

T-617-85

Montana Band, Chief Leo Cattleman, Marvin Buffalo, Rema Rabbit, Carl Rabbit and Darrell Strongman, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Montana Indian Band, all of whom reside on the Montana Reserve No. 139, in the Province of Alberta (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen (*Defendant*)

and

Samson Band, Chief Victor Buffalo, and Larron Northwest, Roland Littlepoplar, Dolphus Buffalo, Frank Buffalo, Raymond Lightning, Stan Crane, Lawrence Saddleback, Todd (Chester) Buffalo, Arnup Louis, Lester B. Nepoose, Jim Omeasoo, and Robert Swampy, Councillors of the Samson Band, sued on their own behalf and on behalf of the members of the Samson Band of Indians (*Third Parties*)

and

Ermineskin Band, Chief Eddie Littlechild and Ken Cutarm, Gerry Ermineskin, John Ermineskin, Lester Fraynn, Brian Lee, Arthur Littlechild, Richard Littlechild, Emily Minde, Lawrence Rattlesnake, Curtis Ermineskin and Maurice Wolfe, Councillors of the Ermineskin Band, sued on their own behalf and on behalf of the members of the Ermineskin Band of Indians (*Third Parties*)

T-782-97

Chief Florence Buffalo acting on her own behalf and on behalf of all the members of the Samson Cree Nation and Band and the Samson Cree Nation and Indian Band (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada and Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development, Parliament Buildings, Ottawa, Ontario (*Defendants*)

T-617-85

Bande de Montana, le chef Leo Cattleman, Marvin Buffalo, Rema Rabbit, Carl Rabbit et Darrell Strongman, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne de Montana, résidant tous dans la réserve Montana n° 139, dans la province de l'Alberta (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine (*défenderesse*)

et

Bande de Samson, le chef Victor Buffalo, et Larron Northwest, Roland Littlepoplar, Dolphus Buffalo, Frank Buffalo, Raymond Lightning, Stan Crane, Lawrence Saddleback, Todd (Chester) Buffalo, Arnup Louis, Lester B. Nepoose, Jim Omeasoo, et Robert Swampy, conseillers de la Bande de Samson, en leur propre nom et au nom des membres de la bande indienne de Samson (*mis en cause*)

et

Bande d'Ermineskin, le chef Eddie Littlechild et Ken Cutarm, Gerry Ermineskin, John Ermineskin, Lester Fraynn, Brian Lee, Arthur Littlechild, Richard Littlechild, Emily Minde, Lawrence Rattlesnake, Curtis Ermineskin et Maurice Wolfe, conseillers de la bande d'Ermineskin, en leur propre nom et au nom des membres de la bande indienne d'Ermineskin (*mis en cause*)

T-782-97

Chef Florence Buffalo agissant en son propre nom et au nom de tous les membres de la Nation crie et de la bande indienne de Samson (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, Édifices du Parlement, Ottawa (Ontario) (*défendeurs*)

T-2804-97

**Ermineskin Cree Nation and Chief Gerald Ermineskin, Earl Ted Ermineskin, Maurice Wolfe, Richard Leonard Lightening, Carol Margaret Wildcat, Carol Elizabeth Roasting, Glenda Rae White, Craig Alton Makinaw, Councillors of the Ermineskin Cree Nation, suing on their own behalf and on behalf of the Ermineskin Cree Nation (Plaintiffs)**

v.

**Her Majesty the Queen and The Attorney General of Canada (Defendants)**

**INDEXED AS: MONTANA BAND v. CANADA (T.D.)**

Trial Division, Hugessen J.—Calgary, May 26, 27 and June 17; Ottawa, July 7, 1999.

*Practice — Discovery — Examination for discovery — Motion to strike out written interrogatories filed by plaintiff bands — Objections raised by Crown based on numerous grounds — Purpose of examination for discovery to render trial process fairer, more efficient — Deponent to historical facts not being asked to interpret documents, give opinion — Examination for discovery designed to deal with matters of fact, not “pure” questions of law — Proper on discovery to ask party as to facts underlying conclusion of law — Deponent speaking not for himself but for party — Interrogatories not asking questions of pure law, not to be struck out — Questions not unreasonable, irrelevant, overly broad, ambiguous — Crown’s objections mostly without foundation.*

*Practice — Costs — Case concerning validity of surrender of Indian reserve lands — Parties agreeing Band to conduct discoveries of Crown by written interrogatories — Crown failing to facilitate same, moving to strike virtually all interrogatories on numerous grounds found, for most part, invalid and verging on frivolous — Motion, which occupied two days of Court time, ought not to have been brought — Had Crown not enjoyed minor success on motion, would have been ordered to pay costs on solicitor and client basis — Costs against Crown in any event of cause.*

T-2804-97

**Nation crie d’Ermineskin et le chef Gerald Ermineskin, Earl Ted Ermineskin, Maurice Wolfe, Richard Leonard Lightening, Carol Margaret Wildcat, Carol Elizabeth Roasting, Glenda Rae White, Craig Alton Makinaw, conseillers de la Nation crie d’Ermineskin, en leur propre nom et au nom de la Nation crie d’Ermineskin (demandeurs)**

c.

**Sa Majesté la Reine et le procureur général du Canada (défendeurs)**

**RÉPERTORIÉ: BANDE DE MONTANA c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Hugessen—Calgary, 26 et 27 mai et 17 juin; Ottawa, 7 juillet 1999.

*Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Interrogatoire préalable — Requête en vue de faire radier les interrogatoires écrits déposés par les bandes demanderesse — Les objections soulevées par la Couronne se fondaient sur plusieurs motifs — L’interrogatoire préalable a pour objet de favoriser l’équité et l’efficacité de l’instruction — La personne interrogée sur des faits historiques n’a pas à interpréter des documents ou à donner une opinion — L’interrogatoire préalable ne peut porter que sur des questions de fait, et non pas sur des questions de droit «pur» — Il est approprié à l’étape de l’interrogatoire préalable de demander à une partie quels sont les faits qui sous-tendent une conclusion de droit — Le déposant ne parle pas pour lui-même mais pour la partie qu’il représente — Les interrogatoires n’ont pas porté sur des questions de droit pur et ne doivent pas être radiés — Les questions n’étaient pas déraisonnables, non pertinentes, trop larges ou ambiguës — Les objections de la Couronne étaient pour la plupart sans fondement.*

*Pratique — Frais et dépens — Cas concernant la validité de la cession de réserves indiennes — Les parties se sont entendues pour que la Bande procède par écrit à l’interrogatoire préalable des représentants de la Couronne — La Couronne n’a rien fait pour faciliter ces interrogatoires, voulant faire radier la presque totalité des interrogatoires en s’appuyant sur plusieurs motifs qui ont été jugés, pour la plupart, invalides et frôlant la futilité — La requête, qui a duré deux jours, n’aurait pas dû être présentée — Si la Couronne n’avait pas obtenu gain de cause sur quelques points mineurs soulevés dans la requête, elle aurait été condamnée à payer les dépens sur la base avocat-client — Les frais sont adjugés contre la Couronne en tout état de cause.*

Actions were brought by three Indian bands alleging breaches of the Crown's fiduciary duty towards the plaintiffs and their predecessors. At the discovery stage, it was agreed that the plaintiff bands would proceed by means of written interrogatories. The Crown moved to strike out virtually all of these interrogatories by filing objections based on some nine grounds. These grounds, many of which overlap, could be divided into three categories depending on the nature of the questions asked. The first set of questions was objected to as dealing with historical questions, questions requiring interpretation of documents and questions requiring an opinion; the second set was complained of as being questions requiring the deponent to state the Crown's legal position or seeking argument or evidence and the third set was impugned as constituting questions which were unreasonable, irrelevant, ambiguous or which asked for privileged information. The issue was whether these objections had any foundation.

*Held*, the motion should be allowed in small part but costs awarded against Crown.

The general purpose of examination for discovery is to render the trial process fairer and more efficient by allowing each party to inform itself fully prior to trial of the precise nature of all other parties' positions so as to define fully the issues between them. The key to the propriety of any question on discovery is relevance. The Court, as a part of its policy of encouraging the use of written interrogatories, should view questions in the best possible light. Evasive, unresponsive or ambiguous answers should not be tolerated. The fact that Indian bands have few or no written records relating to their past and must, apart from tradition and oral history, rely to a large extent upon the records of the government itself casts upon the Crown, in its past and continuing capacity as protector and fiduciary of the bands, a particular duty to be open and frank in its disclosures.

As to the first set of questions, the objection, that the facts in issue which form the subject of the interrogatories are beyond living memory, was specious. Where matters of Aboriginal rights are concerned, tradition, custom and oral history may be valid sources of historical fact. The deponent on discovery is not merely a witness but represents and speaks for a party. Governments, more than most institutions, are notorious for keeping records of what they do and such records may be constantly referred to and relied upon as a source of current practice and may be the proper object of discovery. The objection that a deponent to historical facts is being asked to interpret documents or to give an opinion was also rejected. The border between fact

Des actions ont été intentées par trois bandes indiennes qui alléguaient des manquements à l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les demandesses et leurs prédécesseurs. Au stade de l'interrogatoire préalable, il avait été convenu que les bandes demandesses procéderaient par écrit. La Couronne a demandé la radiation de la presque totalité des interrogatoires en formulant des objections fondées sur neuf motifs. Ces motifs, dont plusieurs se chevauchent, peuvent être répartis en trois catégories d'après la nature des questions posées. La première série de questions à laquelle la Couronne s'est opposée traitait de questions à caractère historique, de questions exigeant l'interprétation de documents et de questions exigeant l'expression d'une opinion; la deuxième série de questions exigeait du déposant qu'il énonce la position juridique de la Couronne ou présente des arguments ou des éléments de preuve, et la troisième série de questions était constituée de questions déraisonnables, non pertinentes, ambiguës ou portant sur des renseignements confidentiels. La question est de savoir si ces objections étaient fondées.

*Jugement*: la requête est accueillie sur quelques points mineurs, mais les dépens sont adjugés contre la Couronne.

L'interrogatoire préalable a pour objectif général de favoriser l'équité et l'efficacité de l'instruction en permettant à chacune des parties de se renseigner pleinement, avant l'instruction, sur la nature exacte des positions de toutes les autres parties, de façon à pouvoir définir avec précision les questions qui se posent. La pertinence est le critère clé qu'il faut appliquer aux questions à poser à l'étape de la communication des documents et de l'interrogatoire préalable. Dans le cadre de sa politique d'encouragement à utiliser les interrogatoires préalables écrits, la Cour devrait essayer d'interpréter les questions le plus favorablement possible. Les réponses évasives, ambiguës ou sans rapport avec la question ne doivent pas être tolérées. Le fait que les bandes indiennes ont très peu de registres écrits de leur passé, sinon aucun, ou qu'elles doivent, à l'exception de la tradition et de l'histoire orale, s'appuyer dans une très large mesure sur les registres du gouvernement lui-même, impose à la Couronne, qui a toujours agi à titre de protecteur et de fiduciaire des bandes indiennes, une obligation particulière d'ouverture et de franchise dans la communication des renseignements qu'elle détient.

Pour ce qui a trait à la première série de questions, l'objection selon laquelle les faits en cause, qui font l'objet des interrogatoires préalables, sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner est spécieuse. Lorsque les droits des autochtones sont en cause, la coutume et la tradition orale peuvent être des sources fiables de faits historiques. Le déposant au cours d'un interrogatoire préalable n'est pas un simple témoin, puisqu'il est le représentant et le porte-parole d'une partie. Il est notoire que les gouvernements, encore plus que la plupart des institutions, conservent des archives de ce qu'ils font, que ces archives peuvent être consultées en tout temps et qu'elles constituent une source fiable de ce qui se passait à

and opinion, or between fact and law, is easy to assert but hard to draw on the ground. Many of the questions objected to under this rubric were essential for an understanding of the Crown's position and to tie it down to the facts as pleaded. Discovery is often an essential second step in order to make clear what it is that separates the parties. All objections under this heading were rejected. In dealing with the second set, it was to be noted that examination for discovery is designed to deal with matters of fact, not with "pure" questions of law. However, the line is rarely clear or easy to draw since questions may mix fact and law or fact and argument. So too, questions relating to facts which may have legal consequences or which may themselves be the consequence of the adoption of a certain view of the law are nonetheless questions of fact and may be put on discovery. Questions of this sort are essential for the purposes of properly defining the issues and avoiding surprise. There were, however, a very small number of interrogatories drawn to the Court's attention at the hearing which did ask questions of pure law and should be struck out. As to the third set, counsel made few submissions and the Crown's objections were, for the most part, without foundation.

Virtually all of the Crown's submissions were rejected. This motion, which took up more than two days of Court time, ought not to have been brought. The Crown failed to facilitate written discovery although this had been agreed to. Many of the Crown's objections verged on the frivolous. Had the Crown not enjoyed a minor measure of success upon this motion, it would have been ordered to pay costs on a solicitor and client basis. Costs awarded against the Crown in any event of the cause.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 240, 397(1).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.  
 Treaty No. 6 (1877).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Wewayakum Indian Band v. Wewayakai Indian Band*, [1991] 3 F.C. 420; [1992] 2 C.N.L.R. 177; (1991), 42

l'époque et peuvent faire à bon droit l'objet d'un interrogatoire préalable. L'objection selon laquelle ce qu'on demande à la personne interrogée sur des faits historiques c'est d'interpréter des documents ou de donner une opinion a également été rejetée. La différence entre le fait et l'opinion, comme entre le fait et le droit, est facile à établir dans l'abstrait, mais plus difficile à définir concrètement. Bon nombre des questions faisant l'objet de l'objection soulevée sous cette rubrique étaient essentielles pour comprendre la position de la Couronne et établir un lien avec les faits plaidés. L'interrogatoire préalable est souvent une deuxième étape essentielle pour définir avec précision ce qui oppose exactement les parties. Chacune de ces objections sous cette rubrique a été rejetée. Concernant la deuxième série de questions, il convient de noter que l'interrogatoire préalable ne peut porter que sur des questions de fait, et non sur des questions de droit «pur». Mais la situation est rarement aussi claire. Il peut arriver que des questions mixtes de fait et de droit et/ou de fait et d'argument soient posées. De même, les questions ayant trait à des faits qui peuvent avoir des conséquences juridiques ou qui peuvent elles-mêmes être la conséquence de l'adoption d'une certaine conception du droit sont néanmoins des questions de fait qui peuvent être posées à l'interrogatoire préalable. Les questions de ce genre sont essentielles pour définir correctement les points en litige et éviter les surprises. Toutefois, il y a eu très peu d'interrogatoires qui ont été portés à l'attention de la Cour à l'audience au cours desquels on a posé des questions de droit pur et qui devraient par conséquent être radiés. Quant à la troisième série de questions, les avocats ont fait peu d'observations et les objections de la Couronne étaient pour la plupart sans fondement.

La Couronne a été déboutée sur presque toutes ses prétentions. Cette requête, qui a duré plus de deux jours, n'aurait pas dû être présentée. La Couronne n'a fait aucun effort pour faciliter la communication écrite des documents, même si celle-ci a fait l'objet d'une entente. Bon nombre des objections frôlaient la futilité. Si la Couronne n'avait pas eu, dans de très rares cas, gain de cause dans la requête, la Cour n'aurait pas hésité à lui faire payer les dépens sur la base avocat-client. La Couronne paiera en tout état de cause les dépens.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 240, 397(1).  
 Traité n° 6 (1877).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Bande indienne Wewayakum c. Bande indienne Wewayakai*, [1991] 3 C.F. 420; [1992] 2 C.N.L.R. 177;

F.T.R. 40 (T.D.); *Dick v. The Queen*, [1993] 1 C.N.L.R. 50 (F.C.T.D.); *Enoch Band of the Stony Plain Indians v. Canada* (1996), 110 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); affd (1996), 118 F.T.R. 114 (F.C.T.D.); affd (1998), 222 N.R. 218 (F.C.A.).

## NOT FOLLOWED:

*Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (S.C.); *Chingee v. British Columbia* (1989), 38 C.P.C. (2d) 301 (B.C.S.C.).

## CONSIDERED:

*Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co.* (1988), 91 A.R. 258; [1989] 1 W.W.R. 750; 63 Alta. L.R. (2d) 61; 30 C.P.C. (2d) 1 (C.A.); *Rubinoff v. Newton*, [1967] 1 O.R. 402 (H.C.); *Brennan v. J. Posluns & Co. Ltd.*, [1959] O.R. 22; (1958), 30 C.P.R. 106; 18 Fox Pat.C. 116 (H.C.).

## REFERRED TO:

*Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1984), 1 C.P.R. (3d) 268; 12 C.R.R. 347 (F.C.T.D.); *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1998] 2 F.C. 60; [1998] 2 C.N.L.R. 199; (1997), 221 N.R. 100 (C.A.).

MOTION to strike out most of the written interrogatories filed by plaintiff bands based on numerous grounds of objection. Motion allowed in part.

## APPEARANCES:

*Alain J. Dubuc, Sylvie M. C. Molgat and Michael J. Bailey* for plaintiff Montana Band.

*Priscilla E. S. Kennedy* for plaintiff Samson Band.

*Barbara L. Fisher* for plaintiff Ermineskin Cree Nation.

*James A. MacDonald and Douglas B. Titosky* for defendants.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Dubuc/Osland*, Ottawa, for plaintiff Montana Band.

*Parlee McLaws*, Edmonton, for plaintiff Samson Band.

(1991), 42 F.T.R. 40 (1<sup>re</sup> inst.); *Dick c. La Reine*, [1993] 1 C.N.L.R. 50 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bande d'Enoch des Indiens de Stony Plain c. Canada* (1996), 110 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1996), 118 F.T.R. 114 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1998), 222 N.R. 218 (C.A.F.).

## DÉCISIONS NON SUIVIES:

*Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60; [1986] 3 C.N.L.R. 84 (C.S.); *Chingee v. British Columbia* (1989), 38 C.P.C. (2d) 301 (C.S.C.-B.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co.* (1988), 91 A.R. 258; [1989] 1 W.W.R. 750; 63 Alta. L.R. (2d) 61; 30 C.P.C. (2d) 1 (C.A.); *Rubinoff v. Newton*, [1967] 1 O.R. 402 (H.C.); *Brennan v. J. Posluns & Co. Ltd.*, [1959] O.R. 22; (1958), 30 C.P.R. 106; 18 Fox Pat.C. 116 (H.C.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)* (1984), 1 C.P.R. (3d) 268; 12 C.R.R. 347 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1998] 2 C.F. 60; [1998] 2 C.N.L.R. 199; (1997), 221 N.R. 100 (C.A.).

REQUÊTE fondée sur plusieurs motifs d'objection en vue de faire radier la plupart des interrogatoires écrits déposés par les bandes demanderesse. Requête accueillie en partie.

## ONT COMPARU:

*Alain J. Dubuc, Sylvie M. C. Molgat et Michael J. Bailey* pour la Bande de Montana, demanderesse.

*Priscilla E. S. Kennedy* pour la Bande de Samson, demanderesse.

*Barbara L. Fisher* pour la Nation crie d'Ermineskin, demanderesse.

*James A. MacDonald et Douglas B. Titosky* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Dubuc/Osland*, Ottawa, pour la Bande de Montana, demanderesse.

*Parlee McLaws*, Edmonton, pour la Bande de Samson, demanderesse.

*Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, for plaintiff Ermineskin Cree Nation.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendants.

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

[1] HUGESSEN J.: These actions, which have been joined, deal with matters arising from the adherence of Chief Bobtail and his people to Treaty No. 6 in 1877, the creation of reserves as a result thereof, certain alleged surrenders of those reserves, and certain other alleged activities on the part of the Crown and its agents, the descendants of Chief Bobtail and the three plaintiff bands over a period extending generally through to about 1909, the date of the alleged surrender of the Bobtail reserve. The validity and effects of that surrender are the central issues.

[2] The actions are at the discovery stage and there has been an agreement by counsel that the plaintiff bands will conduct their discoveries of the Crown by means of written interrogatories.

[3] The Crown now moves to strike out virtually all of the interrogatories filed by the plaintiffs Samson and Ermineskin and a very substantial proportion of those filed by the plaintiff Montana. Objection is taken on nine separate grounds, many of which overlap so that a large number of interrogatories are the object of several grounds of objection.

[4] I start my consideration of the matter with some reflections upon the nature and scope of examinations for discovery and interrogatories in modern civil procedure, and in particular under the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106].

[5] The general purpose of examination for discovery is to render the trial process fairer and more efficient by allowing each party to inform itself fully prior to trial of the precise nature of all other parties' positions so as to define fully the issues between

*Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, pour la Nation crie d'Ermineskin, demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada*, pour les défendeurs.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

[1] LE JUGE HUGESSEN: Ces actions, qui ont été réunies, traitent de questions découlant de l'adhésion du chef Bobtail et de ses sujets au Traité n° 6 en 1877, de la création de réserves consécutive à cette adhésion, de certaines cessions alléguées de ces réserves, et de certaines autres activités alléguées de la part de la Couronne et de ses mandataires, des descendants du chef Bobtail et des trois bandes demanderesse sur une période se terminant vers 1909, et de la date de la cession alléguée de la réserve Bobtail. La validité et les effets de cette cession sont les principales questions soulevées en l'espèce.

[2] Les actions en sont au stade de la communication des documents et de l'interrogatoire préalable et les avocats se sont entendus pour que les bandes demanderesse procèdent par écrit à l'interrogatoire préalable des représentants de la Couronne.

[3] La Couronne demande maintenant la radiation de la presque totalité des interrogatoires déposés par les bandes demanderesse de Samson et d'Ermineskin et d'une très grande proportion des interrogatoires déposés par la bande demanderesse de Montana. Les objections qu'elle soulève sont fondées sur neuf motifs distincts, dont plusieurs se chevauchent, de sorte qu'un bon nombre des interrogatoires font l'objet de plusieurs motifs d'objection.

[4] Je commencerai l'examen de cette affaire par quelques réflexions sur la nature et l'étendue de l'interrogatoire préalable dans le cadre de la procédure civile moderne, et en particulier aux termes des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106].

[5] L'interrogatoire préalable a pour objectif général de favoriser l'équité et l'efficacité de l'instruction en permettant à chacune des parties de se renseigner pleinement, avant l'instruction, sur la nature exacte des positions de toutes les autres parties, de façon à

them. It is in the interest of justice that each party should be as well informed as possible about the positions of the other parties and should not be put at a disadvantage by being taken by surprise at trial. It is sound policy for the Court to adopt a liberal approach to the scope of questioning on discovery since any error on the side of allowing questions may always be corrected by the trial judge who retains the ultimate mastery over all matters relating to admissibility of evidence; on the other hand any error which unduly restricts the scope of discovery may lead to serious problems or even injustice at trial.

[6] Of course, there is another side to the coin: in this time of justifiable concern about delays in the litigation process, discoveries must not be permitted to go on endlessly and the Court will be vigilant in the exercise of its discretionary powers to prevent abuses of its process by either party, discoveror or discoveree.

[7] Subject to certain special exceptions such as claims to privilege, the key to the propriety of any question on discovery is relevance; that, in its turn, is determined by the pleadings (rule 240).

[8] While the usual practice is for examinations on discovery to be conducted orally, the Rules make provision for examination by means of written interrogatories and it seems to me that the Court should, as a matter of policy, encourage the use of such interrogatories in appropriate cases. They are likely to be far less time consuming and should do away entirely with any necessity for adjourning the discovery to allow the witness to inform him or herself of the appropriate facts.

[9] The Court has to be aware, however, that interrogatories can pose something of a problem for

pouvoir définir avec précision les questions qui se posent. Il est dans l'intérêt de la justice que chaque partie soit le mieux informée au sujet des positions des autres parties afin de ne pas être défavorisée en étant surprise à l'instruction. Il est tout à fait approprié pour la Cour d'adopter une démarche libérale face à l'étendue des questions pouvant être posées au cours de l'interrogatoire préalable puisqu'une erreur qui serait commise en autorisant des questions non appropriées peut toujours être corrigée par le juge président l'instruction qui décide ultimement de toutes les questions ayant trait à l'admissibilité de la preuve; par ailleurs, toute erreur qui restreindrait indûment l'étendue de l'interrogatoire préalable peut mener à de graves problèmes ou même à des injustices au cours de l'instruction.

[6] Bien entendu, il y a un autre côté à la médaille: à une époque où les préoccupations concernant les retards dans le déroulement du procès sont tout à fait justifiées, les interrogatoires préalables ne doivent pas être autorisés à se poursuivre indéfiniment, et la Cour doit faire preuve de vigilance dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire afin de prévenir les abus de procédure par l'une ou l'autre des parties, autant par celle qui pose les questions que par celle qui doit y répondre.

[7] Sous réserve de certaines exceptions spéciales, comme la revendication d'un privilège, la pertinence est le critère clé qu'il faut appliquer aux questions à poser à l'étape de la communication des documents et de l'interrogatoire préalable; en retour, ce critère est déterminé par les actes de procédure (règle 240).

[8] Bien qu'habituellement les interrogatoires préalables se fassent oralement, les Règles prévoient qu'ils puissent être faits par écrit, et il me semble que la Cour devrait avoir pour politique d'encourager l'utilisation de ces interrogatoires écrits dans les cas qui s'y prêtent. Il est probable que ce genre d'interrogatoires prendrait moins de temps et supprimerait entièrement la nécessité d'ajourner la séance pour permettre au témoin de se renseigner sur les faits appropriés.

[9] Toutefois, la Cour doit être consciente que les interrogatoires préalables peuvent présenter certaines

the party drafting the questions: there is no opportunity to clarify a question which is deliberately or even honestly misunderstood; it may be difficult to foresee an unclear or evasive answer; it may sometimes be necessary to put a large number of questions of a "follow-up" nature based upon supposition or hypothesis as to what the answer to an earlier question will be.

[10] Where these sorts of difficulties arise it is my view that the Court, as a part of its policy of encouraging the use of written interrogatories, should attempt to view questions in the best possible light. Thus, for example, where a question is susceptible of two interpretations, one of which is clearly improper (for instance asking the witness to give a conclusion of law), the Court should prefer the interpretation which would make the question legitimate and admissible. Deponents, for their part, have a duty to make an honest and open attempt to answer. Thus where a deponent demonstrates an obtuseness in understanding a question or produces an answer which has little or no bearing on the facts in issue, the Court will require him or her to answer the question properly in the light of the pleadings and may well attach heavy costs penalties to the party being discovered.

[11] Since it is clear that the answers to interrogatories will almost always be prepared by or with the very active assistance of counsel, evasive, unresponsive or ambiguous answers are not to be tolerated. By the same token, questions whose answers may require some element of law over and above their primarily factual basis may be allowed a somewhat greater latitude.

[12] There is one final comment of a general nature which is related to the particular circumstances of this action. It is, as I have said, an action by three Indian bands against the Crown. It alleges breaches of the Crown's fiduciary duty towards the plaintiffs and their predecessors over a period of time approximately 100 years ago. It is common knowledge that Indian bands have few or no written records relating to their past

difficultés à la partie qui rédige les questions: il n'y a en effet aucune possibilité de faire préciser une question qui est délibérément ou même honnêtement mal comprise; il peut être difficile de prévoir une réponse nébuleuse ou évasive; il peut parfois être nécessaire de poser un grand nombre de questions «à suivre», à cause de l'hypothèse qui a été posée quant à la réponse qui serait donnée à une question antérieure.

[10] Dans les cas où ce genre de difficultés se présente, la Cour devrait, à mon avis, dans le cadre de sa politique d'encouragement à utiliser les interrogatoires préalables écrits, essayer d'interpréter les questions le plus favorablement possible. Par exemple, lorsqu'une question peut donner lieu à deux interprétations, soit une interprétation qui est manifestement inappropriée (par exemple, demander au témoin de tirer une conclusion de droit), la Cour devrait préférer l'interprétation qui rend la question légitime et admissible. Pour leur part, les déposants ont l'obligation de s'efforcer honnêtement de répondre aux questions. Par conséquent, lorsqu'un déposant fait exprès de ne pas comprendre une question ou donne une réponse qui a peu de rapport, sinon aucun, avec les faits en cause, la Cour exigera qu'il réponde correctement à la question en tenant compte des actes de procédure et pourra même lui imposer de lourdes pénalités.

[11] Puisqu'il est clair que les réponses aux interrogatoires préalables seront presque toujours préparées par l'avocat ou avec son aide très active, les réponses évasives, ambiguës ou sans rapport avec la question ne doivent pas être tolérées. De la même manière, une latitude un peu plus grande peut être accordée aux questions dont les réponses peuvent exiger certains éléments de droit en sus de leur fondement principalement factuel.

[12] Il me reste une dernière observation de nature générale à faire concernant les circonstances particulières de cette action. Comme je l'ai dit, il s'agit d'une action intentée par trois bandes indiennes contre la Couronne. L'action allègue des manquements à l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les demandeurs et leurs prédécesseurs sur une période qui date d'environ 100 ans. Il est notoire que les bandes



and must, apart from tradition and oral history, rely to a large extent upon the records of the government itself. This casts upon the Crown, in its past and continuing capacity as protector and fiduciary of the bands, a particular duty to be open and frank in its disclosures. Even within the adversarial relationship created by litigation between them, the Crown continues to owe an historic fiduciary duty to deal fairly and openly with First Nations. This is not to say that there are special rules for Aboriginal claims, but simply that the nature of any claim is part of the context in which any objection to interrogatories is to be decided and that where a claim is in respect of alleged historical injustice by the Crown, that context may be determining.

[13] I turn now to the specific objections raised by the Crown to the interrogatories in these cases. They are, as I have said, nine in number as follows:

1. historical questions beyond the memory of any living person;
2. questions relating to the interpretation of documents;
3. questions requiring the expression of an opinion;
4. questions requiring the deponent to state the Crown's legal position or apply principles of law;
5. questions which ask for arguments or evidence;
6. questions which are unreasonable or unnecessary;
7. questions which are irrelevant or overly broad;
8. questions which are vague and ambiguous;
9. questions which ask for privileged information.

indiennes ont très peu de registres écrits de leur passé, sinon aucun, et qu'elles doivent, à l'exception de la tradition et de l'histoire orale, s'appuyer dans une très large mesure sur les registres du gouvernement lui-même. Cet état de fait impose à la Couronne, qui a toujours agi à titre de protecteur et de fiduciaire des bandes indiennes, une obligation particulière d'ouverture et de franchise dans la communication des renseignements qu'elle détient. Même dans le cadre du débat contradictoire créé par le litige qui existe entre les parties, la Couronne continue d'être liée par cette obligation historique, qui lui impose d'entretenir des rapports équitables et ouverts avec les Premières nations. Cela ne veut pas dire que des règles spéciales s'appliquent aux revendications autochtones, mais simplement que la nature de toute revendication fait partie du contexte dans lequel toute objection aux interrogatoires préalables doit être décidée et que lorsqu'une partie allègue une injustice historique commise par la Couronne, ce contexte peut être déterminant.

[13] J'aborde maintenant les objections précises soulevées par la Couronne concernant les interrogatoires préalables en l'espèce. Ces objections, comme je l'ai déjà dit, sont au nombre de neuf:

1. les questions à caractère historique si anciennes qu'il n'en reste plus de témoins;
2. les questions ayant trait à l'interprétation de documents;
3. les questions exigeant l'expression d'une opinion;
4. les questions exigeant du déposant qu'il énonce la position juridique de la Couronne ou applique des principes de droit;
5. les questions exigeant la présentation d'arguments ou d'éléments de preuve;
6. les questions déraisonnables ou inutiles;
7. les questions non pertinentes ou trop larges;
8. les questions vagues et ambiguës;
9. les questions portant sur des renseignements confidentiels.

As indicated earlier, many of these grounds of objection overlap in the sense that more than one of them may be invoked in support of an objection to any particular question. Many others, notably numbers 6 to 9 above, do not raise any issue of principle but simply require the application of well known rules of law to particular questions. However, numbers 1-3 (which are virtually always invoked simultaneously) and 4 and 5 (which are frequently pleaded as additional grounds) raise some important issues which go to the very heart of the nature of discovery in actions of this sort and require more detailed analysis. I turn to them first.

1-3 Historical questions, questions requiring interpretation of documents, questions requiring an opinion

[14] The Crown's objection on these grounds is based primarily upon two British Columbia cases.<sup>1</sup> In those cases it was held that it is not appropriate at discovery to ask deponents historical facts of which neither they nor any living persons to whom they have access have any memory and which can only be ascertained by reliance upon documentary records. Since the answers will of necessity be based on a reading of the documents, such questions should only be answered by expert historians as a matter of opinion.

[15] This case law has not been followed in this Court. The late and much respected Addy J. in *Wewayakum Indian Band v. Wewayakai Indian Band*<sup>2</sup> led the way. He distinguished the British Columbia jurisprudence and to the extent that he could not do so he disagreed with it. He drew a line between simple historical facts and conclusions or inferences which could be drawn from those facts; the latter were the proper field of detailed study or examination by an expert but the former were every bit as much within the competence of an ordinary witness as any other facts and could properly be the subject of questions on discovery. He described as unacceptable the conclusion that where a claim is based on matters

Comme je l'ai indiqué ci-dessus, bon nombre de ces motifs se chevauchent dans le sens que plus d'un peut être invoqué à l'appui d'une objection formulée à l'égard d'une question en particulier. Plusieurs autres, notamment les motifs énumérés aux points 6 à 9 ci-dessus, ne soulèvent aucune question de principe, mais exigent simplement l'application de règles de droit bien connues à des questions particulières. Toutefois, les motifs 1 à 3 (presque toujours invoqués ensemble) et 4 et 5 (fréquemment plaidés comme motifs additionnels) soulèvent des questions importantes qui vont au cœur même de la nature de l'interrogatoire préalable dans des actions de ce genre et qui exigent une analyse plus détaillée. Je les traiterai en premier.

1 à 3 Questions à caractère historique, questions exigeant l'interprétation de documents, questions exigeant l'expression d'une opinion

[14] L'objection de la Couronne faisant valoir ces motifs se fonde principalement sur deux décisions de la Colombie-Britannique<sup>1</sup>. Dans ces affaires, il a été statué qu'il n'est pas approprié, au stade de l'interrogatoire préalable, d'interroger les déposants sur des faits historiques qu'eux-mêmes ou des personnes encore vivantes qu'ils pourraient consulter ne peuvent se rappeler et qui ne peuvent être vérifiés qu'en se fiant à des registres documentaires. Puisque les réponses seront nécessairement fondées sur la lecture de ces documents, seuls des historiens experts pourront répondre à ces questions en donnant leur opinion.

[15] Ce courant jurisprudentiel n'a pas été suivi par la Cour. Feu le très vénéré juge Addy, dans l'affaire *Bande indienne Wewayakum c. Bande indienne Wewayakai*<sup>2</sup>, a ouvert la voie. Il a fait la distinction avec la jurisprudence de la Colombie-Britannique et, chaque fois qu'il ne pouvait le faire, il a rejeté cette jurisprudence. Il a établi une distinction entre les simples faits historiques et les conclusions ou les inférences qui peuvent être tirées de ces faits; les conclusions ou inférences relèvent à bon droit de l'étude ou de l'examen détaillé fait par un expert, mais les faits historiques sont autant de la compétence d'un témoin ordinaire que le serait tout autre fait et peuvent très bien faire l'objet de questions à l'étape de

which are beyond living memory, only expert historians could be admitted to testify as to the facts.

[16] In *Dick v. The Queen*,<sup>3</sup> Jerome A.C.J. cited and followed Addy J.'s decision. He held that questions relating to the circumstances in which a reserve had been allotted to a band were properly the subject-matter of discovery and should be answered. Mere production of the underlying documents was not enough and the Crown was obliged to answer questions of fact central to the issues between the parties.

[17] Finally in *Enoch Band of the Stony Plain Indians v. Canada*,<sup>4</sup> Prothonotary Hargrave, following the earlier jurisprudence, held that questions regarding the circumstances surrounding a surrender poll and the execution of surrender documents could properly be put and should be answered. This aspect of his decision was left undisturbed both on appeal to this Division and on further appeal to the Court of Appeal.

[18] In my view this jurisprudence is sound. The objection that the facts in issue which form the subject of the interrogatories are beyond living memory seems, with respect, to be specious. Especially where matters of Aboriginal rights are concerned, tradition custom and oral history may be valid sources of historical fact. The deponent on discovery is not a simple witness but is the representative of and speaks for a party *qua* party. Furthermore, institutions may also have memories and the Crown is quintessentially one such institution. To say that the Crown can have no factual information about anything which goes beyond living memory (as a practical matter, some time after the First World War) seems to me to be absurd. Governments, more than most institutions, are notorious for keeping records of what they do and such records may be constantly referred to and relied upon as a source of current practice even today. While most such records will be in documentary form it is

l'interrogatoire préalable. Il a qualifié d'inacceptable la conclusion selon laquelle, lorsqu'une réclamation se fonde sur des faits si anciens qu'il n'en reste plus de témoins, seuls des historiens experts peuvent être autorisés à témoigner à leur sujet.

[16] Dans l'affaire *Dick c. La Reine*<sup>3</sup>, le juge en chef adjoint Jerome a cité et suivi la décision du juge Addy. Il a statué que les questions ayant trait aux circonstances dans lesquelles une réserve avait été attribuée à une bande pouvaient à bon droit être posées dans le cadre d'un interrogatoire préalable et qu'il fallait y répondre. La simple production de documents à l'appui n'était pas suffisante et la Couronne a été obligée de répondre à des questions de fait essentielles aux points en litige entre les parties.

[17] Finalement, dans la décision *Bande d'Enoch des Indiens de Stony Plain c. Canada*<sup>4</sup>, le protonotaire Hargrave, suivant la jurisprudence antérieure, a statué que des questions concernant les circonstances entourant la tenue d'un scrutin au sujet d'une cession et la signature des documents de cession pouvaient à bon droit être posées et qu'il fallait y répondre. Cet aspect de sa décision n'a pas été modifié dans les appels formés devant la Section de première instance et devant la Cour d'appel.

[18] À mon avis, cette jurisprudence est juste. L'objection selon laquelle les faits en cause, qui font l'objet des interrogatoires préalables, sont survenus il y a trop longtemps pour que des personnes puissent en témoigner me semble spécieuse. Particulièrement lorsque les droits autochtones sont en cause, la coutume et la tradition orale peuvent être des sources fiables de faits historiques. Le déposant au cours d'un interrogatoire préalable n'est pas un simple témoin, puisqu'il est le représentant et le porte-parole d'une partie en tant que partie. Qui plus est, les institutions peuvent également avoir une mémoire, et la Couronne en est l'exemple le plus parfait. Prétendre que la Couronne ne peut avoir de renseignements factuels sur des points si anciens qu'il n'en reste plus de témoins (en fait, quelque temps après la Première Guerre mondiale) me semble absurde. Il est notoire que les gouvernements, encore plus que la plupart des institutions, conservent des archives de ce qu'ils font,

by no means inconceivable that institutional memory may manifest itself in other forms such as practices and traditions. If these are the source of factual allegations by or against the Crown, they may surely be made the proper object of discovery.

[19] I also find unconvincing the objection that a deponent to historical facts is being asked to interpret documents or to give an opinion. The rule against requiring a deponent to interpret documents is most properly applied where the document in question is a contract and the witness is asked what he or she thinks it means. Documents, however, can and do serve as the basis of a great deal of factual information and a deponent who is asked to give such information is not being asked to interpret the document or to give an opinion but rather to state on behalf of the party he or she represents, that party's understanding of the facts represented therein. Even in a wholly modern context, records are often expressed in some form of code, overt or covert; a corporate party, or even an individual, may surely be asked to give the true meaning of such records.

[20] It is nothing new to say that the border between fact and opinion, like that between fact and law, is easy to assert but hard to draw on the ground. It is better to have the deponent answer any marginal questions and if the answer turn out to be simply the expression of a personal point of view the Trial Judge can deal with the matter appropriately if necessary.

[21] Finally, it seems to me that many of the questions objected to under this rubric are essential for

que ces archives peuvent être consultées en tout temps et qu'elles constituent une source fiable de ce qui se passait à l'époque, même aujourd'hui. Bien que la plupart de ces archives soient constituées de documents, il n'est pas inconcevable de penser que la mémoire institutionnelle puisse se manifester sous d'autres formes, par exemple sous forme de pratiques et de traditions. Si ces pratiques et traditions sont la source d'allégations de fait invoquées par ou contre la Couronne, elles peuvent certainement faire à bon droit l'objet d'un interrogatoire préalable.

[19] Je ne suis pas non plus convaincu par l'objection selon laquelle ce qu'on demande à la personne interrogée sur des faits historiques c'est d'interpréter des documents ou de donner une opinion. La règle interdisant à un déposant d'interpréter des documents est à bon droit appliquée lorsque le document en question est un contrat et qu'on demande au témoin de se prononcer sur la signification de ce contrat. Toutefois, les documents peuvent servir et servent effectivement de fondement à un grand nombre de renseignements factuels et le déposant à qui on demande de fournir de tels renseignements, n'est pas requis d'interpréter le document ou de donner son opinion, mais plutôt de dire au nom de la partie qu'elle représente ce que celle-ci comprend des faits qui sont énoncés dans le document. Même dans un contexte tout à fait moderne, les faits consignés dans des archives sont souvent exprimés selon un certain code, explicite ou implicite; on peut certainement demander à une personne morale, ou même à un particulier, de révéler la véritable signification de ces archives.

[20] Je n'apprendrai rien à personne en disant que la différence entre le fait et l'opinion, comme celle entre le fait et le droit, est facile à établir dans l'abstrait, mais plus difficile à définir concrètement. Il est préférable que le déposant réponde à des questions marginales et si, au bout du compte, la réponse n'est que l'expression d'un point de vue personnel, le juge de première instance pourra au besoin régler cette question de façon appropriée.

[21] Finalement, il me semble que bon nombre des questions faisant l'objet de l'objection soulevée sous

the purpose of understanding the Crown's position and tying it down to the facts as pleaded. That is an essential part of the defining of the issues and while such definition is, in the first instance, done by the pleadings, discovery is often an essential second step in order to make clear what exactly it is that separates the parties. The statement of defence in these actions contains many detailed assertions of fact as to the activities both of the Crown and its agents and of the plaintiffs and their predecessors. If the Crown has no knowledge of those facts, the plaintiffs are entitled to know that. If on the other hand the Crown's knowledge of certain historical facts is based upon and limited to statements contained in certain documents the plaintiffs are entitled to know that as well. Neither the plaintiffs nor the Crown should be obliged to go to trial not knowing exactly what it is that the other side knows and relies upon as a provable fact, and what is mere hopeful guesswork.

[22] For the foregoing reasons I reject each of these objections.

4-5 Questions requiring the deponent to state the Crown's legal position or seeking argument or evidence

[23] There is of course no question that examination on discovery is designed to deal with matters of fact. "Pure" questions of law are obviously an improper matter to put to a deponent. It is likewise with argumentative questions and questions which ask a party to state what evidence it proposes to lead at trial. But the line is rarely clear or easy to draw. Questions may mix fact and law or fact and argument; they may require the deponent to name a witness; they may still be proper. So too, questions relating to facts which may have legal consequences or which may themselves be the consequence of the adoption of a certain view of the law are nonetheless questions of fact and may be put on discovery.

cette rubrique sont essentielles pour comprendre la position de la Couronne et établir un lien avec les faits plaidés. Il s'agit là d'une partie essentielle de la définition des points en litige et bien que cette définition soit, en premier lieu, donnée dans les actes de procédure, l'interrogatoire préalable est souvent une deuxième étape essentielle pour définir avec précision ce qui oppose exactement les parties. Dans ces actions, la défense contient de nombreuses affirmations de fait détaillées quant aux activités de la Couronne et de ses mandataires et de celles des demandeurs et de leurs prédécesseurs. Si la Couronne n'a aucune connaissance de ces faits, les demandeurs ont le droit d'en être informés. Par ailleurs, si la connaissance qu'a la Couronne de certains faits historiques se fonde uniquement sur des déclarations contenues dans certains documents, les demandeurs ont tout autant le droit d'en être informés. Ni les demandeurs ni la Couronne ne devraient être obligés de se présenter à l'instruction en ne sachant pas exactement ce que sait l'autre partie et ce qu'elle compte utiliser comme faits probants, et ce qu'elle a simplement supposé.

[22] Pour les motifs précités, je rejette chacune de ces objections.

4 à 5 Questions exigeant du déposé qu'il énonce la position juridique de la Couronne ou présente des arguments ou des éléments de preuve

[23] Bien entendu, il ne fait aucun doute que l'interrogatoire préalable ne peut porter que sur des questions de fait. Les questions de droit «pur» ne doivent évidemment pas être posées au déposéant à cette étape. Il en est de même des questions d'argumentation et des questions qui demandent à une des parties de dévoiler la preuve qu'elle se propose de produire à l'instruction. Mais la situation est rarement aussi claire. Il peut arriver que des questions mixtes de fait et de droit et/ou de faits et d'arguments soient posées; ou qu'on demande au déposéant le nom d'un témoin; ces questions peuvent quand même être appropriées. De même, les questions ayant trait à des faits qui peuvent avoir des conséquences juridiques ou qui peuvent elles-mêmes être la conséquence de l'adoption d'une certaine conception du droit sont néanmoins des questions de fait qui peuvent être posées à l'étape de l'interrogatoire préalable.

[24] The jurisprudence is divided as to “compendious” or “reliance” questions; in *Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co.*,<sup>5</sup> it was said to be improper to ask a witness what evidence he had in support of an allegation or how it was to be proved at trial. Such reliance questions do not ask for facts that the witness knows or can learn but rather require the witness to play the part of a lawyer and to select which facts can be relied on to prove a given allegation.

[25] On the other hand, many experienced trial judges take a broader view. Thus in *Rubinoff v. Newton*,<sup>6</sup> Haines J. said:

The line of demarcation between disclosure of facts on which a party relies and the evidence in support of the fact may at times be very fine, and when it occurs, the resolution must be fact disclosure. And I can think of no more simple and direct question than, “On what facts do you rely?” . . . The opposite party is entitled to know the facts on which the acts of negligence or recovery are alleged but not the evidence to support it. To deny such facts would be to refuse the very purpose of discovery which is to learn the facts, or often equally more important, the absence of facts, pertaining to each and every allegation in the pleadings.

[26] Likewise in *Brennan v. J. Posluns & Co. Ltd.*,<sup>7</sup> McRuer C.J. ordered a witness to state the facts relied on in support of an allegation. In his view a question of this sort asks not so much for a conclusion of law by a witness as for the facts behind such conclusion. Where the witness is a party who is asserting that conclusion it is reasonable to ask for the facts supporting it.

[27] In my view, the proper approach is to be flexible. Clearly the kinds of questions which were aptly criticized in *Can-Air*, *supra*, note 5, can easily become abusive. On the other hand, a too rigid adherence to the rules therein laid down is likely to

[24] La jurisprudence est divisée au sujet des questions «succinctes» ou «portant sur les faits à l’appui de la preuve»; dans l’arrêt *Can-Air Services Ltd. v. British Aviation Insurance Co.*,<sup>5</sup> il a été statué qu’il n’était pas approprié de demander à un témoin de quelle preuve il disposait pour appuyer son allégation ou de quelle manière il comptait prouver celle-ci à l’instruction. Ce genre de questions ne tente pas de faire ressortir des faits que le témoin connaît ou sur lesquels il peut se renseigner, mais l’oblige plutôt à jouer le rôle d’un avocat et à sélectionner les faits sur lesquels la partie peut s’appuyer pour prouver une allégation donnée.

[25] Par ailleurs, bon nombre de juges d’expérience qui président à l’instruction adoptent une attitude plus libérale. Ainsi, dans l’arrêt *Rubinoff v. Newton*,<sup>6</sup> le juge Haines a déclaré:

[TRADUCTION] La ligne de démarcation entre la communication de faits sur lesquels une partie s’appuie et la preuve à l’appui de ce fait peut à l’occasion être très ténue, et quand cela se produit, la solution doit être de communiquer ce fait. Et je ne peux penser à une question plus simple et plus directe que celle-ci: «Sur quels faits vous appuyez-vous?» [. . .] La partie adverse a le droit de connaître les faits sur lesquels sont fondées les allégations d’actes de négligence ou de recouvrement, mais non pas la preuve qui sera fournie à l’appui de ces allégations. Nier ces faits équivaldrait à nier l’objet même de l’interrogatoire préalable qui est de se renseigner sur les faits, ou souvent, ce qui est tout aussi important, sur l’absence de faits se rapportant à chacune des allégations énoncées dans les actes de procédure.

[26] De même, dans l’arrêt *Brennan v. J. Posluns & Co. Ltd.*,<sup>7</sup> le juge en chef McRuer a ordonné à un témoin de divulguer les faits sur lesquels s’appuyait une allégation. À son avis, une question de ce genre ne demande pas tant au témoin de tirer une conclusion de droit que de divulguer les faits qui sous-tendent cette conclusion. Lorsque le témoin est la partie qui propose cette conclusion, il est raisonnable de demander à connaître les faits qui la sous-tendent.

[27] À mon avis, la meilleure solution est de faire preuve de souplesse. Manifestement, les genres de questions qui ont à bon droit été critiquées dans l’arrêt *Can-Air*, précité, à la note 5, peuvent facilement devenir abusives. Par ailleurs, une adhésion trop stricte

frustrate the very purpose of examination on discovery. While it is not proper to ask a witness what evidence he or she has to support an allegation, it seems to me to be quite a different thing to ask what facts are known to the party being discovered which underlie a particular allegation in the pleadings. While the answer may have a certain element of law in it, it remains in essence a question of fact. Questions of this sort may be essential to a discovery for the purposes of properly defining the issues and avoiding surprise; if the pleadings do not state the facts upon which an allegation is based then the party in whose name that pleading is filed may be required to do so.

[28] Likewise, while the jurisprudence is divided on the point, it is my view that it is proper on discovery (although it may not be so at trial) to ask a party as to the facts underlying a particular conclusion of law; questions of this sort on discovery are essential for the purposes of properly defining the issues and avoiding surprise. Again, it is central to remember that the deponent speaks not for him or herself but for the party.

[29] Accordingly, I find almost all of the objections taken by the Crown under these two headings to be without foundation. Thus, questions asking by what authority something was done should, in accordance with the principle earlier outlined, be read as seeking the factual basis (e.g. a letter, superior instructions, etc.) for the actions rather than a strictly legal answer. Likewise questions as to eligibility to vote in surrender polls should be taken as going to the factual basis upon which persons were in fact allowed to vote, such as the presence of their names on the band list, residence, or otherwise. The same is true of questions relating to membership transfers which relate to the fact of such transfers and not to whether or not they were properly made. Finally questions which ask what facts the Crown relies upon in support of certain of its particular allegations (most of which have in any event

aux règles énoncées aura vraisemblablement pour effet de nier l'objectif même de l'interrogatoire préalable. Bien qu'il ne soit pas approprié de demander à un témoin de quelle preuve il dispose pour appuyer une allégation, il me semble qu'il est tout à fait différent de demander à la partie qui fait l'objet de l'interrogatoire les faits qu'elle connaît et qui sont le fondement d'une allégation particulière dans les actes de procédure. Bien que la réponse puisse comporter un certain élément de droit, elle demeure essentiellement une question de fait. Les questions de ce genre peuvent être essentielles à l'étape de l'interrogatoire préalable afin de définir correctement les points en litige et d'éviter les surprises; si les actes de procédure n'énoncent pas les faits sur lesquels une allégation se fonde, on peut alors exiger de la partie au nom de laquelle cet acte de procédure est déposé qu'elle divulgue ce fait.

[28] De même, bien que la jurisprudence soit divisée sur ce point, je suis d'avis qu'il est approprié à l'interrogatoire préalable (alors que ce ne serait peut-être pas le cas à l'instruction) de poser à une partie des questions sur les faits qui appuient une conclusion de droit particulière; les questions de ce genre posées à l'étape préalable sont essentielles pour définir correctement les points en litige et éviter les surprises. De même, il est essentiel de se rappeler que le déposant ne parle pas pour lui-même, mais pour la partie qu'il représente.

[29] Par conséquent, je conclus que la presque totalité des objections soulevées par la Couronne sous ces deux rubriques ne sont pas fondées. Ainsi, les questions cherchant à déterminer en vertu de quel pouvoir une telle mesure a été prise devraient, conformément aux principes énoncés précédemment, être considérées comme des questions recherchant le fondement factuel (par exemple une lettre, les instructions d'un supérieur, etc.) des mesures prises plutôt qu'une réponse strictement juridique. De même, les questions portant sur l'admissibilité à voter lors de la tenue d'un scrutin sur une cession devraient être considérées comme se rapportant au fondement factuel en vertu duquel les personnes ont en fait été autorisées à voter, par exemple l'inscription de leurs noms sur la liste de la bande, leur domicile, etc. Il en est de même des questions ayant trait aux transferts d'effectifs qui

been tailored so as to comply with the decision in *Can-Air*, *supra*, note 5) should properly be answered.

[30] Notwithstanding the foregoing, however, there are a very small number of interrogatories which were drawn to my attention by counsel at the hearing which do ask questions of pure law and which should therefore be struck out. The following are the examples that were given by counsel:

(a) Montana question 21(d): this question clearly asks what legal authority the government had to establish a pay list for Little Bear's Band.

(b) Samson question 125: here again the question asks for the legal authority under the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] for making certain *per capita* payments.

(c) Ermineskin question 17: while the introductory part of this question is limited to facts and is unexceptionable, the follow-up questions contained in paragraphs (a) and following all seek admissions of law from the Crown and are improper.

[31] I conclude this section by reiterating that it is only in a very limited number of cases that I view the Crown's objections as being of any substance whatsoever. Questions relating to how, why and when bands and or reserves were established, band memberships determined, as well as to the loss of interests in reserves are essentially factual matters and should be answered.

6-8 Questions which are unreasonable, irrelevant overly broad or ambiguous

[32] As earlier stated, there is no dispute that the law requires that questions that fall into these categories

portent sur l'existence de ces transferts, et non pas sur le fait de savoir s'ils ont été ou non correctement effectués. Finalement, les questions dans lesquelles on demande sur quels faits la Couronne appuie certaines de ses allégations particulières (dont la plupart ont en fait été rédigées de façon à se conformer au modèle de l'arrêt *Can-Air*, précité note 5) devraient à bon droit faire l'objet d'une réponse.

[30] Malgré ce qui précède, toutefois, il y a très peu d'interrogatoires qui ont été portés à mon attention par les avocats à l'audience au cours desquels on a posé des questions de droit pur et qui devraient par conséquent être radiés. Voici les exemples qui m'ont été donnés par les avocats:

a) La question 21(d) de la bande de Montana: cette question demande manifestement quel pouvoir juridique avait le gouvernement d'établir une liste de paie pour la bande de Little Bear.

b) La question 125 de la bande de Samson: ici encore, la question demande quel est le pouvoir juridique conféré par la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] qui a permis de faire certains paiements par habitant.

c) La question 17 de la bande d'Ermineskin: bien que l'introduction de cette question se limite à des faits et ne puisse pas faire l'objet d'une objection, les questions accessoires contenues aux paragraphes (a) et suivants demandent toutes à la Couronne des aveux sur des points de droit et ne sont pas appropriées.

[31] Je conclus cette section en répétant qu'il n'y a que très peu de cas où, à mon avis, les objections de la Couronne ont un fondement quelconque. Les questions ayant trait au comment, au pourquoi et à la date à laquelle les bandes ou les réserves ont été établies, à la détermination de l'effectif de la bande, de même que les questions portant sur la perte des droits dans les réserves sont essentiellement des questions de fait et une réponse doit y être donnée.

6 à 8 Questions déraisonnables, non pertinentes, trop larges ou ambiguës

[32] Comme je l'ai dit précédemment, il est tout à fait admis que la loi exige de ne pas répondre aux



should not be answered. However counsel have made very few submissions under these categories and in most of them I find the objection to be without foundation. Thus, questions relating to government policy with respect to the establishment and surrender of reserve lands are clearly relevant in so far as they relate to the reserve lands here in question; to the extent that a question may appear over-broad the answer may be limited to the matters actually in issue.

[33] Most of all the questions asked are tied directly to allegations in either the statement of claim or the statement of defence and thus meet the primary test of relevance. The Crown's plea that it would be unduly burdensome to answer some of the questions seems to me to miss the mark; this is a large complicated case and the fact that the marshalling of facts and documents may require a great deal of work is something with which the parties simply have to live. Thus, while Samson questions 146 and 148 (particularly the latter) will apparently call for the production of a large number of documents, they are documents dealing with transfers made by the Crown and its agents of rights in the surrendered lands and are thus relevant. In any event, there is no evidence to support the plea of burdensomeness.<sup>8</sup>

[34] That said, however, one question has been drawn to my attention which I find unduly vague and ambiguous; Samson question 2 asks for the production of "all versions" of Bobtail's adhesion to Treaty No. 6; since I cannot understand the question, I think it not unreasonable that the Crown should take the same position.

#### 9 Questions which ask for privileged information

[35] Counsel made no submissions of substance on this category. No questions were drawn to my attention which would require the Crown to reveal

questions qui tombent dans ces catégories. Toutefois, les avocats ont fait très peu d'observations se rapportant à ces catégories et, pour la plupart d'entre elles, j'estime que l'objection est sans fondement. Ainsi, les questions ayant trait à la politique gouvernementale relative à l'établissement et à la cession des terres des réserves sont manifestement pertinentes dans la mesure où elles ont trait aux terres des réserves dont il est question en l'espèce; pour le cas où une question peut paraître trop large, il est possible de limiter la réponse aux points qui sont véritablement en litige.

[33] La plupart des questions posées sont liées directement aux allégations énoncées soit dans la déclaration, soit dans la défense et par conséquent, elles respectent le critère principal de la pertinence. La prétention de la Couronne selon laquelle il serait trop long de répondre à certaines de ces questions me semble manquer le but; il s'agit d'une affaire très compliquée et le fait que la collecte des faits et des documents puisse exiger beaucoup de travail est un état de fait auquel les parties devront tout simplement s'habituer. Ainsi, même si les questions 146 et 148 de la bande de Samson (particulièrement la dernière) demandent apparemment la production d'un très grand nombre de documents, ce sont des documents qui ont trait aux transferts faits par la Couronne et ses mandataires de droits sur des terres cédées et ils sont donc pertinents. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas de preuve pour appuyer cette prétention de trop grande difficulté<sup>8</sup>.

[34] Cela dit, toutefois, une question a été portée à mon attention et j'estime qu'elle est indument vague et ambiguë; à la question 2, la bande de Samson demande la production de «toutes les versions» de l'adhésion de Bobtail au Traité n° 6; comme je ne peux pas comprendre la question, je pense qu'il n'est pas déraisonnable que la Couronne adopte la même position.

#### 9 Questions portant sur des renseignements confidentiels

[35] Les avocats n'ont présenté aucune observation de fond dans cette catégorie. Aucune question n'a été portée à mon attention qui exigerait de la Couronne

information which would be privileged as against the bands towards whom the Crown has a fiduciary relationship.<sup>9</sup> The submission that one band may not know what payments have been made to another lacks substance, especially in view of the fact that the cases will be tried on common evidence. The objection is dismissed.

### Conclusion

[36] I conclude that for the most part the Crown's objections are without foundation. A very few questions have been brought to my attention which appear to me to be improper and I have identified them above. There may well be a few others falling into the same category which I have not been able to identify simply because of the huge number of questions involved. Accordingly it is my intention to issue an order in which, apart from allowing the objections to the specified questions, I shall dismiss the motion and extend the time under subsection 397(1) of the Rules, for the Crown to move to review the terms of my order for any matter overlooked; such motion, if any, shall be served by 15 August 1999 and made presentable at the next case-management conference on 25 August 1999 in Edmonton.

### Costs

[37] The Crown has been unsuccessful on virtually all of its submissions. On those very few questions where the Crown has had success on this motion, the matter has been one which in my view could have been settled by a simple discussion between counsel or, at worst, on a short motion heard by telephone conference. As it is the hearing of this motion has taken more than 2 days of Court time in both Ottawa and Calgary together with a number of telephone conferences; all parties have also produced voluminous written submissions and supporting materials. It is my view that this motion ought not to have been brought or, if brought, ought to have been of very much less duration and complexity. No attempt has been made by the Crown to facilitate written discovery even

qu'elle révèle des renseignements confidentiels concernant les bandes à l'égard desquelles elle a une obligation fiduciaire<sup>9</sup>. La prétention selon laquelle une bande ne peut pas savoir quels paiements ont été faits à une autre est sans fondement, particulièrement au vu du fait que les actions seront instruites sur une preuve commune. L'objection est rejetée.

### Conclusion

[36] Je conclus que la plupart des objections de la Couronne sont sans fondement. Très peu de questions portées à mon attention me semblent inappropriées, et je les ai mentionnées ci-dessus. Il y a peut-être quelques autres questions qui tombent dans la même catégorie et que je n'ai pas été en mesure d'identifier simplement à cause du très grand nombre de questions en cause. Par conséquent, j'ai l'intention de rendre une ordonnance dans laquelle, à part le fait que j'accueillerai certaines objections formulées à l'égard de questions précises, je rejetterai la requête et prorogerai le délai prévu au paragraphe 397(1) des Règles à l'intérieur duquel la Couronne pourra déposer un avis de requête pour demander que les termes de l'ordonnance soient examinés de nouveau concernant les questions qui auraient été oubliées; cette requête, si elle est déposée, devra être signifiée au plus tard le 15 août 1999 et être présentée à la prochaine conférence de gestion du cas le 25 août 1999 à Edmonton.

### Dépens

[37] La Couronne a été déboutée sur presque toutes ses prétentions. Pour les quelques rares questions à l'égard desquelles elle a obtenu gain de cause dans la présente requête, l'affaire aurait pu à mon avis être réglée par une simple discussion entre avocats ou, au pire, par une requête à court préavis entendue par voie de conférence téléphonique. Il a fallu à la Cour plus de deux jours pour entendre la présente requête à Ottawa et à Calgary, de même qu'un certain nombre de conférences téléphoniques, et toutes les parties ont également déposé de volumineuses prétentions écrites ainsi que des documents à l'appui de celles-ci. À mon avis, cette requête n'aurait pas dû être présentée ou, s'il fallait qu'elle le soit, l'audition aurait dû prendre beaucoup moins de temps et être beaucoup moins

though it was agreed upon. Many of the objections verge on the frivolous; it was for example argued, apparently seriously, that a question as to how many members had “left” a reserve by a certain date required the Crown to indicate which members had gone on hunting trips off the reserve during the period. Such submissions are scarcely evidence of an honest effort to understand the interrogatories and to answer them in good faith. Indeed, if the Crown had not enjoyed some very minor measure of success on the motion, I would not have hesitated to impose costs on a solicitor and client basis. As it is, the Crown will pay the costs of each plaintiff band forthwith and in any event of the cause, such costs being fixed in the amount of \$5,000 for each band.

complexe. La Couronne n’a fait aucun effort pour faciliter la communication écrite des renseignements, même si celle-ci a fait l’objet d’une entente. Bon nombre des objections frôlent la futilité; par exemple, on a fait valoir, sérieusement à ce qu’il semble, qu’une question portant sur le nombre de membres qui avaient «quitté» la réserve à une date donnée obligeait la Couronne à indiquer quels membres étaient partis en expédition de chasse à l’extérieur de la réserve pendant cette période. On peut difficilement prétendre que ces arguments constituent un effort honnête pour comprendre les interrogatoires et y répondre de bonne foi. En fait, si la Couronne n’avait pas eu, dans de très rares cas, gain de cause dans la requête, je n’aurais pas hésité à lui faire payer les dépens sur la base avocat-client. Quoi qu’il en soit, la Couronne paiera sans délai et en tout état de cause les dépens de chaque bande demanderesse, qui sont fixés à 5 000 \$ par bande.

<sup>1</sup> *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60 (S.C.); *Chingee v. British Columbia* (1989), 38 C.P.C. (2d) 301 (B.C.S.C.).

<sup>2</sup> [1991] 3 F.C. 420 (T.D.).

<sup>3</sup> [1993] 1 C.N.L.R. 50 (F.C.T.D.).

<sup>4</sup> (1996), 110 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *affd* (1996), 118 F.T.R. 114 (F.C.T.D.); *affd* (1998), 222 N.R. 218 (F.C.A.).

<sup>5</sup> (1988), 91 A.R. 258 (C.A.).

<sup>6</sup> [1967] 1 O.R. 402 (H.C.), at p. 405.

<sup>7</sup> [1958] O.R. 22 (H.C.).

<sup>8</sup> *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)* (1984), 1 C.P.R. (3d) 268 (F.C.T.D.).

<sup>9</sup> See *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1998] 2 F.C. 60 (C.A.).

<sup>1</sup> *Martin v. B.C. (Govt.)* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 60 (C.S.); *Chingee v. British Columbia* (1989), 38 C.P.C. (2d) 301 (C.S.C.-B.).

<sup>2</sup> [1991] 3 C.F. 420 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>3</sup> [1993] 1 C.N.L.R. 50 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>4</sup> (1996), 110 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf. par* (1996), 118 F.T.R. 114 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *conf. par* (1998), 222 N.R. 218 (C.A.F.).

<sup>5</sup> (1988), 91 A.R. 258 (C.A.).

<sup>6</sup> [1967] 1 O.R. 402 (H.C.), à la p. 405.

<sup>7</sup> [1958] O.R. 22 (H.C.).

<sup>8</sup> *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (Procureur général)* (1984), 1 C.P.R. (3d) 268 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>9</sup> Voir *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1998] 2 C.F. 60 (C.A.).