fonds issus d'une EGF ne peuvent ni ne pourront faire l'objet d'une saisie-arrêt ou d'une exécution.

Ma collègue signale à juste titre que Sa Majesté peut emprunter la voie contractuelle pour empêcher la réaffectation des fonds issus d'une EGF. La Juge en chef dit :

84

85

86

It is open to the Crown to include provisions intended to protect the particular band in any funding agreements that it makes with the band. As was put to us in argument, the CFAs themselves often have numerous provisions to ensure that the monies are used to provide the benefits and the services that they are intended to cover. If the band is not using the money in that way, there is often a provision for a third-party manager to step in to remedy the problem. [para. 61]

The problem, as will be discussed, is that such “protections” were included in *this* band’s CFA and a “third-party manager” was put in place “to remedy the problem” but all of these contractual protections were circumvented by the band council. It incurred non-CFA debts it had no money to pay for, then consented to judgment in favour of the respondent which led to the seizure of the CFA funds. The result of the Court’s decision today is that the band council was able simply to walk around the CFA contractual provisions designed to prevent this from happening.

87 Placing s. 90(1)(b) in the broader context of the *Indian Act* as a whole, and Parliament’s legislative assumption of responsibilities for Indian bands under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, I conclude for the reasons that follow that s. 90(1)(b) places under ss. 87 and 89 protection monies given by the federal Crown to Indians or a band, whether or not under treaty, pursuant to an agreement to provide on-reserve essential public services including housing, education, infrastructure, health and welfare. The CFA is such an agreement.

## II. The Absence of On-Site Banking Facilities

88 Opinions may differ, of course, as to whether exemption from execution and garnishment is ultimately to the benefit of Indian bands, who thereby may have difficulty in providing security and establishing credit worthiness in a market economy. (There is no doubt that exemption from *taxation* is a benefit.) These exemptions have been a feature of successive *Indian Acts* since before Confederation, as my colleague describes in some detail. The

Sa Majesté peut inclure dans toute entente de financement conclue avec une bande des dispositions visant à protéger cette dernière. Comme on l’a fait valoir devant nous, les EGF comportent souvent elles-mêmes de nombreuses dispositions visant à faire en sorte que les fonds versés servent à la prestation des avantages et des services en cause. Une disposition prévoit souvent l’intervention d’un tiers gestionnaire lorsque la bande affecte les fonds à autre chose. [par. 61]

Or, même si, *en l’espèce*, une telle « protection » a été prévue dans l’EGF et un « tiers gestionnaire » a été nommé, le conseil de bande a agi à sa guise. Il a engagé indépendamment de l’EGF des dépenses supérieures à ses moyens, puis il a consenti à ce que jugement soit rendu en faveur de l’intimée, d’où la saisie des fonds issus de l’EGF. La décision que rend la Cour aujourd’hui permet en somme au conseil de bande de contourner les dispositions contractuelles de l’EGF censées l’empêcher d’agir de la sorte.

Considérant l’al. 90(1)(b) dans le contexte plus large de la *Loi sur les Indiens* dans son ensemble et de l’exercice par le Parlement de la compétence que lui confère le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à l’égard des bandes indiennes, pour les motifs qui suivent, j’arrive à la conclusion que l’al. 90(1)(b) fait bénéficier de la protection prévue aux art. 87 et 89 les sommes données par Sa Majesté aux Indiens ou à une bande, soumis ou non au régime d’un traité, en vertu d’une entente pour la prestation de services publics essentiels (logement, éducation, équipements, santé, aide sociale, etc.) sur la réserve. L’EGF constitue une telle entente.

## II. L’absence de services bancaires dans la réserve

Certes, les opinions peuvent différer quant à savoir si l’exception relative à l’exécution et à la saisie profite ultimement aux bandes indiennes, celles-ci pouvant avoir du mal à fournir des garanties et à établir leur solvabilité dans une économie de marché. (Il ne fait aucun doute que l’exemption *fiscale* est un avantage.) Cette exception figure dans les diverses lois sur les Indiens adoptées depuis avant la Confédération, comme l’explique plus en

question before us is not the wisdom of the exemptions in ss. 87-90 but the scope of their intended application.

Section 90 “deems” certain personal property of Indians (including bank accounts) to be located on a reserve despite the fact that according to ordinary legal rules governing *situs* they are located elsewhere.

The God’s Lake Band is too poor and its reserve too remote to attract a branch of a deposit-taking financial institution. If it were rich enough to have an on-site branch, the CFA deposit would constitute a debt located on the reserve and thus a form of personal property exempt from seizure or execution under s. 89 of the *Indian Act*. One of the recommendations of the Royal Commission on Aboriginal Peoples (“RCAP”) was to improve the access of bands to on-reserve banking facilities: see, *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996) (“RCAP Report”), vol. 2, *Restructuring the Relationship*, at p. 911. Although the Chief Justice suggests that her conclusion will empower Indian bands to pursue economic opportunities, the reality is that as a result of today’s decision only the more fortunate and economically developed bands, the handful of bands served on site by a deposit-taking financial institution, will receive their CFA funds free of taxation (s. 87) and “not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band” (s. 89(1)). The less advantaged bands will have their off-reserve funds subject to taxation and seizure. My colleague suggests (at para. 62) that a band council could avoid the impact of the narrow interpretation of s. 90(1)(b) by making use of the handful of on-reserve banking branches elsewhere in the province. It is possible, of course, that some of the over 50 bands in Manitoba will move their banking to the three or so reserves which do have on-site banking, thereby circumventing the “access to capital” rationale favoured by the Chief Justice, but this proposal doesn’t address the fundamental problem in this case. Band councils which (as here) want to use the CFA income stream as collateral for

détail ma collègue. Il s’agit de se prononcer non pas sur l’opportunité des exceptions prévues aux art. 87 à 90, mais sur la portée que le législateur a voulu leur donner.

L’article 90 dispose que certains biens meubles des Indiens (y compris leurs comptes bancaires) sont « réputés » situés sur une réserve même si suivant les critères juridiques habituels, ils sont situés ailleurs.

La bande de God’s Lake est trop pauvre et sa réserve, trop éloignée pour qu’une institution de dépôt y établisse une succursale. Si elle avait été suffisamment prospère pour avoir une succursale sur place, les fonds issus de l’EGF qu’elle y aurait déposés auraient constitué une créance située sur la réserve et, par conséquent, un bien meuble soustrait à la saisie ou à l’exécution par l’application de l’art. 89 de la *Loi sur les Indiens*. L’une des recommandations formulées par la Commission royale sur les peuples autochtones (« CRPA ») était d’accroître l’accès des bandes aux services bancaires dans les réserves : voir *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996) (« Rapport de la CRPA »), vol. 2, *Une relation à redéfinir*, p. 1025. Même si la Juge en chef laisse entendre que sa conclusion permettra aux bandes indiennes de prendre part à l’activité économique, en réalité, seules les bandes fortunées et économiquement développées — les quelques bandes desservies directement par une institution de dépôt — toucheront en application d’une EGF des fonds exemptés de taxation (art. 87) et ne pouvant « faire l’objet d’un privilège, d’un nantissement, d’une hypothèque, d’une opposition, d’une réquisition, d’une saisie ou d’une exécution en faveur ou à la demande d’une personne autre qu’un Indien ou une bande » (par. 89(1)). Les fonds détenus hors réserve par les bandes les plus démunies seront taxables et saisissables. Au paragraphe 62 de ses motifs, ma collègue laisse entendre qu’un conseil de bande pourrait échapper aux conséquences de l’interprétation restrictive de l’al. 90(1)(b) en recourant aux services des quelques succursales bancaires établies dans les réserves de la province. Il est bien sûr possible que parmi la cinquantaine de bandes au Manitoba, certaines fassent affaire avec les succursales situées dans quelque trois réserves,

89

90

other loans and priorities will now have little incentive to make on-reserve banking arrangements that if made would frustrate achievement of their non-CFA objectives.

### III. Unnecessary Entrenchment of Anomalies

91 If, as the Chief Justice holds, s. 90(1)(b) applies only to treaties and agreements that “flesh out commitments of the Crown” (para. 26), an interpretation which is the most restrictive and least generous to band members of all those under consideration, further anomalies are presented. For example, in the present case my colleague acknowledges that CFA funding directed to education would be exempt from garnishment because such monies can be construed as “fleshing out” Treaty No. 5 (1875). But equivalent CFA funding to a treaty-less band in British Columbia would not be similarly protected because in that case the monies could not be attributed to a treaty or an ancillary agreement fleshing out a treaty. This is not equitable treatment. Nor would it be rational legislative policy.

92 Then, too, what is to be made of serendipitous differences in the wording of the treaties? Treaty No. 6 (1876), for example, obliges the Crown to keep a medicine chest on the reserve. Leaving aside the question of what the “medicine chest” clause means in 2006, it is difficult to identify any legislative purpose that would be served by protecting payments for on-reserve medical services in the case of Treaty No. 6 bands but not Treaty No. 5 bands (because Treaty No. 5 does not mention a medicine chest) or medical services provided on reserves to bands that have no treaty at all.

93 What about the east coast “peace and friendship” treaties that had fewer benefits than the

écartant ainsi la justification invoquée par la Juge en chef, à savoir que les Indiens puissent « obtenir des capitaux », mais cette conjecture ne règle pas le problème fondamental en l'espèce. Désormais, le conseil de bande qui (comme dans la présente affaire) voudrait utiliser les revenus tirés de l'EGF pour garantir un prêt contracté pour d'autres priorités ne sera guère incité à conclure avec une institution financière située sur la réserve une entente qui l'empêcherait de réaliser ses objectifs non liés à l'EGF.

### III. Consécration inutile de disparités

Si, comme le conclut la Juge en chef, l'al. 90(1)(b) ne s'applique qu'au traité et à l'accord qui « précis[e] les engagements de Sa Majesté » (par. 26) — interprétation, parmi toutes celles examinées, la plus restrictive et la moins généreuse envers les membres de la bande —, de nouvelles disparités voient le jour. Par exemple, dans le présent pourvoi, ma collègue reconnaît que les fonds affectés à l'éducation dans l'EGF échappent à la saisie car on peut y voir une « précision » apportée au Traité n° 5 (1875). Pourtant, les mêmes fonds versés à une bande de la Colombie-Britannique non soumise au régime d'un traité ne bénéficient pas de la même protection parce qu'ils ne sont pas liés à un traité ou à un accord accessoire précisant les obligations découlant d'un traité. Cela ne constitue ni un traitement équitable ni une politique législative rationnelle.

Que faut-il conclure par ailleurs de la variation providentielle du libellé des traités? Le Traité n° 6 (1876), par exemple, oblige Sa Majesté à doter la réserve d'un « buffet à médicaments ». Sans même se demander en quoi peut consister cette obligation en 2006, il est difficile de déterminer quel objectif législatif serait poursuivi si les fonds destinés aux services médicaux sur la réserve étaient protégés dans le cas des bandes soumises au Traité n° 6, mais pas dans celui des bandes signataires du Traité n° 5 (qui ne fait pas mention d'un « buffet à médicaments ») ou des bandes qui n'ont conclu aucun traité.

Qu'en est-il des traités « de paix et d'amitié » de la côte Est, moins avantageux que les traités

post-Confederation numbered treaties, and vastly fewer benefits than the modern comprehensive land claims settlements (which are included in the definition of “treaty” under s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982*)? I do not agree with my colleague that entrenchment of such disparities for the purposes of taxation, seizure and garnishment was in the contemplation of Parliament when it enacted s. 90(1)(b).

The Chief Justice argues that her restrictive interpretation fosters self-reliance, self-government and economic development. In fact, however, the opposite is more likely to be true. A band concerned about such matters as taxation seizure and garnishment would be better off letting the government provide services directly to the reserve rather than attempting to provide the public services themselves through CFA funding. In the latter case, the monies (unlike direct government services) may be intercepted off-reserve by creditors.

I am in respectful agreement with Sinclair J. who concluded that the CFA reflects the responsibilities assumed by the Crown under laws in relation to Indians and lands reserved for Indians enacted under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* (para. 87). The responsibilities accepted by the Crown are not limited to *treaty* Indians. Indian bands have been recognized as possessing greater or lesser powers in the nature of self-governing institutions since the 1869 amendments (S.C. 1869, c. 6) to *An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ord[i]nance Lands*, S.C. 1868, c. 42. This legislation predated even the initial phase of Treaty No. 5 negotiations. The adhesion of the God's Lake Band on August 6, 1909 also post-dated passage of the *Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18. These early enactments not only recognized exemptions from taxation seizure and execution, as noted by the Chief Justice, but also acknowledged that to a large extent Indian bands could, should and would continue to govern themselves. The trouble was (and is) that dispossession from much of their traditional economic base and subsequent changes in the economy have left most

numérotés postérieurs à la Confédération et beaucoup moins encore que les accords plus récents sur des revendications territoriales globales (assimilés à des « traités » au par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*)? Contrairement à ma collègue, je ne crois pas que le législateur a voulu créer de telles disparités en matière de taxation et de saisie en édictant l'al. 90(1)b).

La Juge en chef fait valoir que l'interprétation restrictive qu'elle privilégie favorise l'indépendance, l'autonomie gouvernementale et le développement économique. Dans les faits, c'est plutôt le contraire. Il est plus avantageux pour une bande soucieuse d'échapper à toute taxation ou saisie, par exemple, de laisser au gouvernement le soin de fournir directement des services publics à la réserve, plutôt que de conclure une EGF pour le faire elle-même, auquel cas un créancier pourrait saisir les fonds (contrairement aux services gouvernementaux directs) à l'extérieur de la réserve.

Avec déférence, je partage plutôt l'avis du juge Sinclair selon lequel l'EGF cadre avec les obligations de Sa Majesté suivant les lois relatives aux Indiens et aux terres réservées pour eux adoptées sur le fondement du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (par. 87). Ces obligations n'existent pas au seul bénéfice des Indiens soumis au régime d'un *traité*. Depuis la modification en 1869 (S.C. 1869, ch. 6) de l'*Acte pourvoyant à l'organisation du Département du Secrétaire d'État du Canada, ainsi qu'à l'administration des Terres des Sauvages et de l'Ordonnance*, S.C. 1868, ch. 42, on reconnaît à une bande indienne des pouvoirs plus ou moins étendus apparentés à ceux d'une institution autonome. Cette loi a même précédé la phase initiale des négociations du *Traité n° 5*. L'adhésion de la bande de God's Lake le 6 août 1909 est également postérieure à l'*Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18. Ces premiers textes législatifs reconnaissent non seulement les exceptions relatives à la taxation, à la saisie et à l'exécution, comme le signale la Juge en chef, mais aussi que, dans une large mesure, les bandes indiennes continueraient de se gouverner, qu'elles pouvaient le faire et qu'elles le devaient. Le problème était (et demeure)

94

95

band governments too few resources to be self-sufficient. CFA funding is in the nature of government to government transfer payments, covering essential services such as education, housing, health and welfare. These are matters that were characterised in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 134-35, as the type of program targeted by s. 90(1)(b). If, as *Mitchell* holds, a primary purpose of the *Indian Act* is to protect reserves and its members from economically induced dispossession, why should s. 90(1)(b) not be interpreted as applicable to *all* reserves to achieve that objective?

que la dépossession des bandes indiennes d'une grande partie de leurs activités économiques traditionnelles et l'évolution subséquente de l'économie ont privé la plupart d'entre elles des ressources nécessaires à leur autonomie. Le financement par voie d'EGF s'effectue au moyen de paiements de transfert d'un gouvernement à l'autre pour des services essentiels comme l'éducation, le logement, la santé et l'aide sociale, lesquels ont été assimilés dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 134-135, aux programmes visés par l'al. 90(1)(b). Si, comme l'a conclu la Cour dans cet arrêt, un des objectifs premiers de la *Loi sur les Indiens* est de protéger les réserves et d'empêcher que leurs membres ne se départissent de leurs biens pour des raisons financières, pourquoi ne pas l'atteindre en faisant bénéficier *toutes* les réserves de l'application de l'al. 90(1)(b)?

96

All of the members of our Court in *Mitchell* agreed with the *Nowegijick* principle "that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians" (*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36); La Forest J., at p. 142, and Dickson C.J., at pp. 107-8. It is not necessary to resort to the *Nowegijick* principle in this case as I reach my conclusion based on ordinary principles of statutory construction, but *Nowegijick* certainly reinforces the conclusion I have reached.

Dans l'arrêt *Mitchell*, la Cour a unanimement souscrit au principe dégagé dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36, à savoir « que les traités et les lois visant les Indiens devraient recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté devrait profiter aux Indiens » (le juge La Forest, p. 142; le juge en chef Dickson, p. 107-108). L'application de ce principe n'est pas nécessaire en l'espèce puisque je m'en remets aux principes ordinaires d'interprétation législative, mais l'arrêt *Nowegijick* étaye assurément ma conclusion.

#### IV. Facts

##### A. *Treaty No. 5*

97

In 1909, the God's Lake First Nation adhered to Treaty No. 5 which covers much of what is present day Manitoba and parts of northwestern Ontario. The Indian signatories to the treaty surrendered more than a hundred thousand square kilometers of land in two stages. In the first phase (1875), the Crown accepted the surrender of the southern prairie lands of Manitoba by the Saulteaux (or Chippewa) and Swampy Cree First Nations. The surrender was considered "essential" to the westward expansion of non-aboriginal Canadians, as Alexander Morris, then Lieutenant-Governor of

#### IV. Les faits

##### A. *Traité n° 5*

En 1909, la Première Nation de God's Lake a adhéré au Traité n° 5, qui vise en grande partie l'actuel Manitoba et en partie le nord-ouest de l'Ontario. Les Indiens signataires ont cédé en deux étapes plus de cent mille kilomètres carrés de territoire. En 1875, Sa Majesté a d'abord accepté la cession des terres des prairies du sud du Manitoba par les Premières Nations des Saulteux (ou des Chippouais) et des Cris de la Savane. Cette cession était jugée « essentielle » à la progression vers l'Ouest des Canadiens non autochtones, comme l'a alors écrit le lieutenant-gouverneur des Territoires

the North-West Territories, Manitoba and Kee-wa-tin, wrote at the time:

This treaty [the Winnipeg Treaty, Number Five], covers an area of approximately about 100,000 square miles. The region is inhabited by Chippewas and Swampy Crees. The necessity for it had become urgent. The lake is a large and valuable sheet of water, being some three hundred miles long. The Red River flows into it and the Nelson River flows from it into Hudson's Bay. Steam navigation had been successfully established by the Hudson's Bay Company on Lake Winnipeg. . . . Moreover, until the construction of the Pacific Railway west of the city of Winnipeg, the lake and Saskatchewan River are destined to become the principal thoroughfare of communication between Manitoba and the fertile prairies in the west. . . .

For these and other reasons, the Minister of the Interior reported "that it was essential that the Indian title to all the territory in the vicinity of the lake should be extinguished so that settlers and traders might have undisturbed access to its waters, shores, islands, inlets and tributary streams." [Emphasis added.]

(A. Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, Including the Negotiations on which They were Based, and Other Information Related Thereto* (2000), at pp. 143-44, originally published in 1880.)

At the second stage, between 1908 and 1909, the surrender of more northerly lands in Manitoba as well as some areas of northwestern Ontario were negotiated with a number of other Cree First Nations, including the God's Lake Band, as well as bands at Split Lake, Nelson House, Norway House, Cross Lake, Fisher River, Oxford House, and Island Lake.

In exchange for the surrender of the aboriginal interest in these vast lands "Her Majesty the Queen" agreed to set aside certain reserves and undertook as well, among other things, to provide for the maintenance of schools on reserves, the right to pursue hunting and fishing throughout the unoccupied lands surrendered in the treaty, to provide farming and carpentry tools to families and bands, to provide seeds for planting, to provide cattle to each band, an amount of \$500 per annum

du Nord-Ouest, du Manitoba et de Kee-wa-tin, Alexander Morris :

[TRADUCTION] Le présent traité [le traité de Winnipeg, numéro cinq] vise un territoire d'environ 100 000 milles carrés. La région est habitée par les Chippaouais et les Cris de la Savane. La signature du traité était devenue urgente. Le lac est une étendue d'eau vaste et précieuse, d'une longueur d'environ trois cents milles. Il reçoit les eaux de la rivière Rouge et le fleuve Nelson y prend sa source pour se jeter dans la Baie d'Hudson. La Compagnie de la Baie d'Hudson a ouvert le lac Winnipeg à la navigation à vapeur. [. . .] De plus, jusqu'à la construction du Chemin de fer du Pacifique à l'ouest de la ville de Winnipeg, le lac et la rivière Saskatchewan deviendront la principale voie de communication entre le Manitoba et les prairies fertiles de l'Ouest. . . .

Pour ces raisons et bien d'autres, le ministre de l'Intérieur a affirmé « qu'il était essentiel d'éteindre le droit de propriété des Indiens sur l'ensemble du territoire situé à proximité du lac afin que colons et commerçants puissent accéder librement à ses eaux, rives, îles, ruisseaux et affluents ». [Je souligne.]

(A. Morris, *The Treaties of Canada with the Indians of Manitoba and the North-West Territories, Including the Negotiations on which They were Based, and Other Information Related Thereto* (2000), p. 143-144, publié initialement en 1880.)

Puis, entre 1908 et 1909, la cession de terres situées dans le nord du Manitoba, ainsi que de certains territoires du nord-ouest de l'Ontario, a été négociée avec d'autres Premières nations Cris, y compris la bande de God's Lake, ainsi que les bandes du lac Split, de Nelson House, de Norway House, du lac Cross, de la rivière Fisher, d'Oxford House et du lac-de-l'Île.

En contrepartie des droits ancestraux sur ces vastes territoires, « Sa Majesté la Reine » a convenu de mettre des terres en réserve et elle s'est notamment engagée à y assurer l'éducation, à autoriser la chasse et la pêche dans toute partie inoccupée du territoire cédé dans le traité, à fournir des outils agricoles et de charpenterie aux familles et aux bandes, à fournir des semences et du bétail à chacune des bandes, à partager annuellement entre tous les Indiens liés par le traité une somme de

for ammunition and twine for nets to be divided among all Indians covered by the treaty and an annual grant of five dollars for each Indian person covered by the treaty (Treaty No. 5 between Her Majesty the Queen and the Saulteaux and Swampy Cree Tribes of Indians, 1875 and 1909).

B. *The God's Lake Reserve*

99 The God's Lake Band presently has inadequate resources to achieve financial independence in a market economy. Its CFA funds are administered according to the budget and the terms of the CFA, which is co-managed by Haugen Morrish Angers Chartered Accountants, who were appointed by the federal government. The co-manager is required to approve all proposed spending in order to ensure compliance with the CFA (Sinclair J., at para. 6). The funds are transferred by Indian and Northern Affairs Canada to the band's financial institution (Peace Hills Trust Company) in Winnipeg.

100 Under the CFA, the band is restricted to spending its money in specific budget areas which for convenience I would collect under the following headings:

Education

Instructional services formula  
 Low cost special education  
 Student transportation services  
 Guidance and counselling  
 Post-secondary education  
 Administration of post-secondary education  
 Schools operation and management  
 Teaching/Residences/Group homes operation and management  
 Special education  
 First Nations & Inuit career promotion and awareness program  
 First Nations & Inuit science and technology program  
 First Nations & Inuit student summer employment opportunities program

cinq cents dollars pour l'achat de munitions et de ficelle pour les rets et à verser à chaque indien lié par le traité une indemnité annuelle de cinq dollars (Traité n° 5 entre Sa Majesté la Reine et les Saulteaux et les Cris de la Savane, 1875 et 1909).

B. *La réserve God's Lake*

Actuellement, la bande de God's Lake ne dispose pas de ressources suffisantes pour accéder à l'indépendance financière dans une économie de marché. Les fonds qu'elle reçoit en vertu d'une EGF sont administrés conformément aux priorités et aux conditions prévues dans l'EGF, laquelle est cogérée par les comptables agréés Haugen Morrish Angers, nommés par le gouvernement fédéral. La bande doit obtenir du cogestionnaire l'approbation de son plan de dépenses et la confirmation que celui-ci respecte l'EGF (le juge Sinclair, par. 6). Les fonds sont transférés par Affaires indiennes et du Nord Canada à l'institution financière de la bande (Peace Hills Trust Company) à Winnipeg.

L'EGF prévoit que la bande ne peut affecter les fonds qu'à certains postes que je regroupe sous les rubriques suivantes :

Éducation

Programmes de services d'enseignement  
 Éducation spécialisée à faible coût  
 Services de transport des élèves  
 Conseils et orientation  
 Enseignement postsecondaire  
 Administration de l'enseignement postsecondaire  
 Fonctionnement et gestion des écoles  
 Enseignement/Résidences/Fonctionnement et gestion des foyers de groupe  
 Éducation spécialisée  
 Programme d'information sur les carrières pour les Inuits et les Premières Nations  
 Programme science et technologie pour les Inuits et les Premières Nations  
 Programme d'emploi d'été des étudiants Inuits et des étudiants des Premières Nations

First Nations & Inuit youth work experience program

Social development

Basic needs  
Special needs  
Service delivery  
In-home care  
National child benefit reinvestment

Infrastructure

Capital planning and project infrastructure

Fire protection  
Roads and bridges  
Sanitation systems  
Water systems  
Electrical systems  
Community buildings  
Maintenance management  
Solicitor General policing  
On-Reserve Housing & Renovation

Indian government services

Band support funding  
Band employee benefit plans — statutory contribution  
Band employee benefit plans — non-statutory (flexible transfer payments)

Miscellaneous

Indian Registry administration

Economic development

Community and economic development organization planning and operations

As mentioned, CFA funds are transferred in monthly payments which are not segregated by program. For example, the God's Lake Band administers its own education programs on the reserve. At present it has 400 students enrolled in the on-reserve school (which gives some idea of the demographics

Programme d'expérience de travail pour les jeunes Inuits et les jeunes des Premières Nations

Développement social

Besoins essentiels  
Besoins spéciaux  
Prestation de services  
Soins à domicile  
Réinvestissement de la Prestation nationale pour enfants

Équipements

Planification et programme d'immobilisations — Infrastructure  
Protection-incendies  
Routes et ponts  
Installations sanitaires  
Réseau d'aqueduc  
Systèmes électriques  
Bâtiments communautaires  
Gestion de l'entretien  
Solliciteur général (services policiers)  
Logement et rénovation dans la réserve

Services du gouvernement autochtone

Financement du soutien de la bande  
Avantages sociaux des employés de la bande — contribution légale  
Avantages sociaux des employés de la bande — non prévus par la loi (paiements de transfert souples)

Divers

Administration du registre des Indiens

Développement économique

Organisation, planification et fonctionnement du développement communautaire et économique

Je le répète, les fonds versés en vertu d'une EGF sont transférés chaque mois sans être répartis par programme. Par exemple, la bande de God's Lake administre ses propres programmes d'éducation sur la réserve. À l'heure actuelle, 400 étudiants sont inscrits à l'école de la réserve (ce qui

of the reserve). The band employs 39 teachers and staff. According to the testimony of Mike Angers, co-manager of the God's Lake CFA, the garnishing order has frozen part of the money needed to operate and maintain the schools and school services. In addition to on-reserve students, the band also supports band children who attend post-secondary education off the reserve. Approximately \$54,000 per month is spent on tuition, housing and support for these students. Mr. Angers testified that this funding was also frozen by the garnishment order. By way of further example the band maintains its own Social Services program which provides money for the unemployed and the physically or mentally disabled, as well as in-home care for the elderly and infirm. As Sinclair J. put it:

The [CFA] between the Band and the federal government is one intended by the parties to allow the Band to carry out what could be called administrative governmental functions. It is also a vehicle by which the government can meet its treaty obligations, such as the provision of educational services to Band members, through delegation to the Band. The members of the Band clearly rely on the funding for their existence on their reserve. Housing construction, as well as construction of other community buildings, appears to be contemplated by the agreement. In addition, salaries to Band employees are provided for, a matter essential to the functioning of Band government. The operation and maintenance of the Band's schools is covered by the agreement, as well as the provision of social assistance. It is safe to say that, without the agreement, the ability of the Band and its members to reside on the reserve would be clearly jeopardized. [Emphasis added; para. 73.]

*C. The Situation of CFA-Funded Indian Bands More Generally*

The RCAP found that aboriginal people suffer ill health, insufficient and unsafe housing, polluted water supplies, inadequate education, poverty and family breakdown at levels usually associated with impoverished developing countries. "The persistence of such social conditions in this country — which is judged by many to be the best place in the world to live — constitutes an embarrassment

donne une idée de la situation démographique). La bande emploie 39 personnes, y compris les enseignants. Selon le témoignage du cogestionnaire de l'EGF, Mike Angers, l'ordonnance de saisie-arrêt a bloqué les fonds nécessaires au fonctionnement des écoles et à la prestation des services scolaires. La bande aide non seulement les élèves de la réserve, mais aussi les étudiants qui reçoivent un enseignement postsecondaire à l'extérieur de la réserve. Elle dépense environ 54 000 \$ par mois pour les droits de scolarité de ces derniers, leur logement et leur entretien. M. Angers a déclaré que cette aide financière était également bloquée par l'ordonnance de saisie-arrêt. Autre exemple, la bande gère son propre programme de services sociaux. Elle verse des sommes aux personnes sans emploi et à celles atteintes de déficience physique ou mentale, et elle offre des soins à domicile aux personnes âgées ou handicapées. Comme l'a expliqué le juge Sinclair :

[TRADUCTION] Dans l'[EGF] intervenue entre la bande et le gouvernement fédéral, les parties ont voulu permettre à la bande d'exercer ce qu'on pourrait appeler des fonctions administratives gouvernementales. Elle permet également au gouvernement de s'acquitter des obligations issues d'un traité, telles que la prestation de services d'enseignement aux membres de la bande, par délégation de ses pouvoirs à la bande. Les membres de la bande comptent manifestement sur le financement pour leur subsistance dans la réserve. L'entente semble prévoir la construction d'habitations, de même que d'autres bâtiments communautaires. En outre, elle prévoit le versement d'un salaire aux employés de la bande, ce qui est essentiel au fonctionnement du gouvernement de la bande. Le fonctionnement des écoles de la bande, de même que la prestation d'aide sociale sont également prévus. Je crois pouvoir affirmer que sans l'entente, l'occupation de la réserve par la bande et ses membres serait compromise. [Je souligne; par. 73.]

*C. La situation générale des bandes indiennes bénéficiant d'une EGF*

La CRPA a conclu que les conditions de vie des Autochtones s'apparentent à celles des populations du tiers monde — mauvais état de santé, piètres conditions d'habitation, eau malsaine, scolarité insuffisante, pauvreté et familles désunies. « La persistance de telles conditions sociales dans notre pays — souvent considéré comme le meilleur au monde pour sa qualité de vie — est

to Canadians, an assault on the self-esteem of Aboriginal people and a challenge to policy makers.” See *RCAP Report*, vol. 3, *Gathering Strength*, p. 1. RCAP further observed that:

Their traditional economies disrupted, reduced to a small fraction of their land and resource base, and subjected to inappropriate economic policies and practices, it is hardly surprising that Aboriginal nations are far from self-reliant. There are, of course, important exceptions, usually the result of advantageous location, particularly imaginative leadership, unusual resource endowments, or comprehensive claims agreements . . . . On average, however, Aboriginal economies will require substantial rebuilding if they are to support Aboriginal self-government and if they are to meet current and anticipated income and employment needs.

(*RCAP Report*, vol. 2, at p. 800)

According to the federal government, the purpose of its funding agreements with Indian bands is to “ensure that programs and services provided by Aboriginal governments and institutions are reasonably comparable to those provided in non-Aboriginal communities”: see Indian Affairs and Northern Development, *Gathering Strength — Canada’s Aboriginal Action Plan* (1997), Part III: Developing a New Fiscal Relationship, at p. 20. At present, the primary funding vehicle to achieve this important government objective is the CFA.

#### V. Relevant Statutory Provisions

See Appendix.

#### VI. Analysis

The importance of the reserves and their survival lies at the heart of the *Indian Act* and related federal policies as a place “where the bonds of community are strong and where Aboriginal culture and identity can be learned and reinforced”. (See *RCAP Report*, vol. 2, at p. 812.) Depopulation of the reserves and migration of band members to

gênante pour les Canadiens et humiliante pour les [A]utochtones. Les décideurs ont là tout un défi à relever. » (*Rapport de la CRPA*, vol. 3, *Vers un ressourcement*, p. 1) La CRPA a ajouté :

Au vu de la perturbation de leurs économies traditionnelles, de la réduction de leur assise territoriale et de leur accès aux ressources et aussi de leur assujettissement à des politiques et à des pratiques économiques contre-indiquées, il n’est guère surprenant que les nations autochtones soient loin de l’autonomie économique. Il existe évidemment des exceptions notoires, en raison ordinairement d’une situation géographique favorable, d’un leadership particulièrement créatif, de ressources exceptionnelles ou d’ententes sur les revendications globales [. . .] Il reste que les économies autochtones devront être reconstruites de fond en comble pour pouvoir soutenir l’autonomie gouvernementale et répondre aux besoins actuels et prévus sur les plans du revenu et de l’emploi.

(*Rapport de la CRPA*, vol. 2, p. 900)

Selon le gouvernement fédéral, les ententes de financement conclues avec les bandes indiennes ont pour objectif « d’assurer que les programmes et les services offerts par les gouvernements et les institutions autochtones sont raisonnablement comparables à ceux qui sont offerts dans les collectivités non autochtones » : voir Affaires indiennes et du Nord canadien, *Rassembler nos forces — Le plan d’action du Canada pour les questions autochtones* (1997), partie III, Établir une nouvelle relation financière, p. 23. À l’heure actuelle, l’EGF constitue la principale source de financement pour la réalisation de cet objectif gouvernemental important.

#### V. Dispositions législatives pertinentes

Voir l’annexe.

#### VI. Analyse

L’importance des réserves et de leur survie est le fondement de la *Loi sur les Indiens* et des politiques fédérales connexes, les réserves étant considérées comme des endroits « où les liens communautaires sont très solides et où [leurs membres] peuvent apprendre et renforcer leur culture et leur identité autochtones » : *Rapport de la CRPA*,

103

104

105

the larger urban centres like Winnipeg risks loss of that culture and the likelihood of assimilation.

106 The history of Indian peoples in North America has generally been one of dispossession, including dispossession of their pre-European sovereignty, of their traditional lands, and of distinctive elements of their cultures. Of course, arrival of new settlers also brought considerable benefits. The world has changed and with it the culture and expectations of aboriginal peoples have changed, as they have for the rest of us. Yet it has been recognized since before the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1) that at some point the process of dispossession has to stop. Accordingly, even in periods when federal government policies favoured assimilation, which is to say for most of the first century of Canada's existence, Parliament's legislative policy was to protect reserves and their contents as a sanctuary for those Indians who wished to stay in their own communities and adhere to their own cultures. The promise in Treaty No. 5 of agricultural supplies is a 19th and 20th century recognition of the need to ameliorate the effects of dispossession. In my view, whatever legislative measures flow out of Parliament's recognition of the impact of that dispossession, and the desire for reconciliation of aboriginal and non-aboriginal peoples arising from that situation, should apply as much to bands dispossessed without a treaty as to those with whom treaties were made.

107 My colleague argues that the exemption from taxation and distraint in ss. 87-90 of the *Indian Act* is at best outdated and at worst paternalistic and harmful to the First Nations themselves, as isolating them from what La Forest J. called "the commercial mainstream" (*Mitchell*, at pp. 131 and 138). However, as the trial judgment makes clear, bands like God's Lake have no access to the commercial mainstream, and no realistic prospect of ever obtaining it. Although RCAP looked for ways to improve the access to capital for bands positioned realistically to participate in the commercial

vol. 2, p. 913. Le dépeuplement des réserves et la migration de leurs habitants vers les grands centres urbains comme Winnipeg pourraient entraîner la disparition de cette culture et accroître le risque d'assimilation.

L'histoire des peuples autochtones d'Amérique du Nord est généralement marquée par la dépossession. Ils ont notamment été dépouillés de leur souveraineté antérieure à l'arrivée des Européens, de leurs terres ancestrales et des éléments distinctifs de leurs cultures. Certes, l'arrivée des colons a apporté son lot d'avantages. Le monde a changé, y compris la culture et les attentes des peuples autochtones et les nôtres. Pourtant, dès avant la *Proclamation royale* de 1763 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1), il a été reconnu que la dépossession devait un jour prendre fin. Par conséquent, même lorsque les politiques du gouvernement fédéral favorisaient l'assimilation, c'est-à-dire pendant presque tout le premier siècle d'existence du Canada, le Parlement avait pour politique législative de protéger les réserves et leurs éléments constitutifs, y voyant un sanctuaire pour les Indiens désireux de vivre dans leurs collectivités et de rester fidèles à leurs cultures. Dans le Traité n° 5, la promesse de fournir du matériel agricole équivaut à la reconnaissance, au XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup>, de la nécessité de pallier les effets de la dépossession. À mon avis, quelles que soient les mesures législatives liées à la reconnaissance des effets de la dépossession et à la volonté de réconciliation entre Autochtones et non-Autochtones résultant de cette situation, elles doivent s'appliquer aux bandes dépouillées qu'elles aient conclu un traité ou non.

Ma collègue fait valoir que l'exception relative à la taxation et à la saisie figurant aux art. 87 à 90 de la *Loi sur les Indiens* est au mieux désuète, au pis paternaliste et préjudiciable aux Premières Nations, puisqu'elle les tient à l'écart de ce que le juge La Forest a appelé le « marché commercial » (arrêt *Mitchell*, p. 131 et 138). Cependant, comme l'a dit clairement le juge de première instance, les bandes comme celles de God's Lake n'ont pas accès au marché commercial et n'ont aucune possibilité réelle d'y accéder. Bien qu'elle ait cherché des moyens d'améliorer l'accès aux capitaux des

world, and noted in this respect provisions in the *Indian Act* “that make it very difficult for lenders to secure loans using land and other assets located on-reserve as collateral”, it made no recommendation to amend the *Indian Act* to remove such provisions: *RCAP Report*, vol. 2, at pp. 906-11. RCAP also noted the possibility of “using forms of collateral other than lands or property” but identified this as merely one of several “strategies . . . worth considering” (p. 931). Under the existing *Indian Act* s. 90(2), bands with a commercial aptitude and prospects can obtain a ministerial waiver of ss. 88 to 90. In that respect there is no need to amend the Act.

I agree with the Chief Justice that the starting point of our analysis in this case is *Mitchell*. A number of courts, in addition to Sinclair J. in this case, have exempted funds for essential public services from seizure or execution: *Sturgeon Lake Indian Band v. Tomporowski Architectural Group Ltd.* (1991), 95 Sask. R. 302 (Q.B.); *Royal Bank of Canada v. White Bear Indian Band*, [1992] 1 C.N.L.R. 174 (Sask. Q.B.); *Young v. Wolf Lake Indian Band* (1999), 164 F.T.R. 123. I accept, as did Sinclair J., that not everything in the CFA can be construed as “fleshing out” the provisions of Treaty No. 5. It is also true, as it was put by counsel for the appellant, that it would be “incongruous to protect property such as some hoes, twine and cattle which were the basic needs of the Band one hundred years ago and not protect property such as the funding that maintains education, health, social services and housing which are the basic needs today for the Band members”. Be that as it may, the outcome of the appeal turns on whether s. 90(1)(b) truly requires the CFA to be “ancillary” at all.

In *Mitchell* itself, the lead judgment of La Forest J., from which only Dickson C.J. dissented (although he agreed in the result), held that the purpose of

bandes raisonnablement susceptibles de prendre part à l'activité économique et qu'elle ait signalé à cet égard que des dispositions de la *Loi sur les Indiens* « empêchent presque les prêteurs de garantir un prêt au moyen du nantissement de terres et d'autres biens situés dans une réserve », la CRPA n'a pas recommandé la suppression de ces dispositions : *Rapport de la CRPA*, vol. 2, p. 1019-1024. Elle a également souligné la possibilité d'« avoir recours à des formes de nantissement autres que les terres et les biens », précisant toutefois que ce n'était qu'une des « stratégies [. . .] dignes d'être envisagées » (p. 1046). Suivant l'actuel par. 90(2) de la *Loi sur les Indiens*, une bande susceptible de se livrer à une activité commerciale peut obtenir du ministre qu'il consente à la non-application des art. 88 à 90. À cet égard, il n'est pas nécessaire de modifier la Loi.

Je conviens avec le Juge en chef que l'arrêt *Mitchell* constitue le point de départ de l'analyse en l'espèce. Outre celui du juge Sinclair en l'espèce, de nombreux jugements ont soustrait à la saisie ou à l'exécution des fonds versés pour des services publics essentiels : *Sturgeon Lake Indian Band c. Tomporowski Architectural Group Ltd.* (1991), 95 Sask. R. 302 (B.R.); *Royal Bank of Canada c. White Bear Indian Band*, [1992] 1 C.N.L.R. 174 (B.R. Sask.); *Young c. Bande de Wolf Lake*, [1999] A.C.F. n° 253 (QL) (1<sup>re</sup> inst.). À l'instar du juge Sinclair, je reconnais que toutes les clauses de l'EGF ne peuvent être considérées comme « précisant » les dispositions du Traité n° 5. Il est également vrai, comme le soutient l'avocat de l'appelante, qu'il serait [TRADUCTION] « incongru de protéger des biens tels que des houes, de la ficelle et du bétail, qui répondaient aux besoins essentiels de la bande il y a cent ans, et de ne pas protéger les fonds destinés à l'éducation, à la santé, aux services sociaux et au logement, des services de nos jours essentiels aux membres de la bande ». Quoi qu'il en soit, l'issue du pourvoi dépend de la question de savoir si l'al. 90(1)(b) exige même que l'EGF soit « accessoire ».

Dans l'arrêt *Mitchell*, l'arrêt de principe rendu par le juge La Forest, sous réserve de la seule dissidence du juge en chef Dickson (qui a cependant

the *Indian Act* exemptions from “taxation and distraint” was to counter the prospect of dispossession as follows:

... by terms of the “numbered treaties” concluded between the Indians of the prairie regions and part of the Northwest Territories, the Crown undertook to provide Indians with assistance in such matters as education, medicine and agriculture, and to furnish supplies which Indians could use in the pursuit of their traditional vocations of hunting, fishing, and trapping. The exemptions from taxation and distraint have historically protected the ability of Indians to benefit from this property in two ways. First, they guard against the possibility that one branch of government, through the imposition of taxes, could erode the full measure of the benefits given by that branch of government entrusted with the supervision of Indian affairs. Secondly, the protection against attachment ensures that the enforcement of civil judgments by non-natives will not be allowed to hinder Indians in the untrammelled enjoyment of such advantages as they had retained or might acquire pursuant to the fulfillment by the Crown of its treaty obligations. In effect, these sections shield Indians from the imposition of the civil liabilities that could lead, albeit through an indirect route, to the alienation of the Indian land base through the medium of foreclosure sales and the like . . . . [pp. 130-31]

It is evident that non-treaty Indians are equally at risk of “alienation of the Indian land base”, although in their case the reserves were simply allocated rather than agreed to.

110 The *Mitchell* focus on “treaty obligations” is only one strand of La Forest J.’s analysis. It is convenient to say more about that case, as it forms the cornerstone of the judgment of my colleague, the Chief Justice.

#### A. *The Facts of the Mitchell Case*

111 The facts of *Mitchell* are important. The Peguis Indian Band had been represented by a lawyer (Mitchell) in negotiations with Manitoba Hydro over a tax invalidly imposed on the sale of electricity on a reserve. The Government of Manitoba subsequently settled the Indians’ claim. The band’s lawyers were unpaid, and obtained a prejudgment garnishing order against the settlement funds in the

souscrit au résultat), la Cour a conclu que les exemptions « de taxe et de saisie » de la *Loi sur les Indiens* visaient à contrer le risque de dépossession :

... en vertu des « traités numérotés » conclus entre les Indiens de la région des Prairies et d’une partie des Territoires du Nord-Ouest, la Couronne s’est engagée à aider les Indiens en matière d’éducation, de médecine et d’agriculture et à leur fournir les approvisionnements qu’ils pourraient utiliser dans la poursuite de leurs vocations traditionnelles de chasse, de pêche et de piégeage. Historiquement, les exemptions de taxe et de saisie ont protégé de deux façons la capacité des Indiens de profiter de cette propriété. Premièrement, elles empêchent qu’un palier de gouvernement, par l’imposition de taxes, puisse porter atteinte à l’intégrité des bénéfices accordés par le palier de gouvernement responsable du contrôle des affaires indiennes. Deuxièmement, la protection contre les saisies assure que l’exécution de jugements obtenus par des non-Indiens en matière civile ne pourra entraver les Indiens dans la libre jouissance des avantages qu’ils ont acquis ou pourront acquérir conformément à l’exécution par la Couronne de ses obligations prévues par traité. Dans les faits, ces articles ont protégé les Indiens contre l’imposition d’obligations de nature civile qui pouvaient conduire, quoique indirectement, à l’aliénation de leurs terres à la suite de ventes forcées et par d’autres moyens semblables. . . [p. 130-131]

Il est évident que les Indiens non soumis au régime d’un traité risquent également « l’aliénation de leurs terres » quoique, dans leur cas, les réserves ont été simplement attribuées au lieu de faire l’objet d’une entente.

Dans l’arrêt *Mitchell*, l’importance accordée aux obligations découlant d’un traité n’est qu’un des volets de l’analyse du juge La Forest. Il convient de l’examiner plus à fond, puisqu’il constitue la pierre angulaire des motifs de ma collègue la Juge en chef.

#### A. *Les faits de l’affaire Mitchell*

Dans l’affaire *Mitchell*, les faits sont importants. La bande indienne de Peguis avait été représentée par un avocat (Mitchell) dans ses négociations avec Hydro Manitoba au sujet d’une taxe irrégulièrement prélevée relativement à la vente d’électricité sur une réserve. Le gouvernement du Manitoba avait par la suite réglé la réclamation des Indiens. Leurs honoraires étant demeurés impayés, les avocats de la

hands of the provincial Crown to the extent of their fees. The Peguis Indian Band applied to have the garnishing order set aside because the money, they argued, was paid by “Her Majesty” to the band and, under s. 90(1)(b) of the *Indian Act*, they argued, it was not subject to attachment by a non-Indian. The *Indian Act* defence was rejected by a majority of the Court, Dickson C.J. dissenting, but the band succeeded in the result because all members of our Court agreed that the provincial *Garnishment Act* did not authorize a garnishee against the Crown except in respect of work or services rendered to the Manitoba Crown.

The basis of the majority judgment rejecting the *Indian Act* defence was that the reference in s. 90(1) to “Her Majesty” was to the federal Crown only. Monies flowing under agreements of any description between the band and provincial Crowns were excluded from *Indian Act* protection. In the course of elaborating on that conclusion, however, La Forest J. (with whom five judges agreed) identified a number of considerations that, depending on emphasis, would lead to different results in the present case.

(1) Commercial Agreements Are Excluded

*Mitchell* clearly holds that “any dealings in the commercial mainstream in property acquired in this [ordinary commercial] manner will fall to be regulated by the laws of general application. Indians will enjoy no exemptions from taxation in respect of this property, and will be free to deal with it in the same manner as any other citizen” (p. 138). Noting that provincial governments have no constitutional responsibilities for Indian affairs, La Forest J. stated that if s. 90 were interpreted to include agreements with the provincial Crowns “there is no basis in logic for the further assumption that some, but not all agreements, between Indian bands and [the] Provincial Crown would be contemplated by [s. 90(1)(b)]” (p. 136).

bande avaient obtenu la saisie-arrêt avant jugement de la somme qui leur était due par prélèvement sur les fonds que la Couronne provinciale avait en sa possession pour l'exécution du règlement. La bande indienne de Peguis a demandé l'annulation de l'ordonnance de saisie-arrêt au motif que la somme lui était versée par « Sa Majesté » et qu'en vertu de l'al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*, elle ne pouvait faire l'objet d'une saisie par un non-Indien. La Cour a rejeté à la majorité, avec la dissidence du juge en chef Dickson, le moyen de défense fondé sur la *Loi sur les Indiens*, mais la bande a finalement eu gain de cause, la Cour convenant à l'unanimité que la *Loi sur la saisie-arrêt* ne permettait la saisie-arrêt entre les mains de la Couronne provinciale que pour des travaux ou des services obtenus par elle.

Les juges majoritaires ont rejeté la défense fondée sur la *Loi sur les Indiens* parce que l'expression « Sa Majesté » employée au par. 90(1) ne s'entendait que de l'État fédéral. Les fonds issus d'une entente liant la bande et une province ne bénéficiaient pas de la protection prévue dans la *Loi sur les Indiens*. Cependant, en développant cette conclusion, le juge La Forest (avec l'appui de cinq juges) a énuméré un certain nombre de considérations qui, selon l'importance qui leur est accordée, mènent à des résultats différents en l'espèce.

(1) Exclusion des ententes commerciales

Dans l'arrêt *Mitchell*, la Cour a clairement statué que « toute opération effectuée sur le marché commercial relativement aux biens acquis [dans le cadre d'une opération commerciale ordinaire] sera régie par les lois d'application générale. Les Indiens ne profiteront d'aucune exemption de taxe à l'égard de ces biens et seront libres de les aliéner de la même manière que tout autre citoyen » (p. 138). Soulignant que les gouvernements provinciaux n'ont aucune obligation constitutionnelle à l'égard des Indiens, le juge La Forest a dit qu'à supposer que l'art. 90 s'applique à l'entente conclue avec une Couronne provinciale, « il [serait] illogique de supposer en outre que [l'al. 90(1)(b)] envisage certains [accords] mais non pas tous les [accords] conclus entre les bandes indiennes et une Couronne provinciale » (p. 136).

112

113

(2) Protected Agreements Include All Agreements Between an Indian Band and Her Majesty in Right of Canada

114

As La Forest J. noted “Section 90(1)(b) does not qualify the term ‘agreement’” (p. 137). Accordingly, speaking in the context of the *provincial* Crowns, he stated:

Section 90(1)(b) does not qualify the term “agreement”, and if one interprets “Her Majesty” as including the provincial Crown, it must follow as a matter of due course that s. 90(1)(b) takes in all agreements that could be concluded between an Indian band and a provincial Crown.

. . .

Once one accepts the assumption that “Her Majesty” includes the provincial Crowns, it would be more an exercise in divination than reasoned statutory interpretation to purport to be able to select from among the full spectrum of agreements that can be concluded between Indian bands and provincial Crowns and conclude that Parliament wished s. 90(1)(b) to apply in one case but not in another. [pp. 137 and 146]

115

By parity of reasoning, it could be said, *because* s. 90(1)(b) does not qualify the term “agreement” (and the French term “*accord*” is just as broad) there is no logical basis “to select from among the full spectrum” of agreements that could be concluded between an Indian band and the *federal* Crown, and therefore all such agreements fall within the protection of s. 90(1)(b).

(3) Only Agreements Between an Indian Band and Her Majesty in Right of Canada That Fund Governmental Responsibilities Such as Education, Housing, Health and Welfare Are Protected

116

La Forest J. refers at several points to the federal authority over Indians and lands reserved for Indians under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and to the responsibilities assumed thereunder, which he links back to policies adopted by the British Crown in the *Royal Proclamation* of 1763:

(2) L'accord protégé englobe toute entente liant une bande indienne et Sa Majesté la Reine du chef du Canada

Après avoir signalé que « [l'al.] 90(1)(b) ne qualifie pas le mot “accord” » (p. 137), le juge La Forest a dit au sujet de la Couronne *provinciale* :

L'alinéa 90(1)(b) ne qualifie pas le mot « accord » et si on interprète l'expression « Sa Majesté » comme incluant la Couronne provinciale, il doit s'ensuire normalement que l'al. 90(1)(b) englobe tous les accords qui pouvaient être conclus entre une bande indienne et une Couronne provinciale.

. . .

Si on accepte l'hypothèse que l'expression « Sa Majesté » inclut les Couronnes provinciales, prétendre que l'on est en mesure de choisir parmi toute la gamme d'accords qui peuvent être conclus entre une bande indienne et une Couronne provinciale, pour conclure que le Parlement a voulu que l'al. 90(1)(b) s'applique dans un cas mais non dans l'autre, relèverait davantage de la divination que de l'interprétation législative rationnelle. [p. 137 et 146]

Par souci de cohérence, on pourrait dire, *puisque* l'al. 90(1)(b) ne qualifie pas le mot « accord » (en anglais le mot « *agreement* » est tout aussi général), qu'aucun fondement logique ne permet de « choisir parmi toute la gamme » d'accords qui peuvent être conclus par une bande indienne et la Couronne *fédérale*, de sorte qu'ils bénéficient tous de la protection de l'al. 90(1)(b).

(3) Seul est protégé l'accord entre une bande indienne et Sa Majesté la Reine du chef du Canada qui finance des services gouvernementaux tels que l'éducation, le logement, la santé et l'aide sociale

Le juge La Forest fait plusieurs fois mention de la compétence sur les Indiens et les terres réservées pour eux que confère au gouvernement fédéral le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et des obligations qui en découlent, et il établit un lien avec les politiques adoptées par la Couronne britannique dans la *Proclamation royale* de 1763 :

In summary, the historical record makes it clear that ss. 87 and 89 of the *Indian Act*, the sections to which the deeming provision of s. 90 applies, constitute part of a legislative “package” which bears the impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the Royal Proclamation of 1763. [p. 131]

The *Royal Proclamation* of 1763 was not a treaty, of course, but a unilateral declaration of policy by the Imperial Crown. Only a handful of treaties predated the *Royal Proclamation* of 1763 (such as the treaty with the Mi'kmaq Indians discussed in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456). In his reference to the *Royal Proclamation* of 1763, therefore, La Forest J. must be talking about fulfillment of policies of the Crown that led to the treaties, and not just to the treaties themselves. He goes on to say:

From that time [i.e. 1763] on, the Crown has always acknowledged that it is honour-bound to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess Indians of the property which they hold *qua* Indians, i.e., their land base and the chattels on that land base. [p. 131]

Funding agreements for education, housing, health and welfare (such as the CFA) are of course intimately linked to enabling Indians to continue on their lands, as mentioned earlier. La Forest J. continued at p. 141:

It is perfectly consistent with the tenor of the commitments made by the Crown to Indians through the centuries that the Crown would seek to protect payments of property owed to Indians pursuant to the Crown's treaty obligations in exactly the same way in which it protects all other property to which Indians may lay claim by virtue of their status as Indians. [Emphasis added.]

The underlined words are of significance. God's Lake First Nation possesses its reserve by virtue of Treaty No. 5 and its members live there by virtue of their status as Indians. Importantly, as Sinclair J. pointed out, the community at God's Lake, like many other First Nations' communities, would likely not survive without CFA funding of essential services administered by the band government.

En résumé, le dossier historique indique clairement que les art. 87 et 89 de la *Loi sur les Indiens*, auxquels s'applique la présomption de l'art. 90, font partie d'un ensemble législatif qui fait état d'une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l'existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763. [p. 131]

La *Proclamation royale* de 1763 n'est évidemment pas un traité, mais une déclaration unilatérale de la Couronne impériale. Seuls quelques traités l'ont précédée (dont celui conclu avec les Indiens Mi'kmaq, analysé dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456). Lorsqu'il renvoie à la *Proclamation royale* de 1763, le juge La Forest doit donc avoir en tête le respect des politiques de la Couronne ayant mené aux traités, et non seulement les traités eux-mêmes. Il ajoute :

Depuis [1763], la Couronne a toujours reconnu qu'elle est tenue par l'honneur de protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder des biens qu'ils possèdent en tant qu'Indiens, c'est-à-dire leur territoire et les chatels qui y sont situés. [p. 131]

Il va de soi, je le répète, que les ententes de financement en matière d'éducation, de logement, de santé et d'aide sociale (telles que les EGF) sont intimement liées à la volonté de permettre aux Indiens de continuer d'occuper leurs terres. Le juge La Forest poursuit, à la p. 141 :

Il est tout à fait conforme à la teneur des engagements pris par la Couronne envers les Indiens au cours des siècles, que celle-ci cherche à protéger les paiements de biens dus aux Indiens, conformément à ses obligations prévues par traités, exactement de la même façon qu'elle protège tous les autres biens auxquels les Indiens peuvent prétendre en vertu de leur statut d'Indiens. [Je souligne.]

Le texte souligné est important. La Première Nation de God's Lake tient son droit sur la réserve du Traité n° 5, et ses membres ont le droit d'y vivre parce qu'ils sont Indiens. Il importe de signaler comme l'a fait le juge Sinclair qu'à l'instar de nombreuses autres collectivités autochtones, celle de God's Lake ne pourrait vraisemblablement pas survivre sans le financement — assuré par l'EGF — des services essentiels qu'administre le gouvernement de la bande.

(4) Only Monies Flowing Under “Treaties and Ancillary Obligations” Are Protected

117

In the end, La Forest J. chooses to limit s. 90(1)(b) to “treaties and ancillary agreements” which he explains at p. 124:

... Indian treaties are matters of federal concern and, as I see it, the terms “treaty” and “agreement” in s. 90(1)(b) take colour from one another. It must be remembered that treaty promises are often couched in very general terms and that supplementary agreements are needed to flesh out the details of the commitments undertaken by the Crown; see for an example of such an agreement *Greyeyes v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 385. . . . [Emphasis added.]

In *Greyeyes v. The Queen*, [1978] 2 F.C. 385 (T.D.), federal scholarship monies payable to an Indian student were held exempt from garnishment. La Forest J. characterized the scholarship agreement as “details of the [Crown’s] promise in Treaty No. 6 to provide assistance for education” (p. 135). Some other treaties, particularly the pre-Confederation treaties, make no explicit mention of education. Presumably, under La Forest J.’s interpretation, such funds *could* be garnisheed, because he says at p. 136:

In summary, I conclude that an interpretation of s. 90(1)(b), which sees its purpose as limited to preventing non-natives from hampering Indians from benefiting in full from the personal property promised Indians in treaties and ancillary agreements, is perfectly consistent with the tenor of the obligations that the Crown has always assumed *vis-à-vis* the protection of native property. [Emphasis added.]

B. *Does Mitchell Control the Outcome of This Appeal?*

118

As stated, the *ratio decidendi* of *Mitchell* did not depend on an interpretation of the *Indian Act* but on the Court’s conclusion that the provincial *Garnishment Act*, R.S.M. 1970, c. G20, did not authorize garnishment of the funds in question.

(4) Seuls sont protégés les fonds versés en vertu de « traités et d’accords accessoires »

En fin de compte, le juge La Forest conclut que l’al. 90(1)(b) ne s’applique qu’aux fonds versés en vertu « de traités et d’accords accessoires » (p. 124) :

[L]es traités conclus avec les Indiens relèvent du domaine fédéral et j’estime que les termes « traité » et « accord » à l’al. 90(1)(b) déteignent l’un sur l’autre. Il faut se rappeler que les promesses contenues dans les traités sont souvent formulées en des termes très généraux et que des accords supplémentaires sont nécessaires pour préciser les engagements pris par la Couronne; voir l’exemple d’un tel accord dans la décision *Greyeyes c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 385. . . [Je souligne.]

Dans l’arrêt *Greyeyes c. La Reine*, [1978] 2 C.F. 385 (1<sup>re</sup> inst.), on a conclu que le montant d’une bourse fédérale payable à une étudiante indienne échappait à la saisie. Le juge La Forest a précisé que l’entente sous-jacente établissait « les détails de la promesse [de Sa Majesté] dans le traité n<sup>o</sup> 6 de fournir assistance en matière d’éducation » (p. 135). D’autres traités, notamment ceux conclus avant la Confédération, ne mentionnent pas expressément l’éducation. Suivant l’interprétation du juge La Forest, les fonds obtenus en vertu de ces traités *pourraient* donc être saisis, car il affirme à la p. 136 :

En résumé, je conclus qu’une interprétation de l’al. 90(1)(b), qui considère que son seul objet est d’empêcher les non-Indiens de gêner les Indiens dans leur pleine jouissance des biens personnels promis par traités et par accords accessoires, est tout à fait conforme à la teneur des obligations que la Couronne s’est toujours engagée à respecter à l’égard de la protection des biens des autochtones. [Je souligne.]

B. *L’arrêt Mitchell est-il décisif en l’espèce?*

Je rappelle que la *ratio decidendi* de l’arrêt *Mitchell* ne se fondait pas sur l’interprétation de la *Loi sur les Indiens*, mais sur la conclusion de la Cour portant que la *Loi sur la saisie-arrêt* du Manitoba, L.R.M. 1970, ch. G20, n’autorisait pas la saisie des fonds.

In terms of doctrine, the Court divided over whether the term “Her Majesty” in s. 90(1)(b) of the *Indian Act* included the Crown in right of a province. The majority concluded that it did not. That holding, too, was dispositive of the appeal.

The further refinement that the word “agreements” with the *federal* Crown excludes agreements other than those “ancillary” to a treaty was certainly not necessary to resolve the *Mitchell* appeal, and in my view we ought to take a closer look at the issue in the context of this case where that precise point *is* dispositive.

### C. *Anomalies Are Created by the Treaty Approach*

I have already mentioned what I believe to be some of the problems with the approach outlined by La Forest J. and adopted by the Chief Justice. The essential problem is that s. 90(1)(b) would operate inequitably among bands in relation to the same types of CFA funding for the same essential on-reserve services. It is convenient at this point to elaborate somewhat on the lack of equity which I think ought not to be attributed to Parliament in the absence of very clear language.

My colleague’s approach excludes from s. 87 and s. 89 protection monies paid to bands in many parts of Canada (including most of British Columbia, but also many tracts of land across the country, among them lands not covered by treaty lying on the south watershed of the Ottawa River where the nation’s capital sits). Even in areas where treaties were concluded there are ongoing disputes about which bands were or were not signatories (see, e.g., *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570, aff’g (1989), 58 D.L.R. (4th) 117 (Ont. C.A.), aff’g (1984), 15 D.L.R. (4th) 321 (Ont. H.C.J.)).

Secondly, even among the treaties the enumerated benefits vary greatly. *Greyeyes* dealt with Treaty No. 6 where education happened to

Sur le plan doctrinal, la Cour était divisée quant à savoir si, à l’al. 90(1)(b) de la *Loi sur les Indiens*, « Sa Majesté » s’entendait également de la Couronne provinciale. La majorité a conclu par la négative, ce qui a aussi joué dans l’issue du pourvoi.

Dans cette affaire, il n’était certainement pas nécessaire, pour trancher, de préciser que l’« accord » conclu avec la Couronne *fédérale* ne s’entendait pas d’un autre accord que celui « accessoire » à un traité. Il nous faut à mon sens examiner plus attentivement la question dans le contexte de l’espèce, où elle *est* justement décisive.

### C. *L’approche fondée sur l’application d’un traité crée des disparités*

J’ai déjà mentionné quelques-uns des problèmes que pose à mon avis l’interprétation préconisée par le juge La Forest et reprise par la Juge en chef. La principale difficulté est que l’al. 90(1)(b) s’appliquerait de façon inéquitable aux bandes pour le même type de financement par EGF visant les mêmes services essentiels dans une réserve. Il convient d’apporter quelques éclaircissements sur ce caractère inéquitable que le législateur n’a pu, selon moi, vouloir attribuer à la disposition en l’absence d’un libellé très clair en ce sens.

Premièrement, l’interprétation que privilégie ma collègue prive de la protection des art. 87 et 89 les sommes versées à des bandes dans de nombreuses régions du Canada (y compris la quasi-totalité de la Colombie-Britannique, mais aussi de nombreuses parcelles de terrain au pays, dont certaines — non visées par traité — sont situées dans le bassin hydrographique sud de la rivière des Outaouais, où se trouve la capitale nationale). Même lorsque des traités ont été conclus, des litiges subsistent quant à savoir quelles en sont les bandes signataires (voir p. ex. l’arrêt *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570, conf. (1989), 58 D.L.R. (4th) 117 (C.A. Ont.), conf. (1984), 15 D.L.R. (4th) 321 (H.C.J. Ont.)).

Deuxièmement, même d’un traité à l’autre, les avantages énumérés varient énormément. Dans l’affaire *Greyeyes*, le Traité n<sup>o</sup> 6 mentionnait

119

120

121

122

123

be mentioned but many if not most of the pre-Confederation treaties do not mention education. On what rational basis would Parliament intend scholarship monies to be garnisheed in the case of some Indian students but not others?

124 Thirdly, La Forest J.'s focus in the context of Treaty No. 5 was on the benefits given by "the Crown, as part of the consideration for the cession of Indian lands" (p. 130). In the maritime provinces, however, nothing is said in at least some of the treaties about cession of lands. The Indians say these treaties were treaties of peace and friendship. Nevertheless, as the waves of non-aboriginal settlement arrived, the Indian bands still wound up being dispossessed of their traditional territories (except reserves) regardless of consent. To the extent the exemptions in s. 90 are seen as part of the purchase price for the cession of land, it makes little difference to the dispossessed whether dispossession occurred by agreement or not. The approach taken by the Chief Justice would result in a checkerboard of exemptions and non-exemptions across the country determined by the vagaries of the treaty-making process rather than rational legislative policy.

125 Fourthly, the definition of treaty (to which "agreements" must be found to be "ancillary") is elastic, running the gamut from any "engagements made by persons in authority as may be brought within the term 'the word of the white man'" (*R. v. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), at p. 649, aff'd [1965] S.C.R. vi) to the elaborate modern land claims settlements such as the *Nisga'a Final Agreement* (1999) or the *Umbrella Final Agreement Between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon* (1993). The range of benefits under the modern comprehensive treaties go well beyond the limited CFA categories of government to government-type funding. On what basis can it be said that the extensive modern treaty benefits should be free of tax and execution (unless the exemptions are negotiated away) whereas the CFA benefits even to *treaty* bands do not enjoy such

l'éducation, mais bon nombre des traités antérieurs à la Confédération, sinon la plupart d'entre eux, n'en font pas mention. Comment le législateur pourrait-il raisonnablement vouloir que le montant d'une bourse puisse être saisi dans le cas de certains étudiants autochtones seulement?

Troisièmement, le juge La Forest met surtout l'accent, dans le contexte du Traité n° 5, sur les avantages accordés par Sa Majesté « en contrepartie de la cession des terres des Indiens » (p. 130). Or, dans les provinces maritimes, il est au moins certains traités qui ne font pas mention de la cession de terres. Les Indiens affirment qu'il s'agissait de traités de paix et d'amitié. Quoi qu'il en soit, avec l'arrivée des colons européens, les bandes indiennes se sont retrouvées encore une fois dépossédées de leurs terres ancestrales (à l'exception des réserves), qu'elles les aient cédées ou non. Dans la mesure où les exceptions prévues à l'art. 90 sont considérées comme un élément de la contrepartie versée pour la cession des terres, il importe peu au dépossédé que la dépossession soit issue ou non d'un accord. L'interprétation retenue par la Juge en chef donne lieu à un quadrillage d'exemptions et de non-exemptions fondé sur les aléas de la conclusion des traités plutôt que sur une politique législative rationnelle.

Quatrièmement, le mot « traité » (auquel l'« accord » doit être jugé « accessoire ») a une définition élastique englobant toute une gamme d'ententes allant de [TRADUCTION] « l'engagement pris par une personne en situation d'autorité pouvant être assimilé à "la parole de l'homme blanc" » (*R. c. White and Bob* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), p. 649, conf. par [1965] R.C.S. vi) au règlement à la fois plus récent et complexe de revendications territoriales comme l'*Accord définitif Nisga'a* (1999) et l'*Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon* (1993). Les récents traités globaux offrent une gamme d'avantages beaucoup plus étendue que les EGF prévoyant des transferts de paiement d'un gouvernement à un autre. Comment peut-on dire que les nombreux avantages issus de ces traités devraient être soustraits à la taxation et à l'exécution (sauf

exemptions unless they can be said to be “ancillary” to some 19th century Crown negotiator’s sense of fairness incorporated in an 1875 document written in a language most of the Indians of God’s Lake likely didn’t understand?

No doubt the courts would generously interpret what agreements can be said to “flesh out” the treaties, but that does not help the bands which have no treaties at all.

Finally, it is curious that in s. 88, a neighbouring provision, the word “treaty” appears without the added “or agreement”:

**88.** [General provincial laws applicable to Indians] Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

Either the addition of the words “or agreement” in s. 90(1)(b) means something different than “treaty” in s. 88 or it does not. If it does not, the words “or agreement” are surplusage, a result which courts try to avoid. If it does mean something different but only to the extent it covers agreements “fleshing out” treaties, it means that “agreements fleshing out treaties” are not exempted by s. 88 from provincial laws of general application that touch on “Indian-ness”. The operation of s. 88 is complicated enough without this added dimension. It is more consistent with the legislative purpose of s. 88, it seems to me, to read the word “agreement” in s. 90(1)(b) as going beyond treaties and their modes of implementation.

si les exemptions sont écartées par voie de négociation), alors que les avantages conférés par une EGF même aux bandes soumises au régime d’un traité ne bénéficient de pareilles exemptions que si l’EGF est tenue pour « accessoire » à la notion d’équité qu’un négociateur du XIX<sup>e</sup> siècle a intégrée en 1875 à un document rédigé au nom de Sa Majesté dans une langue que la plupart des Indiens de God’s Lake ne comprenaient probablement pas?

Nul doute que les tribunaux interpréteraient généreusement tout accord dont on pourrait dire qu’il précise les engagements pris dans un traité, mais les bandes non soumises au régime d’un traité seraient laissées pour compte.

Enfin, il est curieux qu’à l’art. 88, une disposition voisine, le mot « traité » soit employé seul sans l’ajout « ou accord » :

**88.** [Lois provinciales d’ordre général applicables aux Indiens] Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d’application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s’y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

À l’alinéa 90(1)(b), l’ajout des mots « ou accord » confère ou non au mot « traité » un autre sens qu’à l’art. 88. Si le sens est le même, l’ajout est inutile, une conclusion que les tribunaux répugnent à tirer. Si le sens est différent, mais seulement dans la mesure où l’accord visé est celui qui précise les engagements découlant d’un traité, il s’ensuit que ce dernier ne bénéficie pas de l’exemption prévue à l’art. 88 à l’égard des lois provinciales d’application générale touchant à l’« indianité ». L’application de l’art. 88 est déjà assez compliquée sans cette dimension supplémentaire. Il me semble plus conforme à l’objet de l’art. 88 que le mot « accord » ait à l’al. 90(1)(b) un sens indépendant des traités et de leurs modalités de mise en œuvre.

126

127

D. *Section 90(1)(b) Should Be Construed to Protect Monies Provided by the Federal Government to Indian Bands for Education, Housing, Health and Welfare and Other Similar Government-Type Essential Services on Reserves*

128 The CFA essentially relates to services provided to other Canadians by their provincial, territorial and municipal governments. It is simply the vehicle by which the federal government delivers programs and services to First Nations with public funds appropriated by Parliament.

129 The government identifies what are generally referred to as essential programs and services that include health, housing, education, welfare and community infrastructure. Funding under the CFA is accounted for in accordance with ss. 32 and 34 of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11. (See *Peace Hills Trust Co. v. Moccasin* (2005), 281 F.T.R. 201, 2005 FC 1364, at para. 12.) In my view the word “agreement” in s. 90(1)(b) should include government to government transfers such as the CFA by embracing what I would call “the public sector services approach”. Such an approach takes the categories of expenditure identified by La Forest J. at pp. 130 and 135 of *Mitchell* (namely education, housing, health and welfare) in the context of the numbered treaties and simply generalizes them more broadly (as I do not read La Forest J. as intending his list to be exhaustive) and applying them to Indian bands more generally (i.e., whether or not there is a treaty in place and irrespective of the benefits conferred by a particular treaty).

130 The public sector services funding approach would not include monies provided by the federal Crown with a more commercial orientation such as the Resource Partnerships Program, Economic Development Opportunity Fund, Resource Acquisition Initiative, Aboriginal Contract Guarantee Instrument, and Aboriginal Business

D. *L'alinéa 90(1)(b) devrait être interprété de façon à protéger les sommes versées aux bandes indiennes par le gouvernement fédéral pour l'éducation, le logement, la santé, l'aide sociale et d'autres services publics essentiels apparentés dans les réserves*

L'EGF porte essentiellement sur des services fournis aux autres Canadiens par les gouvernements provinciaux, territoriaux et municipaux. Il s'agit simplement du moyen retenu par le gouvernement fédéral pour fournir aux Premières Nations les programmes et les services financés grâce aux crédits votés par le Parlement.

Le gouvernement détermine ce qu'on appelle généralement les programmes et les services essentiels, qui visent la santé, le logement, l'éducation, l'aide sociale et les équipements collectifs. Les fonds versés en application de l'EGF sont comptabilisés et justifiés conformément aux art. 32 et 34 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11 (voir *Peace Hills Trust Co. c. Première nation Saulteaux*, [2005] A.C.F. n° 1646 (QL), 2005 CF 1364, par. 12). À mon avis, si l'on adopte ce que j'appelle [TRADUCTION] « l'approche fondée sur les services publics », le mot « accord » employé à l'al. 90(1)(b) s'entend d'un transfert de paiement d'un gouvernement à un autre comme l'EGF. Suivant cette approche, les postes de dépenses énumérés par le juge La Forest aux p. 130 et 135 de l'arrêt *Mitchell* (à savoir l'éducation, le logement, la santé et le bien-être) s'inscrivent dans le contexte des traités numérotés et se voient simplement conférer une portée plus générale (car je ne crois pas que le juge La Forest ait voulu que son énumération soit exhaustive) et ils sont appliqués de façon plus libérale aux bandes indiennes (c.-à-d. sans égard à l'existence d'un traité et peu importe les avantages conférés par un traité en particulier).

L'interprétation fondée sur le financement des services publics ne ferait pas bénéficier de l'exception les sommes versées par la Couronne fédérale en vertu d'un accord à vocation plus commerciale, notamment dans le cadre du Programme de partenariats pour l'exploitation des ressources naturelles, du Fonds pour la création de possibilités

Development Initiative. (See generally, *Gathering Strength — Canada's Aboriginal Action Plan: A Progress Report* (2000), at pp. 18-19.)

I accept that CFAs take a broad approach to what constitutes the “public sector”. This recognizes the stubborn fact that in most reserves the potential for a significant private sector is extremely limited. Self-reliance is a wonderful objective where the potential exists, but its allure should not blind us to deplorable socio-economic realities on the vast majority of reserves.

It seems to me a public sector services funding approach is consistent with the text, context and purpose of the relevant provisions of the *Indian Act* for the following reasons.

(1) The Text

Section 90(1)(b) does not qualify the term “agreement”, and as pointed out by La Forest J. in *Mitchell* “it would be more an exercise in divination than reasoned statutory interpretation to purport to be able to select from among the full spectrum of agreements that can be concluded between Indian bands and provincial Crowns and conclude that Parliament wished s. 90(1)(b) to apply in one case but not in another” (p. 146). The reason why *Mitchell* ultimately suggested differentiation among “agreements” was not the text of s. 90(1)(b) but because of the difference in provincial and federal responsibilities for Indian affairs under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* and the *Indian Act* and related Crown policies. I turn therefore to context.

(2) The Context

As mentioned, *Mitchell* identifies s. 90(1)(b) as “part of a legislative ‘package’ which bears the

économiques, de l’Initiative pour l’acquisition des ressources, du mécanisme de cautionnement des marchés autochtones et de l’Initiative de développement des entreprises autochtones (voir généralement *Rassembler nos forces — Le plan d’action du Canada pour les questions autochtones : Rapport d’étape* (2000), p. 17-19).

J’admets que l’adjectif « public » est interprété largement pour les besoins d’une EGF. Il demeure en effet que dans la plupart des réserves, la possibilité d’un secteur privé florissant est très mince. L’autonomie est un objectif louable lorsqu’elle est possible, mais son attrait ne doit pas occulter la situation socio-économique déplorable de la plupart des réserves.

Pour les motifs qui suivent, j’estime que l’approche fondée sur le financement des services publics est compatible avec le libellé, le contexte et l’objet des dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*.

(1) Le libellé

L’alinéa 90(1)(b) ne restreint pas la portée du mot « accord » et, comme l’a signalé le juge La Forest dans l’arrêt *Mitchell*, « prétendre que l’on est en mesure de choisir parmi toute la gamme d’accords qui peuvent être conclus entre une bande indienne et une Couronne provinciale, pour conclure que le Parlement a voulu que l’al. 90(1)(b) s’applique dans un cas mais non dans l’autre, relèverait davantage de la divination que de l’interprétation législative rationnelle » (p. 146). Dans l’affaire *Mitchell*, ce n’est pas le libellé de l’al. 90(1)(b) qui a finalement amené la Cour à voir une distinction entre les « accords », mais la différence entre les obligations provinciales et fédérales à l’égard des Indiens suivant le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la *Loi sur les Indiens* et les politiques connexes de la Couronne. Je passe donc à l’examen du contexte.

(2) Le contexte

Comme je l’ai mentionné, dans l’arrêt *Mitchell*, la Cour précise que l’al. 90(1)(b) fait « partie d’un

131

132

133

134

impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the Royal Proclamation of 1763” (p. 131). Part of that obligation is to address the issue of potential dispossession (*ibid.*). Much of the *Indian Act* is concerned with the inalienability of reserves and “[t]he exemptions from taxation and distraint have historically protected the ability of Indians to benefit from [reserve] property” (*ibid.*, at p. 130). I agree with my colleague that this context properly limits the scope of the word “agreement” in s. 90(1)(b), but I do not agree with where the Chief Justice would draw the line. In my view, the relevant context has little to do with treaties (after all s. 90(1)(b) says “treaty or agreement”) and much to do with the general problems associated with First Nations’ reserves and steps taken to protect and encourage their survival as liveable communities. It also has to do with statutory mechanisms put in place to ensure that public monies “given” to an Indian band for essential public services are used for the intended purposes.

### (3) The Purpose

135 Survival of reserves is assured in the treaty context by “assistance in spheres such as education, housing, and health and welfare” (*Mitchell*, at p. 135). The financial lifeline is provided these days by the CFAs. Survival of reserves for *non-treaty* Indian bands is assured by the same lifeline. Whether or not a band signed a treaty in 1909 (or 1809 for that matter) is irrelevant to the preservation and betterment of viable reserves. In my view the purpose of the “legislative package” is undermined rather than advanced by my colleague’s interpretation of s. 90(1)(b). I believe the public sector services funding approach better serves the legislative purpose.

136 Firstly, the public sector services funding approach would still exclude commercial dealings (such as those under the Aboriginal Business Development Initiative) as well as monies provided by the Provincial Crown (e.g., the Casino Rama

ensemble législatif qui fait état d’une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l’existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763 » (p. 131). Et cette obligation consiste entre autres à contrer le risque de dépossession (*ibid.*). La *Loi sur les Indiens* a pour objet en grande partie d’assurer l’inaliénabilité des réserves et « [h]istoriquement, les exemptions de taxe et de saisie ont protégé de deux façons la capacité des Indiens de profiter de cette propriété » (*ibid.*, p. 130). Je conviens avec la Juge en chef que ce contexte limite à juste titre la portée du mot « accord » à l’al. 90(1)(b), mais je diverge d’opinion sur la mesure dans laquelle elle la limite. À mon avis, le contexte considéré a peu à voir avec les traités (après tout, l’al. 90(1)(b) dit « traité ou accord »), mais beaucoup avec les problèmes généraux liés aux réserves des Premières Nations et aux mesures prises pour les protéger et y assurer la présence de collectivités viables. Il s’entend aussi des mécanismes légaux établis pour faire en sorte que les fonds publics « donnés » à une bande indienne pour des services publics essentiels soient affectés à de tels services.

### (3) L’objectif

Sous le régime des traités, la survie des réserves est assurée par l’« aide en matière d’éducation, de logement, de santé et de bien-être » (*Mitchell*, p. 135). De nos jours, l’appui financier fait l’objet d’EGF, qui assurent également le maintien des réserves des bandes indiennes *non-soumises* au régime d’un traité. Qu’une bande ait signé ou non un traité en 1909 (voire en 1809) importe peu pour le maintien de réserves viables et l’amélioration de leur situation. Selon moi, l’interprétation de l’al. 90(1)(b) par ma collègue compromet la réalisation de l’objectif de l’« ensemble législatif » au lieu de la favoriser. J’estime que l’interprétation fondée sur le financement des services publics est davantage compatible avec l’objectif du législateur.

Premièrement, elle exclut elle aussi les opérations commerciales (comme celles visées par l’Initiative de développement des entreprises autochtones), de même que les sommes versées par les gouvernements provinciaux (p. ex. les recettes du

revenues addressed by the Court in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37).

Secondly, the public sector services funding approach would avoid tying the exemption to the historical anomalies created by the treaty-making process. It would treat the non-treaty Salish bands of British Columbia on the same basis (for this purpose) as the Cree bands who signed treaties on the prairies. No dramatic consequence would flow from the fact that Treaty No. 6 refers to providing a “medicine chest” whereas other treaties do not. The emphasis would be on the public sector purpose of the funding rather than the elevation of historical anomalies to the level of legislative policy.

Thirdly, the public sector services funding approach puts the focus on the location where the needs of the band are to be met (the reserve) rather than on where the federal funds voted by Parliament for that purpose happen to be on deposit (off-reserve).

Fourthly, the public sector services funding approach avoids differential treatment of CFA funds depending on whether the band is rich enough to attract to its reserve a branch of a deposit-taking financial institution. The s. 89 exemption would not be limited to CFA funds on deposit at the Scotiabank branch on the Standoff Reserve of the Blood First Nation in Alberta, or the Royal Bank branch at the Norway House Reserve in Manitoba. By virtue of the deeming provision in s. 90(1)(b) the exemption would also cover CFA funds deposit in Winnipeg to the credit of the God's Lake Band (which adhered to Treaty No. 5 at roughly the same time as the Norway House Band).

As mentioned, other types of funding (e.g., for economic development) are, with minor exceptions handled outside the CFA framework. Thus, federal government methods of funding make it relatively easy to segregate those funds protected under s. 90(1)(b). There will, of course, be issues of interpretation as to whether to characterize some agreements as falling within or outside government to government transfer payments for public on-reserve

Casino Rama considérées dans l'arrêt *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37).

Deuxièmement, elle évite de lier l'exception aux disparités historiques engendrées par le processus de conclusion des traités. Les Salish de la Colombie-Britannique, non soumis au régime d'un traité, bénéficieraient (à cet égard) du même traitement que les Cris, signataires de traités sur les Prairies. Le fait que le Traité n° 6 mentionne la fourniture d'un « buffet à médicaments », et d'autres pas, est sans grande conséquence. L'accent est mis sur le volet services publics du financement au lieu que les disparités historiques soient élevées au rang de politiques législatives.

Troisièmement, elle s'attache au lieu où doivent être satisfaits les besoins de la bande (la réserve) plutôt qu'au lieu du dépôt des fonds votés par le Parlement (hors réserve).

Quatrièmement, elle permet d'éviter que les fonds versés conformément à une EGF soient traités différemment selon que la bande dispose ou non de moyens suffisants pour attirer une institution de dépôt dans sa réserve. L'exception prévue à l'art. 89 ne viserait pas que les fonds issus d'une EGF déposés à la succursale de la banque Scotia située sur la réserve de la Première Nation des Blood, à Standoff, en Alberta ou à celle de la banque Royale située dans la réserve de Norway House, au Manitoba. Par application de la présomption établie à l'al. 90(1)(b), l'exception s'appliquerait également aux fonds issus d'une EGF versés au crédit de la bande de God's Lake (qui a adhéré au Traité n° 5 à peu près au même moment que la bande de Norway House) à Winnipeg.

Je rappelle que d'autres types de financement (notamment pour le développement économique) échappent, à quelques exceptions près, au cadre de l'EGF. Ainsi, les modes de financement fédéraux permettent assez facilement de déterminer quels fonds sont protégés par l'al. 90(1)(b). Il arrivera bien sûr que l'on se demande si un accord prévoit ou non des paiements de transfert d'un gouvernement à un autre pour les services publics sur

137

138

139

140

services, but these can be resolved on the basis of the “generous and liberal” principles of statutory interpretation favourable to the Indians established in *Nowegijick* and affirmed in *Mitchell*, at p. 142. In the interest of certainty, I would characterize funds flowing under the present CFA model as wholly protected, as discussed below.

141 The Attorney General of Canada expressed a concern that if s. 90(1)(b) included CFA funds then s. 90(3) would require ministerial approval for their disbursement. The short answer to that is that the CFA itself is ministerial authority for disbursement. The Chief Justice agrees to some extent (para. 45) but points out that the Minister cannot be taken to have given approval to expenditure of funds under agreements which “d[o] not specify how funds are to be spent” (a consideration that does not arise in the case of the CFA) nor can the Minister be taken to have approved funds “not put to the proper use”. I agree with that qualification, of course, but the lack of ministerial agreement with improper diversion of funds is in any event clear from the terms of the CFA itself. Lack of ministerial consent will not prevent the funds from being diverted from the agreed CFA purposes. Only a purposeful as opposed to restrictive reading of s. 90(1)(b) will accomplish that objective.

(4) Is This Outcome “Paternalistic”?

142 I believe the concern about the need to avoid “paternalism” is, with respect, misdirected. The issue was related by La Forest J. in *Mitchell* to the *commercial* dealings of Indian bands:

Indians, I would have thought, would much prefer to have free rein to conduct their affairs as all other fellow citizens when dealing in the commercial mainstream.

. . . .

Any special considerations, extraordinary protections or exemptions that Indians bring with them to the market-place introduce complications and would seem guaranteed to frighten off potential business partners. [pp. 146-47]

143 I do not accept, with respect, that this concern should disqualify the CFAs from the protection

la réserve, mais on pourra trancher en recourant à une interprétation « généreuse et libérale » qui profite aux Indiens (arrêt *Nowegijick*, conf. dans l’arrêt *Mitchell*, p. 142). Pour plus de certitude, je dirais des fonds issus de l’EGF considérée en l’espèce qu’ils sont entièrement protégés, comme je l’explique ci-après.

Le procureur général du Canada dit craindre que si l’al. 90(1)(b) protège les fonds issus d’une EGF, l’al. 90(3) exige le consentement du ministre à leur versement. On peut lui opposer simplement que l’EGF emporte elle-même consentement au versement. La Juge en chef en convient jusqu’à un certain point (par. 45), mais elle signale que l’on ne saurait présumer que le ministre a consenti à l’affectation des fonds lorsque l’entente « ne précise pas comment les fonds doivent être dépensés » (ce qui ne vaut pas pour l’EGF) ou que les fonds « sont employés autrement ». Je suis bien sûr d’accord avec cette nuance, mais j’estime que de toutes façons, le libellé même de l’EGF n’autorise clairement pas la réaffectation inappropriée des fonds. L’absence de consentement ministériel n’empêchera pas que les fonds soient affectés à d’autres usages que ceux stipulés dans l’EGF. Seule une interprétation téléologique plutôt que restrictive de l’al. 90(1)(b) permettra d’atteindre l’objectif poursuivi.

(4) S’agit-il d’une interprétation paternaliste?

Avec déférence pour l’avis contraire, je crois que la crainte du « paternalisme » est injustifiée. Le juge La Forest dans *Mitchell* a relié cette question aux opérations *commerciales* des bandes indiennes :

J’aurais cru que les Indiens auraient préféré davantage avoir les mains libres pour mener leurs affaires comme tout autre concitoyen lorsqu’ils font affaires sur le marché commercial.

. . . .

Toutes considérations spéciales, protections ou exemptions extraordinaires que les Indiens apportent avec eux sur le marché suscitent des complications et sembleraient à coup sûr éloigner des partenaires commerciaux éventuels. [p. 146-147]

En toute déférence, je n’admets pas que cette crainte doive écarter la protection de l’EGF par

of s. 90(1)(b). There is a great difference between withholding protection from funds passing under a tax settlement with the Manitoba government from the claim of the band lawyer to be paid his fees (the facts of *Mitchell*), and withholding protection from CFA funds provided by the federal government out of funds appropriated by Parliament for health, education, housing, welfare and infrastructure on a remote, impoverished, northern reserve (this case) and other disadvantaged reserves across the country.

(5) The CFA Should Be Exempted as a Whole

Exemption of the CFA based on the federal government's present model, advances the federal government policy of promoting "[f]inancially viable Aboriginal governments able to generate their own revenues and able to operate with secure, predictable government transfers". See *Gathering Strength — Canada's Aboriginal Action Plan: A Progress Report*, at p. 3 (emphasis added). As funding models change, the CFA exemption may have to be re-examined, but for the moment I believe any disputes about the minutiae of the CFA should be resolved generously in favour of the Indians under the *Nowegijick* principle of statutory construction referred to earlier.

To impose, as the Chief Justice does, an onus on the band to prove which parts of CFA funding on deposit at any particular time "flesh out" treaty commitments of the Crown (para. 26) and which parts of CFA funding do not, is a burden they cannot discharge, given the deposit of blended monthly payments which are not segregated on a project by project basis.

The objective of predictability and certainty in economic relations between First Nations and non-aboriginal people is better served by a categorical denial of execution or garnishment of CFA funds whether those funds are parked at a financial institution on or off the reserve. The procedure

l'al. 90(1)(b). Il est très différent de soustraire à cette protection, contre la réclamation d'honoraires d'un avocat, les fonds versés conformément à une entente conclue avec le gouvernement du Manitoba relativement à une taxe (comme dans l'affaire *Mitchell*) et de soustraire à la même protection les fonds issus d'une EGF versés par le gouvernement fédéral par prélèvement sur les fonds votés par le Parlement pour la santé, l'éducation, le logement, l'aide sociale et les équipements d'une réserve démunie, y compris une réserve du nord, pauvre et éloignée (comme en l'espèce).

(5) L'EGF devrait être exemptée en totalité

L'exemption de l'EGF fondée sur le modèle actuellement appliqué à l'échelon fédéral fait progresser l'objectif de « gouvernements autochtones viables sur le plan financier et capables de générer leurs propres revenus et de fonctionner à l'aide de transferts gouvernementaux sur lesquels ils peuvent compter » (voir *Rassembler nos forces — Le plan d'action du Canada pour les questions autochtones : Rapport d'étape*, p. 3 (je souligne)). Les modèles de financement changent, et l'exemption reconnue à l'EGF pourrait nécessiter un réexamen, mais pour le moment, j'estime que tout différend quant aux menus détails de l'EGF devrait être généreusement résolu en faveur des Indiens conformément au principe d'interprétation législative établi dans l'arrêt *Nowegijick* et mentionné précédemment.

Exiger de la bande, comme le fait la Juge en chef, qu'elle départage les fonds issus de l'EGF et versés sur son compte qui concourent à « précis[er] » les engagements de Sa Majesté suivant un traité (par. 26) et ceux qui n'y concourent pas c'est lui imposer un fardeau dont elle ne peut s'acquitter puisque les fonds déposés chaque mois sont confondus et non ventilés.

La prévisibilité et la certitude des relations financières entre les Premières Nations et les non-Autochtones sont mieux assurées par la protection absolue des fonds issus d'une EGF contre la saisie-arrêt ou l'exécution, que ces fonds soient déposés dans une institution financière située ou non dans

144

145

146

suggested by my colleague, with respect, simply adds the uncertainties of litigation to an already complicated situation.

147 This is a test case to establish matters of legal principle. Litigation in the general run of cases over what is or what is not sufficiently connected to a treaty to qualify for s. 90(1)(b) protection will drain First Nation finances that should be put to better use elsewhere.

(6) Protection of Suppliers

148 The protection of suppliers such as the respondent is not difficult. Get your money up front. Alternatively, require the Chief and band council to obtain ministerial approval under s. 90(2) of a waiver of ss. 89-90 protection.

(7) The Public Purse May Now Pay Twice for the Same Services

149 As mentioned earlier, the appellant band appears to have incurred debts of about \$3 million without the means of repayment. The creditors will seek to garnishee payment of those debts from the roughly \$7 to \$9 million annual CFA funding. If the garnishee is successful there will not be enough money to pay for essential public services. This means either band members will live in the "third world conditions" described by RCAP or the federal government will step in at some stage to fund the delivery of the essential services it had already funded under the CFA but which funds were diverted to other priorities determined by the band council. The first alternative is to perpetuate what RCAP calls a national embarrassment. The other alternative is for the public to pay twice. Neither is palatable public policy. In my view, Parliament cannot have intended an interpretation of s. 90(1)(b) that creates such a Hobson's choice.

la réserve. Avec déférence, la procédure préconisée par ma collègue ne fait qu'ajouter à une situation déjà compliquée l'issue incertaine d'une instance judiciaire.

Le présent pourvoi est une cause type pour l'établissement de principes juridiques. Tout différend quant à savoir si un accord est suffisamment lié à un traité pour que s'applique la protection prévue à l'al. 90(1)(b) exigera des Premières Nations qu'elles y consacrent des sommes qu'il vaudrait mieux qu'elles emploient à autre chose.

(6) Protection des fournisseurs

Il n'est pas difficile pour un fournisseur de se protéger comme l'intimée. Il lui suffit de se faire payer à l'avance ou de demander au chef et au conseil de bande d'obtenir sur le fondement du par. 90(2) le consentement du ministre à la renonciation à la protection prévue aux art. 89 et 90.

(7) Le contribuable pourrait désormais payer les mêmes services deux fois

Rappelons que la bande appelante semble avoir contracté une dette d'environ 3 millions de dollars qu'elle n'est pas en mesure d'acquitter. Les créanciers tenteront d'obtenir la saisie-arrêt de cette somme sur les quelque 7 à 9 millions de dollars versés chaque année conformément à l'EGF. S'ils y parviennent, il n'y aura plus assez d'argent pour les services publics essentiels. Cela signifie que les membres de la bande devront vivre dans les conditions misérables décrites par la CRPA ou que le gouvernement fédéral devra intervenir à un moment donné pour financer de nouveau les services essentiels visés par l'EGF, les fonds issus de cette dernière ayant été affectés à d'autres priorités du conseil de bande. La première éventualité perpétuerait ce que la CRPA qualifie de situation gênante pour les Canadiens, la deuxième ferait payer le contribuable deux fois. Ni l'une ni l'autre ne constitue une politique gouvernementale acceptable. À mon avis, le législateur ne peut avoir voulu que l'interprétation de l'al. 90(1)(b) mène ainsi à un choix qui n'en est pas un.

## VII. Conclusion

I would allow the appeal and restore the conclusion reached by Sinclair J.

### APPENDIX

*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5

**87.** (1) Notwithstanding any other Act of Parliament or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely,

- (a) the interest of an Indian or a band in reserve lands or surrendered lands; and
- (b) the personal property of an Indian or a band situated on a reserve.

(2) No Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (1)(a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property.

(3) No succession duty, inheritance tax or estate duty is payable on the death of any Indian in respect of any property mentioned in paragraphs (1)(a) or (b) or the succession thereto if the property passes to an Indian, nor shall any such property be taken into account in determining the duty payable under the *Dominion Succession Duty Act*, chapter 89 of the Revised Statutes of Canada, 1952, or the tax payable under the *Estate Tax Act*, chapter E-9 of the Revised Statutes of Canada, 1970, on or in respect of other property passing to an Indian.

**89.** (1) Subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian or a band.

(1.1) Notwithstanding subsection (1), a leasehold interest in designated lands is subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress and execution.

(2) A person who sells to a band or a member of a band a chattel under an agreement whereby the right of property or right of possession thereto remains wholly

## VII. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la conclusion du juge Sinclair.

### ANNEXE

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5

**87.** (1) Nonobstant toute autre loi fédérale ou provinciale, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation :

- a) le droit d'un Indien ou d'une bande sur une réserve ou des terres cédées;
- b) les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve.

(2) Nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas (1)a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens.

(3) Aucun impôt sur les successions, taxe d'héritage ou droit de succession n'est exigible à la mort d'un Indien en ce qui concerne un bien de cette nature ou la succession visant un tel bien, si ce dernier est transmis à un Indien, et il ne sera tenu compte d'aucun bien de cette nature en déterminant le droit payable, en vertu de la *Loi fédérale sur les droits successoraux*, chapitre 89 des Statuts révisés du Canada de 1952, ou l'impôt payable, en vertu de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, chapitre E-9 des Statuts révisés du Canada de 1970, sur d'autres biens transmis à un Indien ou à l'égard de ces autres biens.

**89.** (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les biens d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien ou une bande.

(1.1) Par dérogation au paragraphe (1), les droits découlant d'un bail sur une terre désignée peuvent faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution.

(2) Une personne, qui vend à une bande ou à un membre d'une bande un bien meuble en vertu d'une entente selon laquelle le droit de propriété ou le droit

or in part in the seller may exercise his rights under the agreement notwithstanding that the chattel is situated on a reserve.

**90.** (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

(a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or

(b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve.

(2) Every transaction purporting to pass title to any property that is by this section deemed to be situated on a reserve, or any interest in such property, is void unless the transaction is entered into with the consent of the Minister or is entered into between members of a band or between the band and a member thereof.

(3) Every person who enters into any transaction that is void by virtue of subsection (2) is guilty of an offence, and every person who, without the written consent of the Minister, destroys personal property that is by this section deemed to be situated on a reserve is guilty of an offence.

*Appeal dismissed with costs, BINNIE, FISH and ABELLA JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Orle Davidson Giesbrecht Bargaen, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin: P. Michael Jerch Law Office, Winnipeg.*

de possession demeure acquis en tout ou en partie au vendeur, peut exercer ses droits aux termes de l'entente, même si le bien meuble est situé sur une réserve.

**90.** (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens meubles qui ont été :

a) soit achetés par Sa Majesté avec l'argent des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes;

b) soit donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours réputés situés sur une réserve.

(2) Toute opération visant à transférer la propriété d'un bien réputé, en vertu du présent article, situé sur une réserve, ou un droit sur un tel bien, est nulle à moins qu'elle n'ait lieu avec le consentement du ministre ou ne soit conclue entre des membres d'une bande ou entre une bande et l'un de ses membres.

(3) Quiconque conclut une opération déclarée nulle par le paragraphe (2) commet une infraction; commet aussi une infraction quiconque détruit, sans le consentement écrit du ministre, un bien meuble réputé, en vertu du présent article, situé sur une réserve.

*Pourvoi rejeté avec dépens, les juges BINNIE, FISH et ABELLA sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Orle Davidson Giesbrecht Bargaen, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimée : Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant Manitoba Keewatinook Ininew Okimowin : P. Michael Jerch Law Office, Winnipeg.*