

A-756-96

Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Minister of Indian Affairs and Northern Development and the Minister of Finance (*Appellants*) (*Defendants*)

v.

Chief Victor Buffalo acting on his own behalf and on behalf of all the other members of the Samson Indian Nation and Band and the Samson Indian Band and Nation (*Respondents*) (*Plaintiffs*)

A-757-96

Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Appellant*) (*Defendant*)

v.

Chief Jerome Morin acting on his own behalf as well as on behalf of all the members of Enoch's Band of Indians and the residents thereof on and of Stony Plain Reserve No. 135 (*Respondents*) (*Plaintiffs*)

A-758-96

Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Honourable Thomas R. Siddon, Minister of Indian Affairs and Northern Development and the Honourable Donald Mazankowski, Minister of Finance (*Appellants*) (*Defendants*)

v.

Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, the elected Chief and Councillors of the Ermineskin Band and Nation suing on their own behalf and on behalf of all the other members of the Ermineskin Indian Band and Nation (*Respondents*) (*Plaintiffs*)

INDEXED AS: SAMSON INDIAN NATION AND BAND v. CANADA (C.A.)

A-756-96

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le ministre des Finances (*appelants*) (*défendeurs*)

c.

Le chef Victor Buffalo agissant en son nom et au nom de tous les membres de la Nation et de la Bande des Indiens Samson et la Bande et la Nation des Indiens Samson (*intimés*) (*demandeurs*)

A-757-96

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*appelante*) (*défenderesse*)

c.

Le chef Jerome Morin agissant en son nom et au nom de tous les membres de la Bande des Indiens Enoch et des résidents de la réserve n° 135 de Stony Plain (*intimés*) (*demandeurs*)

A-758-96

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, monsieur Thomas R. Siddon, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et monsieur Donald Mazankowski, ministre des Finances (*appelants*) (*défendeurs*)

c.

Le chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Lee, Lester Fraynn, respectivement chef et conseillers élus de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin, agissant en leur nom et au nom de tous les membres de la Bande et de la Nation des Indiens Ermineskin (*intimés*) (*demandeurs*)

RÉPERTORIÉ: NATION ET BANDE DES INDIENS SAMSON c. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Desjardins and McDonald J.J.A.—Ottawa, September 24, 25 and October 27, 1997.

*Practice — Privilege — Parameters of Crown's right to maintain claim of privilege in respect of solicitor and client communications in context of trust-like relationship between Crown and Indians with respect to 1946 surrender of rights in oil and gas resources in reserve lands.*

*Crown — Trusts — Native peoples — Interest of Indian bands as beneficiaries of trust-like arrangements with Crown warranting disclosure of any document in nature of legal advice received by Crown in administration of surrendered oil, gas resources in reserve lands and revenues derived therefrom.*

*Native peoples — Crown claiming privilege in breach of trust actions brought by Indian bands relating to Crown management of oil, gas resources and revenues derived therefrom in respect of reserve lands surrendered by three bands — Documents for which legal advice privilege claimed ordered to be produced in light of special trust-like relationship between Crown, Indians — Production ordered for documents relating to Crown programs, services including reference to oil and gas assets, or financial revenues therefrom.*

Claims of privilege, on solicitor and client basis, were made by the Crown with respect to documents covered by affidavits of documents filed in actions involving a variety of claims in regard to alleged wrongs by the Crown in the management and exploitation of oil and gas resources in reserve lands surrendered to Her Majesty in 1946, in the management of the revenues derived therefrom, and in the funding of programs and services. Enormous sums of money are involved.

These were an appeal and a cross-appeal from two orders of the case management Judge, one dealing with legal documents claimed as privileged by the Crown, the other with the application of that earlier order.

The main issue related to the parameters of the appellants' right to maintain a claim of privilege in respect of solicitor and client communications in the context of the relationship between the appellants and the respondents, in light of the Supreme Court of Canada decisions in *Blueberry River*

Cour d'appel, juges Stone, Desjardins et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 24, 25 septembre et 27 octobre 1997.

*Pratique — Communications privilégiées — Paramètres du droit de la Couronne de revendiquer un privilège à l'égard des communications entre avocat et client dans le contexte du rapport de nature fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens en ce qui a trait à la cession en 1946 de droits sur les ressources de pétrole et de gaz situées sur des terres des réserves.*

*Couronne — Fiducies — Peuples autochtones — L'intérêt des bandes indiennes à titre de bénéficiaires des arrangements de nature fiduciaire conclus avec la Couronne justifie la communication de tout document de la nature de conseils juridiques reçus par la Couronne dans l'administration des ressources de pétrole et de gaz cédées et situées sur des terres des réserves ainsi que des revenus en découlant.*

*Peuples autochtones — Revendication d'un privilège par la Couronne dans des actions pour violation de fiducie intentées par des bandes indiennes relativement à la gestion par la Couronne des ressources de pétrole et de gaz et des revenus en découlant en ce qui concerne des terres situées sur des réserves et cédées par trois bandes — On a ordonné la communication de documents à l'égard desquels est revendiqué le privilège concernant les conseils juridiques, compte tenu d'un rapport particulier de nature fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens — La communication a été ordonnée dans le cas des documents concernant les programmes et les services de la Couronne, notamment lorsqu'ils font référence aux ressources de pétrole et de gaz ou aux fonds qui en proviennent.*

La Couronne a revendiqué le privilège visant les communications entre procureur et client à l'égard de documents mentionnés dans des affidavits de documents qui ont été déposés dans des actions concernant diverses revendications relatives à des fautes qui auraient été commises par la Couronne dans la gestion et l'exploitation des ressources de pétrole et de gaz situées sur des terres des réserves cédées à Sa Majesté en 1946, dans la gestion des revenus en découlant et dans le financement de programmes et de services. D'énormes sommes d'argent sont en cause.

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident interjetés contre deux ordonnances du juge responsable de la gestion de l'instance, la première traitant des documents juridiques visés par le privilège revendiqué par la Couronne et la deuxième concernant l'application de son ordonnance précédente.

L'affaire portait principalement sur les paramètres du droit des appelants de revendiquer un privilège à l'égard des communications entre avocat et client dans le contexte du rapport existant entre les appelants et les intimés, compte tenu des décisions rendues par la Cour suprême du Canada

*Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development), St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City) and R v. Van der Peet.*

The appellants proposed a narrow application of the trust principle in light of the trust-like relationship between the Crown and the Indians. They argued that since the Crown wore many hats and represented many interests, the documents in respect of which the privilege was claimed should not be disclosed unless they were obtained by the Crown in the administration of the "res" or in the course of the Crown carrying out its duties as "trustee" for the exclusive or dominant benefit of the respondent bands. The bands argued for a large application of the trust principle. In their submission, they had only to establish *prima facie* that they were beneficiaries of a trust or other fiduciary obligation and that the documents were relevant to the issues in the litigation. In this sense, the respondents submitted that the Crown's trust obligations clearly required disclosure of any document which had a direct or significant impact on the administration of their assets or on the propriety of the Crown's administration of the respondents' trust, and which directly related to an issue in the context of the present litigation.

*Held*, the appeal should be dismissed.

In *Blueberry River Indian Band*, Gonthier J., writing for the majority, made it clear, *inter alia*, that his reasons should not be interpreted to equate a trust in Indian land with a common law trust. While the Supreme Court of Canada has yet to define the true nature and scope of the special fiduciary relationship between the Crown and the Indians, it would seem that, in the context of a trust in Indian land, the effects of a "true" trust are generally applicable.

On one side there was the privilege asserted by the Crown with regard to legal documents on account of the many hats She was wearing, on the other, the affirmation of the respondents' interests, i.e. the rights of the respondents to claim access to those legal documents, which originated in the trust-like relationship created by the surrenders. The Crown could not claim any privilege with respect to those documents that related to the assets under management when She was only wearing the hat of the trustee for the respondents' assets under management. She could have if, in respect of the same document, She could successfully claim other interests. Once these two values are properly assessed, any doubt must be resolved under the principles established by the Supreme Court of Canada in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski* (any conflict should be resolved in favour of protecting confidentiality). Thus, production of documents relating to legal advice referring specifically to administration of the mineral assets surrendered or the management of

dans les affaires *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville) et R. c. Van der Peet.*

Les appelants ont proposé une application stricte du principe de la fiducie compte tenu du rapport de nature fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens. Ils ont soutenu que, comme la Couronne représentait beaucoup d'intérêts à des titres divers, les documents à l'égard desquels le privilège était revendiqué ne devraient pas être divulgués à moins qu'ils n'aient été obtenus par la Couronne dans l'administration du «patrimoine» ou dans l'exercice de ses obligations à titre de «fiduciaire» dans l'intérêt exclusif ou principal des bandes intimées. Les bandes favorisaient une application large du principe de la fiducie. À leur avis, elles devaient seulement établir à première vue qu'elles étaient bénéficiaires d'une fiducie ou d'une autre obligation fiduciaire et que les documents se rapportaient aux questions en litige. En ce sens, les intimés ont soutenu que les obligations fiduciaires de la Couronne exigeaient manifestement la divulgation de tout document qui avait des répercussions directes ou importantes sur l'administration de leurs biens ou le bien-fondé de l'administration par la Couronne de la fiducie des intimés, et qui se rapportait directement à une question dans le contexte du présent litige.

*Arrêt*: il convient de rejeter l'appel.

Dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, le juge Gonthier, au nom de la majorité, a précisé, entre autres, qu'il ne fallait pas interpréter ses motifs comme ayant pour effet d'assimiler les fiducies visant des terres indiennes aux fiducies en common law. Bien que la Cour suprême du Canada doive encore définir la nature et la portée véritables du rapport fiduciaire particulier existant entre la Couronne et les Indiens, il semblerait que, dans le contexte d'une fiducie visant les terres indiennes, les effets d'une «véritable» fiducie sont généralement applicables.

D'un côté, il y avait le privilège revendiqué par la Couronne à l'égard des documents juridiques à divers titres; de l'autre côté, il y avait l'affirmation des droits des intimés, c'est-à-dire le droit des intimés de demander l'accès à ces documents juridiques, qui prenait naissance dans le rapport de nature fiduciaire créé par les cessions. La Couronne ne pouvait pas revendiquer de privilège à l'égard des documents qui se rapportaient aux biens à gérer lorsqu'elle agissait uniquement à titre de fiduciaire en ce qui concerne les biens des intimés à gérer. Elle le pouvait si, au sujet du même document, elle pouvait réussir à revendiquer avec succès d'autres intérêts. Une fois que ces deux valeurs ont été bien évaluées, tout doute doit être dissipé en vertu des principes établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski* (tout litige devrait être résolu de manière à favoriser la protection de la confidentialité). Ainsi, pour les fins de la communication des documents de la nature de conseils juridiques qui concernent

moneys derived therefrom, or programs and services discussed with any reference to the oil and gas interests will treat the respondent bands and nations much like beneficiaries of a private trust, entitled to access legal advice obtained by the Crown as "trustee". This is because, as beneficiaries of a variation of a trust in Indian lands, the respondents share an interest in that advice with the Crown, which is responsible for the administration and management of the mineral assets and revenues therefrom for the benefit exclusively of the respondent bands and nations.

It would frustrate the nature of the process to exclude documents which belong "by necessary implication" to the trusteeship in Indian land since, by definition, they were necessarily linked to the assets under administration. The exclusive or dominant benefit test proposed by the appellants was too narrow considering the intention of the parties at the time of the 1946 surrenders: "to have and to hold . . . forever, in trust to grant . . . to such person or persons, and upon such terms and conditions as the Government . . . may deem most conducive to our welfare and that of our people". The production of documents relating directly to cuts in programs and services that would have occurred considering the revenues of the assets under administration was indispensable to the actions. They were part of the total picture of the administration of the trusteeship in Indian land in terms of the conduct of the trustee during Her administration.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.  
*Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 448* (as am. by SOR/90-846, s. 15), 450 (as am. *idem*).  
*Indian Act, R.S.C., 1985, c. 1-5.*  
*Indian Oil and Gas Act, R.S.C., 1985, c. 1-7.*

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; (1997), 147 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81.

l'administration des ressources minérales cédées, ou la gestion des revenus en découlant, ou la mise en œuvre de programmes et la prestation de services examinés en rapport avec les droits sur les ressources de pétrole et de gaz, les bandes et nations intimées seront traitées de façon comparable aux bénéficiaires d'une fiducie privée et elles pourront avoir accès aux conseils juridiques qui ont été obtenus par la Couronne à titre de «fiduciaire». La raison en est qu'en tant que bénéficiaires d'une modification d'une fiducie visant des terres indiennes, les intimées ont intérêt à prendre connaissance de ces conseils, au même titre que la Couronne, qui est responsable de l'administration et de la gestion des ressources minérales et des revenus tirés de ces ressources au profit exclusif des bandes et nations intimées.

Cela irait à l'encontre de la nature du processus que d'exclure les documents qui appartiennent «par déduction nécessaire» à la fiducie visant les terres indiennes puisque, par définition, ils sont nécessairement reliés aux biens à gérer. Le critère de l'intérêt exclusif ou principal proposé par les appelants était trop strict vu l'intention des parties à l'époque des cessions de 1946: «définitivement, en fiducie, pour cession, . . . à celui ou à ceux, et aux conditions, que le gouvernement . . . jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple». La production des documents se rapportant directement aux coupures de programmes et de services qui seraient survenues étant donné les revenus des biens à administrer est indispensable à la poursuite des actions. Ils faisaient partie de l'image d'ensemble de l'administration de la fiducie visant les terres indiennes en ce qui a trait à la conduite du fiduciaire durant son administration.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.  
*Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes, L.R.C. (1985), ch. 1-7.*  
*Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. 1-5.*  
*Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 448* (mod. par DORS/90-846, art. 15), 450 (mod., *idem*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; (1997), 147 D.L.R. (4th) 385; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 80 B.C.A.C. 81; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81.

## CONSIDERED:

*Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1.

## REFERRED TO:

*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Fales et al. v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; (1976), 70 D.L.R. (3d) 257; [1976] 6 W.W.R. 10; 11 N.R. 48; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

## AUTHORS CITED

Oosterhoff, A. H. and E. E. Gillese. *A.H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1992.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

APPEAL and cross-appeal from orders of the case management Judge (*Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1996] 2 F.C. 528; (1996), 110 F.T.R. 96 (T.D.), and *Buffalo et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.* (1996), 119 F.T.R. 161 (F.C.T.D.)) following this Court's decision in *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.), revg *Samson Indian Band v. Canada*, [1994] F.C.J. No. 1448 (T.D.) (QL), relating to the parameters of the Crown's right to maintain a claim of privilege in respect of solicitor and client communications in the context of the trust-like relationship between the appellants and the respondents. Appeal and cross-appeal dismissed.

## COUNSEL:

*Barbara S. Ritzen, Douglas B. Titosky, Cara Stelmack and William J. Blain* for appellants.  
*Edward H. Molstad, Q.C. and James O'Reilly* for respondent, Samson Band.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *Fales et autres c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302; (1976), 70 D.L.R. (3d) 257; [1976] 6 W.W.R. 10; 11 N.R. 48; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462.

## DOCTRINE

Oosterhoff, A. H. and E. E. Gillese. *A.H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1992.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

APPEL et appel incident formés contre des ordonnances du juge responsable de la gestion de l'instance (*Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 528; (1996), 110 F.T.R. 96 (1<sup>re</sup> inst.), et *Buffalo et autres c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) et autres* (1996), 119 F.T.R. 161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) suivant la décision rendue par notre Cour dans *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; [1995] 3 C.N.L.R. 18; 184 N.R. 139 (C.A.), infirmant *Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1994] F.C.J. n° 1448 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), portant sur les paramètres du droit de la Couronne de revendiquer un privilège à l'égard des communications entre avocat et client dans le contexte du rapport de nature fiduciaire existant entre les appelants et les intimés. Appel et appel incident rejetés.

## AVOCATS:

*Barbara S. Ritzen, Douglas B. Titosky, Cara Stelmack et William J. Blain* pour les appelants.  
*Edward H. Molstad, c.r., et James O'Reilly* pour l'intimée la Bande des Indiens Samson.

*Maria A. Morellato* for respondent, Ermineskin Band.

*Maria A. Morellato* pour l'intimée la Bande des Indiens Ermineskin.

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants.

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

*Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, for respondent, Ermineskin Band.

PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants.

*Parlee McLaws*, Edmonton, pour l'intimée la Bande des Indiens Samson.

*Blake, Cassels & Graydon*, Vancouver, pour l'intimée la Bande des Indiens Ermineskin.

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

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

[1] DESJARDINS J.A.: This is an appeal from two orders of MacKay J. The first, dated March 20, 1996 [[1996] 2 F.C. 528], deals with legal documents claimed as privileged by the appellants, (the Crown). The second, dated September 10, 1996 [(1996), 119 F.T.R. 161], concerns the application of his earlier order dated March 20, 1996. The respondents, in turn, have cross-appealed both of MacKay J.'s orders. These two orders were rendered in the context of pre-trial conferences held under the case management system.

[1] LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Il s'agit d'un appel interjeté contre deux ordonnances du juge MacKay. La première, en date du 20 mars 1996 [[1996] 2 C.F. 528], traite des documents juridiques visés par le privilège revendiqué par les appelants (la Couronne). La deuxième, en date du 10 septembre 1996 [(1996), 119 F.T.R. 161], concerne l'application de son ordonnance précédente en date du 20 mars 1996. Les intimés, à leur tour, ont interjeté un appel incident contre les deux ordonnances du juge MacKay. Ces deux ordonnances ont été rendues dans le contexte de conférences préalables à l'instruction tenues en vertu du système de gestion des instances.

[2] The main issue in this appeal and in this cross-appeal relates to the parameters of the appellants' right to maintain a claim of privilege in respect of solicitor and client communications in the context of the relationship between the appellants and the respondents.

[2] Le présent appel et le présent appel incident portent principalement sur les paramètres du droit des appelants de revendiquer un privilège à l'égard des communications entre avocat et client dans le contexte du rapport existant entre les appelants et les intimés.

Nature of the proceedings

La nature de l'instance

[3] The respondents commenced actions against the Crown for breach of trust or fiduciary obligations resulting from the Crown's management of oil and gas resources in reserve lands surrendered by the three respondent Indian bands to the Crown in 1946 (the oil and gas issues), from the Crown's management of moneys derived as royalties or other revenues from leases or sales of the oil and gas resources thus surrendered (the moneys issues), and from the Crown's provision of programs and services to the

[3] Les intimés ont intenté des actions contre la Couronne pour violation de fiducie ou d'obligations fiduciaires découlant de la gestion, par la Couronne, des ressources de pétrole et de gaz situées sur des terres des réserves cédées par les trois bandes indiennes intimées à la Couronne en 1946 (les questions relatives au pétrole et au gaz), de l'administration, par la Couronne, des fonds perçus sous forme de redevances ou d'autres revenus tirés de la concession ou de la vente des ressources de pétrole et de gaz ainsi cédées

respondent bands (the programs and services issues).

[4] The alleged trust or fiduciary obligations arise from the Treaty No. 6 of 1876 and subsequent surrenders by way of which the ancestors of, and the respondent bands, surrendered to the Crown their rights in oil and gas mineral resources. The land was part of Indian reserves which had been set aside for the use and benefit of the respondent bands, including the Pigeon Lake Reserve No. 138A, which was set apart for the benefit of the respondent bands as well as that of other Indian bands. Since then, the Parliament of Canada has enacted different legislation, including various versions of the *Indian Act*<sup>1</sup> and the *Indian Oil and Gas Act*,<sup>2</sup> and regulations thereunder, in regard to the management, administration and control of oil and gas resources and the royalties, payments and moneys therefrom, for the benefit of Indian bands.

[5] The moneys and royalties derived from the surrenders of the respondents' rights in oil and mineral resources are staggering. Suffice it to say that as of March 31, 1989, there were approximately 744 million dollars in Indian "capital monies" in the Consolidated Revenue Fund, 90% of which was derived from the production of oil and gas on the Pigeon Lake Indian Reserve.<sup>3</sup> Needless to say, the interests at stake are enormous.

[6] The proceedings leading to the present appeal and cross-appeal can be summarized as follows. As required by subsection 448(1) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846, s. 15)], the Crown filed its affidavits of documents in respect of the respondents' actions. Pursuant to subsection 448(2) [as am. *idem*], the Crown identified, in separate lists, those documents for which privilege was claimed. The respondents, by way of motion, sought an order requiring production of the documents over which the Crown had claimed privilege. By order dated September 9, 1994, MacKay J. ordered the

(les questions relatives à la gestion des sommes d'argent) et de la prestation, par la Couronne, de programmes et de services aux bandes intimées (les questions relatives aux programmes et aux services).

[4] La présumée fiducie et les présumées obligations fiduciaires découlent du Traité n° 6 de 1876 et de cessions subséquentes au moyen desquels les bandes intimées et leurs ancêtres ont cédé à la Couronne leurs droits sur les ressources minérales de pétrole et de gaz. Les terres faisaient partie des réserves indiennes qui avaient été mises de côté au bénéfice des bandes intimées, dont la Réserve n° 138A du lac Pigeon, qui a été mise de côté au bénéfice des bandes intimées et à celui d'autres bandes indiennes. Depuis lors, le Parlement du Canada a adopté différentes lois, dont diverses versions de la *Loi sur les Indiens*<sup>1</sup> et la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*<sup>2</sup> et leurs règlements d'application, en ce qui concerne la gestion, l'administration et le contrôle des ressources de pétrole et de gaz ainsi que des redevances, des paiements et des fonds qui en sont tirés, au bénéfice des bandes indiennes.

[5] Les fonds et les redevances découlant de la cession des droits des intimés sur les ressources de pétrole et de gaz sont incroyables. Qu'il suffise de dire qu'au 31 mars 1989, il y avait environ 744 millions de dollars au titre des «deniers versés aux comptes de capital» des Indiens dans le Fonds consolidé du revenu, dont 90 pour 100 découlaient de la production de pétrole et de gaz sur la Réserve indienne du lac Pigeon<sup>3</sup>. Il va sans dire que les intérêts en jeu sont considérables.

[6] L'instance qui a mené au présent appel et au présent appel incident pourrait se résumer ainsi. Comme l'exige le paragraphe 448(1) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/90-846, art. 15)], la Couronne a déposé ses affidavits de documents relativement aux actions des intimés. Conformément au paragraphe 448(2) [mod., *idem*], la Couronne a indiqué, dans des listes séparées, les documents à l'égard desquels le privilège était revendiqué. Les intimés ont, par voie de requête, demandé une ordonnance exigeant la production des documents à l'égard desquels la Couronne avait revendiqué un

Crown to file an amended affidavit of documents, pursuant to Rules 448 and 450 [as am. *idem*] of the *Federal Court Rules*, identifying five categories of documents in respect of which privilege had been claimed by the Crown and made directions with respect to the production of documents in each of those categories. For the purpose of the present appeal, the only documents giving rise to dispute are those in the nature of legal advice and for which solicitor and client privilege is claimed.

[7] MacKay J.'s September order was appealed to this Court and the appeal was allowed in part. Before the Court of Appeal, the respondents claimed that the special trust-like relationship between the Crown and the Indians precluded the Crown from claiming privilege over documents in the nature of legal advice. The respondents relied on the "trust principle" by virtue of which no privilege attaches to communications between a solicitor and the trustee as against the beneficiaries who have a joint interest with the trustee in the subject-matter of the communications.

[8] By decision dated May 12, 1995,<sup>4</sup> this Court concluded that the trust principle could not apply to "Crown trusts", such as the one in issue, in the same manner and to the same extent as if it were a private trust. After an analysis with respect to the degree of applicability of the trust principle in light of a conceded *prima facie* trust-type relationship between the Crown and the Indians, the Court concluded that it was not possible, at the discovery stage of the proceedings, to assess with specificity which documents, or class of documents, would be producible pursuant to a "Crown trust". The matter was referred back to the case management Judge in order for the respondents to challenge the claim of privilege document by document bearing in mind, as suggested by the Supreme Court of Canada in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*,<sup>5</sup> that any conflict should be resolved in favour of protecting confidentiality. I shall return to this Court's decision in greater detail later on.

privège. Par ordonnance en date du 9 septembre 1994, le juge MacKay a ordonné à la Couronne de déposer un affidavit modifié des documents, conformément aux Règles 448 et 450 [mod., *idem*] des *Règles de la Cour fédérale*, mentionnant cinq catégories de documents à l'égard desquels le privilège avait été revendiqué par la Couronne et il a formulé des directives relativement à la production de documents dans chacune de ces catégories. Aux fins du présent appel, les seuls documents donnant lieu au litige sont de la nature de conseils juridiques et sont visés par le privilège revendiqué relativement aux communications entre avocat et client.

[7] Il a été interjeté appel de l'ordonnance de septembre du juge MacKay et l'appel a été accueilli en partie. Devant la Cour d'appel, les intimés ont prétendu que le rapport spécial de nature fiduciaire qui existe entre la Couronne et les Indiens empêchait la Couronne de revendiquer le privilège à l'égard de documents de la nature de conseils juridiques. Les intimés ont invoqué le «principe de la fiducie» en vertu duquel aucun privilège n'est relié aux communications entre avocat et le fiduciaire plutôt que les bénéficiaires qui ont un intérêt conjoint avec le fiduciaire en matière de communications.

[8] Dans une décision en date du 12 mai 1995<sup>4</sup>, notre Cour a conclu que le principe de la fiducie ne pouvait pas s'appliquer aux «fiducies de la Couronne», comme celle en litige, de la même manière et dans la même mesure que s'il s'agissait d'une fiducie privée. Après avoir analysé le degré d'applicabilité du principe de la fiducie compte tenu de l'existence admise d'un rapport fiduciaire à première vue entre la Couronne et les Indiens, la Cour a conclu qu'il n'était pas possible, à l'étape de l'enquête préalable, d'évaluer précisément quels documents ou catégories de documents pourraient être produits conformément à une «fiducie de la Couronne». L'affaire a été renvoyée au juge responsable de la gestion de l'instance afin que les intimés puissent contester la revendication de privilège pour chaque document en n'oubliant pas, comme le suggère la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*<sup>5</sup>, que tout litige devrait être résolu de manière à favoriser la protection de la confidentialité. Je reviendrai plus loin à la décision de notre Cour plus en détail.



### Orders appealed and cross-appealed from

[9] In light of the principles adopted by this Court's decision dated May 12, 1995, the parties re-attended before MacKay J. in order to present further submissions concerning the disclosure of documents in the nature of legal advice. In the meantime, the Supreme Court of Canada rendered its decision in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*.<sup>6</sup> On March 20, 1996, after having taken account of the pronouncements of Gonthier J., for the majority,<sup>7</sup> in *Blueberry River Indian Band*, the case management Judge made the following order:<sup>8</sup>

1. For purposes of discovery, the Crown shall produce any document in the nature of, and heretofore claimed as being privileged as, legal advice, which is not otherwise claimed as privileged under the litigation privilege, that concerns the administration of, or the discharge of, responsibilities of the Crown as trustee for the benefit of the Respondent Bands and peoples arising from the surrenders to the Crown, in 1946, by the Respondents of their rights in oil and gas mineral resources on their respective reserve lands: including the Crown's responsibilities for:

- a) the management of oil and gas mineral resources;
- b) the management of funds derived as royalties or otherwise from the oil and gas resources;
- c) the establishment or operation of programs and services operated under the aegis of the Crown where the advice sought or received makes reference to the mineral resources surrendered by the Respondents or revenues derived therefrom.

2. This order to produce does not extend to documents claimed as privileged under the legal advice privilege which are general in nature and do not, by express terms or necessary implication, relate to the special trust-like arrangement created by the surrenders.

[10] Still in the context of the case management system, the parties attended a further hearing during which they submitted to the case management Judge sample lists of privileged documents,<sup>9</sup> and asked him to identify which of those documents would be

### Les ordonnances faisant l'objet d'un appel et d'un appel incident

[9] Compte tenu des principes adoptés dans la décision de notre Cour en date du 12 mai 1995, les parties ont comparu de nouveau devant le juge MacKay afin de présenter d'autres arguments concernant la divulgation de documents de la nature de conseils juridiques. Dans l'intervalle, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*.<sup>6</sup> Le 20 mars 1996, après avoir pris en considération les motifs exposés par le juge Gonthier, au nom de la majorité<sup>7</sup>, dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, le juge responsable de la gestion de l'instance a rendu l'ordonnance suivante<sup>8</sup>:

1. Pour les fins de l'enquête préalable, la Couronne produira tous les documents qui sont de la nature de conseils juridiques, visés jusqu'ici par le privilège revendiqué mais non spécifiquement en vertu du privilège des communications liées à une instance, ayant trait à l'administration ou à l'exécution des responsabilités de la Couronne en sa qualité de fiduciaire au profit des bandes demanderesse et de leurs membres en raison de la cession consentie à Sa Majesté par les demandeurs, en 1946, de leurs droits miniers concernant les ressources de pétrole et de gaz situées sur les terres des réserves, notamment les responsabilités de la Couronne ayant trait:

- a) à la gestion des ressources de pétrole et de gaz;
- b) à l'administration des fonds perçus sous forme de redevances ou d'autres revenus tirés des ressources de pétrole et de gaz;
- c) à l'établissement ou à l'application de programmes et à la prestation de services sous l'égide de la Couronne lorsque les conseils demandés ou reçus font référence aux ressources minérales cédées par les demandeurs ou aux revenus tirés de ces ressources.

2. La présente ordonnance ne s'étend pas aux documents de nature générale visés par le privilège des conseils juridiques et qui, expressément ou implicitement, ne portent pas sur le rapport spécial de nature fiduciaire créé par les cessions.

[10] Encore dans le contexte du système de gestion des instances, les parties ont comparu à une autre audience durant laquelle elles ont présenté au juge responsable de la gestion de l'instance des listes de documents visés par le privilège revendiqué<sup>9</sup> et lui ont

produçible en lumière des principes énoncés dans l'ordonnance du 20 mars 1996. Par l'ordonnance en date du 10 septembre 1996, le juge MacKay J. a conclu que les documents mentionnés dans la liste d'échantillons pouvaient être produits<sup>10</sup>:

A. où ils se rapportent expressément à l'administration de la Couronne en relation avec la «res» ou l'objet du rapport fiduciaire, c'est-à-dire les droits sur les ressources de pétrole et de gaz cédés par les demandeurs en 1946 ou les fonds qui en sont tirés et qui sont détenus pour les bandes demanderesse;

B. où, bien que de nature générale, les documents ne font pas expressément référence à la «res», mais sont considérés, par déduction nécessaire, comme se rapportant à l'administration de la «res» ou à l'objet du rapport fiduciaire, et notamment:

1) un document joint ou incorporé par renvoi à un autre document pouvant être produit,

2) un document portant expressément ou implicitement sur le «patrimoine» qui a été obtenu ou demandé à la suite des questions posées par les demandeurs au sujet de l'administration de leurs droits sur le «patrimoine»,

3) un document renvoyant à la création ou à la gestion par une bande demanderesse d'un fonds en fiducie créé grâce à des fonds détenus par la Couronne pour la bande,

4) un document ayant trait à l'administration du «patrimoine» mais qui ne fait pas expressément référence aux demandeurs, qui sont les bénéficiaires, par exemple la réserve de Pigeon Lake ou les droits sur les ressources de pétrole ou de gaz ou les revenus qui en sont tirés,

5) un document qui, bien que de nature générale et sans référence expresse au «patrimoine» ni aux demandeurs, renvoie à l'application de la **Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes** ou de son règlement d'application (les documents visant l'application de ces textes à des tiers et ceux portant sur des projets de modifications législatives sont exclus),

6) un document concernant les droits d'une autre bande qui est par la suite expressément rattaché à l'administration du «patrimoine» des demandeurs.

C. Enfin, les documents concernant les programmes et les services, fournis en vertu d'autres pouvoirs et responsabilités de la Couronne, dans lesquels la détermination de ces responsabilités est examinée en tenant expressément compte de la richesse comparée des demandeurs en raison de leurs droits sur le «patrimoine» de la fiducie.

[11] In Annex B of his decision, each document of the sample was listed with an indication as to where

demandé d'indiquer lesquels de ces documents pouvaient être produits compte tenu des principes énoncés dans l'ordonnance du 20 mars 1996. Dans une ordonnance en date du 10 septembre 1996, le juge MacKay a conclu que les documents suivants mentionnés dans la liste d'échantillons pouvaient être produits<sup>10</sup>:

A. Les documents se rapportant expressément à l'administration des responsabilités de la Couronne relativement au «patrimoine» ou à l'objet du rapport fiduciaire, c'est-à-dire les droits sur les ressources de pétrole et de gaz cédés par les demandeurs en 1946 ou les fonds qui en sont tirés et qui sont détenus pour les bandes demanderesse;

B. Quoique de nature générale, les documents ne font pas expressément référence au «patrimoine» mais sont considérés, par déduction nécessaire, comme se rapportant à l'administration du «patrimoine» ou de l'objet du rapport fiduciaire, et notamment:

1) le document joint ou incorporé par renvoi à un autre document pouvant être produit,

2) le document portant expressément ou implicitement sur le «patrimoine» qui a été obtenu ou demandé à la suite des questions posées par les demandeurs au sujet de l'administration de leurs droits sur le «patrimoine»,

3) le document renvoyant à la création ou à la gestion par une bande demanderesse d'un fonds en fiducie créé grâce à des fonds détenus par la Couronne pour la bande,

4) le document ayant trait à l'administration du «patrimoine» mais qui ne fait pas expressément référence aux demandeurs, qui sont les bénéficiaires, par exemple la réserve de Pigeon Lake ou les droits sur les ressources de pétrole ou de gaz ou les revenus qui en sont tirés,

5) le document qui, bien que de nature générale et sans référence expresse au «patrimoine» ni aux demandeurs, renvoie à l'application de la **Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes** ou de son règlement d'application (les documents visant l'application de ces textes à des tiers et ceux portant sur des projets de modifications législatives sont exclus),

6) le document concernant les droits d'une autre bande qui est par la suite expressément rattaché à l'administration du «patrimoine» des demandeurs.

C. Enfin, les documents concernant les programmes et les services, fournis en vertu d'autres pouvoirs et responsabilités de la Couronne, dans lesquels la détermination de ces responsabilités est examinée en tenant expressément compte de la richesse comparée des demandeurs en raison de leurs droits sur le «patrimoine» de la fiducie.

[11] À l'annexe B de sa décision, chaque document de l'échantillon était accompagné d'une indication de

it stood in terms of its classification and production.

[12] The Crown, before this Court, challenges the March 20, 1996, order. With respect to the September 10, 1996, order, the Crown contends that the case management Judge erred in ordering that the documents found in categories B1, B2, B3, B5, B6 and C should be produced. She does not object to category A except to say that some documents do not belong to it. The respondents cross-appeal the March 20, 1996, and September 10, 1996, orders, in so far as they exclude from production those documents which dealt with proposals for legislative changes or general advice relating to the administration of Indian moneys or Indian oil and gas resources. Even if they do not mention specifically the “res” of the trust relationship, these last documents, say the respondents, deal directly or by necessary implication with the Crown’s fiduciary obligations.

#### Positions of the parties in the appeal and the cross-appeal

[13] Before this Court, the appellants propose a narrow application of the trust principle in light of the trust-like relationship between the Crown and the Indians. According to the appellants, since the Crown wears many hats and represents many interests, the documents over which privilege is claimed should not be disclosed unless they were obtained by the Crown in the administration of the “res” or in the course of the Crown carrying out its duties as “trustee” for the exclusive or dominant benefit of the respondent bands.

[14] The respondent bands favour a large application of the trust principle in light of the trust-like relationship between the Indians and the Crown. According to the respondents, the claimant must only establish *prima facie* that he or she is a beneficiary of a trust or other fiduciary obligation and that the documents are relevant to the issues in the litigation. In this sense, the respondents submit that the Crown’s trust obligations clearly require disclosure of any document which

l’endroit où il se trouvait en ce qui concerne sa classification et sa production.

[12] La Couronne conteste devant notre Cour l’ordonnance du 20 mars 1996. Quant à l’ordonnance du 10 septembre 1996, la Couronne prétend que le juge responsable de la gestion de l’instance a commis une erreur en ordonnant que les documents se trouvant dans les catégories B1, B2, B3, B5, B6 et C devraient être produits. Elle ne s’oppose pas à la catégorie A, si ce n’est pour dire que certains documents n’en font pas partie. Les intimés interjettent un appel incident contre les ordonnances du 20 mars 1996 et du 10 septembre 1996, dans la mesure où elles empêchent la production des documents qui traitent de propositions de modifications législatives ou de conseils généraux relativement à l’administration des fonds des Indiens ou des ressources de pétrole et de gaz des Indiens. Même s’ils ne mentionnent pas précisément l’«objet» du rapport fiduciaire, ces derniers documents, selon les intimés, traitent directement ou par déduction nécessaire des obligations fiduciaires de la Couronne.

#### Les positions des parties à l’appel et l’appel incident

[13] Devant notre Cour, les appelants proposent une application stricte du principe de la fiducie compte tenu du rapport de nature fiduciaire existant entre la Couronne et les Indiens. D’après les appelants, comme la Couronne représente beaucoup d’intérêts à des titres divers, les documents à l’égard desquels le privilège est revendiqué ne devraient pas être divulgués à moins qu’ils n’aient été obtenus par la Couronne dans l’administration du «patrimoine» ou dans l’exercice de ses obligations à titre de «fiduciaire» dans l’intérêt exclusif ou principal des bandes intimées.

[14] Les bandes intimées favorisent une application large du principe de la fiducie compte tenu du rapport de nature fiduciaire existant entre les Indiens et la Couronne. Selon les intimés, celui qui revendique doit établir seulement à première vue qu’il bénéficie d’une fiducie ou d’une autre obligation fiduciaire et que les documents se rapportent aux questions en litige. En ce sens, les intimés soutiennent que les obligations fiduciaires de la Couronne exigent manifestement la

has a direct or significant impact on the administration of their assets or on the propriety of the Crown's administration of the respondents' trust, and which directly relates to an issue in the context of the present litigation.

### Analysis

[15] As a starting proposition, this Court's decision of May 12, 1995, must be reviewed in the light of the recent decisions of the Supreme Court of Canada in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*;<sup>11</sup> *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*;<sup>12</sup> and *R. v. Van der Peet*.<sup>13</sup>

[16] In its May 12, 1995, decision, this Court held that, for the trust principle to apply at the discovery stage of an action for breach of duty in the administration of a trust, two conditions had to be met. Firstly, the alleged trust relationship must be established on a *prima facie* basis. Secondly, the documents allegedly belonging to the beneficiaries must be documents obtained or prepared by the trustee in the administration of the trust and in the course of the trustee carrying out his duties as trustee.<sup>14</sup>

[17] The Court was prepared, because of the very special relationship between the Crown and the Indians, and because the Crown was to be held to a "high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal people",<sup>15</sup> to accept that whatever was the precise nature of the relationship between the Crown and the respondent bands, it would qualify *prima facie* as a trust-type relationship for the purposes of the application of the trust principle at the discovery stage. The Court's concern, however, was with respect to the second condition.

[18] The Court was of the opinion that the rules and practices developed with respect to private trust did not automatically apply to "Crown trusts" such as the one in this case. This was explained the following way:<sup>16</sup>

divulgence de tout document qui a des répercussions directes ou importantes sur l'administration de leurs biens ou le bien-fondé de l'administration par la Couronne de la fiducie des intimés et qui se rapporte directement à une question dans le contexte du présent litige.

### Analyse

[15] D'abord, il faut examiner la décision rendue par notre Cour le 12 mai 1995 en tenant compte des arrêts récents de la Cour suprême du Canada *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*<sup>11</sup>; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*<sup>12</sup>; et *R. c. Van der Peet*<sup>13</sup>.

[16] Dans sa décision du 12 mai 1995, notre Cour a jugé que, pour que le principe de la fiducie s'applique à l'étape de l'enquête préalable d'une action pour violation d'une obligation dans l'administration d'une fiducie, il fallait satisfaire à deux conditions. Premièrement, il faut présenter une preuve à première vue de l'existence du rapport fiduciaire allégué. Deuxièmement, les documents qui appartiendraient aux bénéficiaires doivent être des documents obtenus ou préparés par le fiduciaire dans l'administration de la fiducie et dans l'exercice de ses fonctions de fiduciaire<sup>14</sup>.

[17] Compte tenu du rapport très particulier qui lie la Couronne aux Indiens et du fait que la Couronne doit être tenue au respect «d'une norme élevée—celle d'agir honorablement—dans ses rapports avec les peuples autochtones»<sup>15</sup>, la Cour était disposée à reconnaître que, peu importe la nature exacte du rapport existant entre la Couronne et les Indiens, il pourrait être considéré à première vue comme un rapport de nature fiduciaire aux fins de l'application du principe de la fiducie à l'étape de l'enquête préalable. Toutefois, la Cour s'est intéressée à la deuxième condition.

[18] La Cour était d'avis que les règles et les pratiques élaborées relativement à la fiducie privée ne s'appliquaient pas automatiquement aux «fiducies de la Couronne» comme celle dont il s'agit en l'espèce. Elle l'a expliqué de la façon suivante<sup>16</sup>:

It is settled law that where there is a trust relationship, no privilege attaches to communications between a solicitor and the trustee as against the beneficiaries who have a joint interest with the trustee in the subject-matter of the communications. The matter was recently canvassed by Lederman J. in *Re Ballard Estate*, where it was said:

Both counsel recognized the principle that communications passing between an executor or trustee and a solicitor are not privileged as against beneficiaries who are claiming under the will or trust. The rationale was set out in the classic statement of Lord Wrenbury in *O'Rourke v. Darbishire*, [1920] A.C. 581 at pp. 626-27, [1920] All E.R. Rep. 1 (H.L.), as follows:

If the plaintiff is right in saying that he is a beneficiary, and if the documents are documents belonging to the executors as executors, he has a right to access to the documents which he desires to inspect upon what has been called in the judgments in this case a proprietary right. The beneficiary is entitled to see all trust documents because they are trust documents and because he is a beneficiary. They are in this sense his own. Action or no action, he is entitled to access to them. This has nothing to do with discovery. The right to discovery is a right to see someone else's documents. The proprietary right is a right to access to documents which are your own. No question of professional privilege arises in such a case. Documents containing professional advice taken by the executors as trustees contain advice taken by trustees for their cestuis que trust, and the beneficiaries are entitled to see them because they are beneficiaries.

...

The basis of the trust principle, as appears from Mr. Justice Lederman's reasons in *Re Ballard Estate*, is the assumption, in cases of private trusts, that legal advice sought by the trustee belongs to the beneficiaries "because the very reason that the solicitor was engaged and advice taken by the trustees was for the due administration of the estate and for the benefit of all beneficiaries who take or may take under the will or trust".

That assumption cannot be applied to Crown "trusts". The Crown can be no ordinary "trustee". It wears many hats and represents many interests, some of which cannot but be conflicting. It acts not only on behalf or in the interest of the Indians, but it is also accountable to the whole Canadian population. It is engaged in many regards in continuous

Il est bien établi en droit qu'en présence d'un rapport fiduciaire, aucun privilège protégeant les communications entre l'avocat et le fiduciaire ne peut être opposé aux bénéficiaires qui ont un intérêt conjoint avec le fiduciaire dans l'objet des communications. Cette question a été analysée récemment par le juge Lederman, dans l'affaire *Re Ballard Estate*:

[TRADUCTION] Les deux avocats ont reconnu le principe selon lequel les communications entre un exécuteur ou un fiduciaire et un avocat ne sont pas protégées par un privilège opposable aux bénéficiaires qui font valoir leurs droits en vertu du testament ou de la fiducie. La raison d'être de ce principe a été énoncée dans l'extrait classique du jugement de Lord Wrenbury dans l'affaire *O'Rourke v. Darbishire*, [1920] A.C. 581, pp. 626 et 627, [1920] All E.R. Rep. 1 (Ch. des lords):

Si le demandeur a raison d'affirmer qu'il est un bénéficiaire, et si les documents sont des documents appartenant aux exécuteurs en cette qualité, il a le droit d'avoir accès aux documents qu'il désire examiner en vertu de son droit que les jugements en l'espèce ont qualifié de droit propriétaire. Le bénéficiaire est autorisé à consulter tous les documents de la fiducie parce que ce sont des documents de la fiducie et parce qu'il est un bénéficiaire. En ce sens, ils lui appartiennent. Qu'une action soit intentée ou non, il a le droit d'y avoir accès. Ce droit n'a aucun rapport avec la divulgation de documents. Le droit à la divulgation de documents est le droit de voir des documents appartenant à quelqu'un d'autre. Le droit propriétaire est un droit d'accès aux documents qui nous appartiennent. Aucune question relative au privilège du secret professionnel ne saurait être en cause en l'espèce. Les documents contenant des conseils professionnels reçus par les exécuteurs en leur qualité de fiduciaires contiennent des conseils reçus par les fiduciaires au nom des bénéficiaires et ces derniers ont le droit de les consulter parce qu'ils sont bénéficiaires.

...

Si l'on se reporte aux motifs du juge Lederman dans l'affaire *Re Ballard Estate*, le fondement du principe de la fiducie est la présupposition, dans le cas des fiducies privées, que les conseils juridiques demandés par le fiduciaire appartiennent aux bénéficiaires «parce que la véritable raison pour laquelle les services de l'avocat ont été retenus et ses conseils ont été reçus par les fiduciaires était la bonne administration de la succession, dans l'intérêt de tous les bénéficiaires qui bénéficient ou peuvent bénéficier du testament ou de la fiducie.»

Cette présupposition ne peut s'appliquer aux «fiducies» de la Couronne. La Couronne ne saurait être un «fiduciaire» ordinaire. Elle agit à plusieurs titres et elle représente de nombreux intérêts, dont certains sont nécessairement opposés. Non seulement agit-elle au nom ou dans l'intérêt des Indiens, mais encore doit-elle rendre compte à l'ensem-

litigation. It has always to think in terms of present and future legal and constitutional negotiations, be they with the Indians or with the provincial governments, which negotiations, it might be argued, can be equated in these days and ages with continuous litigation. Legal advice may well not have been sought or obtained for the exclusive or dominant benefit of the Indians, let alone that of the three bands involved in these proceedings. Legal advice may well relate to policy decisions in a wide variety of areas which have nothing or little to do with the administration of the "trusts". It is doubtful that payment of the legal opinions given to the Crown is made out of the "private" funds of the "trusts" it administers . . . . [Emphasis added.]

[19] The Court concluded that it was simply not possible at that stage of the proceedings to assume in a general way which of the documents at issue, in whole and in part, were documents which were obtained or prepared by the Crown in the course of carrying out its duties as "trustee" for the respondents. The Court held:<sup>17</sup>

As noted by Dickson J. (as he then was) in *Solosky*, "privilege can only be claimed document by document". We have not seen the documents at issue; we do not know what argument nor what line of argument, if any, may be developed by the parties with respect to each of the documents and, eventually, to a class of them. Furthermore, we cannot rely on any practical precedent in the case law, for this is an approach to the law of privilege which is peculiar to the yet unsettled relationship between the Crown and the Indians. It is not possible in the abstract to resolve the conflict between the alleged right of the Crown to privilege and the alleged right of the respondents to disclosure otherwise than in the manner suggested by the Supreme Court in *Descôteaux*, i.e. in favour of protecting privilege. [Emphasis added.]

[20] At issue in *Blueberry River Indian Band*, pronounced by the Supreme Court of Canada a few months later, was the alleged breach of fiduciary obligation on the part of the Crown with regard, in particular, to two surrenders which had occurred, one in 1940 and one in 1945. Gonthier J., for the majority, was of the view that principles of common law property were not helpful in the context of that case. Since Indian title in reserves is *sui generis*, it would

ble de la population canadienne. Elle participe, à de nombreux égards, à des litiges en instance. Elle doit toujours tenir compte des négociations juridiques et constitutionnelles en cours et à venir, avec les Indiens ou avec les gouvernements provinciaux, et on peut soutenir que ces négociations peuvent, à notre époque, être assimilées à des litiges en instance. Les conseils juridiques en cause peuvent très bien ne pas avoir été demandés, ni obtenus, dans l'intérêt exclusif ou principal des Indiens, et encore moins dans celui des trois bandes qui sont parties à l'instance. Il se peut très bien que ces conseils juridiques soient liés à des décisions en matière de politique, dans une grande diversité de secteurs qui n'ont que peu ou pas de liens avec l'administration des «fiducies». Il est peu probable que le paiement des opinions juridiques données à la Couronne ait été prélevé sur les fonds «privés» des «fiducies» qu'elle administre . . . [Non souligné dans l'original.]

[19] La Cour a conclu qu'il n'était tout simplement pas possible à cette étape de l'instance de présumer de façon générale lesquels des documents en cause, en tout ou en partie, étaient des documents qui avaient été obtenus ou préparés par la Couronne dans l'exercice de ses fonctions à titre de «fiduciaire» des intimés. La Cour a statué<sup>17</sup>:

Comme l'a précisé le juge Dickson (alors juge puîné) dans *Solosky*, «le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement». Nous n'avons pas vu les documents en cause; nous ne connaissons pas la plaidoirie, ni l'orientation de la plaidoirie que les parties pourraient élaborer, le cas échéant, relativement à chaque document et, peut-être, à une catégorie de documents. De plus, nous ne pouvons nous en remettre en pratique à aucun précédent, car la façon d'aborder le droit des privilèges en l'espèce est particulière aux rapports entre les Indiens et la Couronne, dont la nature n'a pas encore été établie. Il n'est pas possible de trancher hors contexte le conflit qui oppose le prétendu droit de la Couronne à un privilège et le prétendu droit des intimés à la divulgation, si ce n'est conformément à l'arrêt *Descôteaux* de la Cour suprême, c'est-à-dire en faveur du respect du privilège. [Non souligné dans l'original.]

[20] L'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, rendu par la Cour suprême du Canada quelques mois plus tard, portait notamment sur la violation présumée de l'obligation fiduciaire de la Couronne à l'égard, notamment, de deux cessions qui étaient survenues l'une en 1940 et l'autre en 1945. Le juge Gonthier, au nom de la majorité, était d'avis que les principes généraux du droit des biens en common law n'étaient pas utiles dans le contexte de ce pourvoi. Puisque le

have been most unfortunate if the technical land transfer requirements embodied in the common law were to frustrate the intention of the parties and, in particular, the Band, in relation to their dealings. The *sui generis* nature of aboriginal title requires courts, he said, to go beyond the usual restrictions imposed by the common law, in order to give effect to the true purpose of the dealings.<sup>18</sup> He made it clear that his reasons should not be interpreted to equate a trust in Indian land with a common law trust. He was well aware, he said,<sup>19</sup> that this issue was not resolved in *Guerin et al. v. The Queen et al.*,<sup>20</sup> and he had no wish to pronounce upon it in that case. He noted that the Supreme Court did recognize in *Guerin* that the “trust-like” obligations and principles would be relevant to the analysis of a surrender of Indian lands. Both surrenders in the *Blueberry River Indian Band* case had been framed as trusts. The parties, therefore, according to Gonthier J., had intended to create a trust-like relationship which he characterized, for lack of a better label, as “trusts in Indian lands”.

[21] Although it is settled that there is a special fiduciary relationship between the Crown and the Indians, the Supreme Court of Canada has yet to define its true nature and scope. And, although the rights of the Indians and the responsibilities of the Crown remain to be spelled out, the Supreme Court held in *Blueberry River Indian Band* that the Crown (DIA), having taken on the obligations as a trustee, was under a fiduciary duty to deal with the matter in the best interests of the Band members.<sup>21</sup> Furthermore, when Gonthier J. stated, at page 364, that “[t]he DIA’s failure to continue the leasing arrangement could be excused if the Department had received a clear mandate from the Band to sell the mineral rights”, he applied a trust law defence which can be used by a trustee in order to refute a breach of trust.<sup>22</sup> The requirement upon a trustee to act with reasonable diligence, which Gonthier J. attributed to the Crown later on (at page 366), is also to be found in the

titre indien sur les réserves a un caractère *sui generis*, il serait fort malencontreux que les exigences de forme de la common law en matière de transfert foncier viennent frustrer l’intention des parties, tout particulièrement celle de la bande, à l’égard de leurs opérations. Compte tenu du caractère *sui generis* du titre autochtone, les tribunaux doivent faire abstraction, a-t-il déclaré, des restrictions habituelles imposées par la common law afin de donner effet à l’objet véritable de ces opérations<sup>18</sup>. Il a précisé qu’il ne fallait pas interpréter ses motifs comme ayant pour effet d’assimiler les fiducies visant des terres indiennes aux fiducies en common law. Il était bien conscient, disait-il<sup>19</sup>, que cette question n’a pas été tranchée dans *Guerin et autres c. La Reine et autre*<sup>20</sup>, et il ne désirait pas le faire en l’espèce. Il a noté que la Cour suprême a effectivement reconnu dans cet arrêt que les obligations et principes «semblables à ceux d’une fiducie» étaient pertinents dans le cadre de l’analyse d’une cession des terres indiennes. Les deux cessions en cause dans l’arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry* étaient conçues comme des fiducies. Les parties avaient en conséquence, selon le juge Gonthier, l’intention de créer des rapports semblables à ceux créés par une fiducie, qu’il a qualifiés, en l’absence d’une expression plus appropriée, de «fiducies visant des terres indiennes».

[21] Bien qu’elle ait établi qu’il existe un rapport fiduciaire particulier entre la Couronne et les Indiens, la Cour suprême du Canada doit encore définir sa nature et sa portée véritables. Et, même s’il reste à expliquer bien clairement les droits des Indiens et les responsabilités de la Couronne, la Cour suprême a conclu dans l’arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry* que la Couronne (MAI), en assumant les obligations d’un fiduciaire, avait l’obligation de fiduciaire d’agir dans les meilleurs intérêts des membres de la bande dans cette affaire<sup>21</sup>. De plus, lorsque le juge Gonthier a dit, à la page 364, que «[l’]omission du MAI de continuer la location pourrait être excusée si le Ministère avait reçu de la bande le mandat clair de vendre les droits miniers», il a appliqué un moyen de défense fondé sur le droit des fiducies que le fiduciaire peut invoquer afin de réfuter une violation de fiducie<sup>22</sup>. L’obligation pour un fiduciaire d’agir avec diligence raisonnable, que le

principles of a common law trust.<sup>23</sup> It would appear, therefore, that in the context of a trust in Indian land,<sup>24</sup> the effects of a “true” trust are generally applicable.<sup>25</sup>

[22] The Supreme Court of Canada’s decision in *St. Mary’s Indian Band v. Cranbrook (City)*,<sup>26</sup> which was rendered after the case management Judge’s orders, is largely an application of the *Blueberry River Indian Band* decision. The case of *R. v. Van der Peet*,<sup>27</sup> also pronounced after the two orders of the case management Judge were issued, is an affirmation that Indian treaty rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] are to be given a generous and liberal interpretation,<sup>28</sup> and that where there is any doubt or ambiguity with regard to the scope and definition of subsection 35(1), such doubt or ambiguity must be resolved in favour of Aboriginal peoples.

[23] There are two important values at stake in the case at bar. One is the privilege asserted by the Crown with regard to legal documents. The other is the affirmation of the respondents’ interests. The line of demarcation lies between the rights of the respondents to claim access to those legal documents, which originate in the trust-like relationship created by the surrenders (the nature and scope of which remaining undefined), and the extent to which the Crown may claim privilege on those documents on account of the many hats She is wearing. The Crown cannot claim any privilege on those documents that relate to the assets under management when She is only wearing the hat of the trustee for the respondents’ assets under management. She may if, on the same document, She can successfully claim other interests. Once these two values are properly assessed, any doubt must be resolved under the principles established by the Supreme Court of Canada in *Descôteaux*.

juge Gonthier a attribuée à la Couronne plus loin (à la page 366), se trouve également dans les principes d’une fiducie en common law<sup>23</sup>. Il semblerait donc que, dans le contexte d’une fiducie visant les terres indiennes<sup>24</sup>, les effets d’une «véritable» fiducie sont généralement applicables<sup>25</sup>.

[22] L’arrêt de la Cour suprême du Canada *Bande indienne de St. Mary’s c. Cranbrook (Ville)*<sup>26</sup>, qui a été rendu après les ordonnances du juge responsable de la gestion de l’instance, est en grande partie une application de l’arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*. L’arrêt *R. c. Van der Peet*<sup>27</sup>, également prononcé après que les deux ordonnances du juge responsable de la gestion de l’instance eurent été rendues, constitue une confirmation que les droits des Indiens issus de traités et visés à l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] doivent recevoir une interprétation libérale et généreuse<sup>28</sup> et que, lorsqu’il existe un doute ou une ambiguïté relativement à la portée et à la définition du paragraphe 35(1), ce doute ou cette ambiguïté doivent jouer en faveur des peuples autochtones.

[23] Il y a deux valeurs importantes en cause dans la présente affaire. L’une est le privilège revendiqué par la Couronne à l’égard des documents juridiques. L’autre est l’affirmation des droits des intimés. La ligne de démarcation se trouve entre le droit des intimés de demander l’accès à ces documents juridiques, qui prend naissance dans le rapport de nature fiduciaire créé par les cessions (dont la nature et la portée ne sont pas encore définies) et la mesure dans laquelle la Couronne peut revendiquer le privilège à l’égard de ces documents à divers titres. La Couronne ne peut pas revendiquer de privilège à l’égard des documents qui se rapportent aux biens à gérer lorsqu’elle agit uniquement à titre de fiduciaire en ce qui concerne les biens des intimés à gérer. Elle le peut si, au sujet du même document, elle peut réussir à revendiquer avec succès d’autres intérêts. Une fois que ces deux valeurs ont été bien évaluées, tout doute doit être dissipé en vertu des principes établis par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Descôteaux*.



[24] The case management Judge correctly directed himself in the law when he stated, in his reasons for judgment of March 20, 1996:<sup>29</sup>

That production will treat the plaintiff bands and nations much like beneficiaries of a private trust, entitled to access to legal advice obtained by the Crown as “trustee”. This is because, as beneficiaries of a variation of a trust in Indian land, the plaintiffs share an interest in that advice with the Crown, which is responsible for administration and management of the mineral assets and revenues therefrom for the benefit exclusively of the plaintiff bands and nations.

He took the correct view of the respondents’ joint interests when he ordered, on March 20, 1996, that the Crown produce any document in the nature of legal advice that concerns the administration of, or the discharge of, responsibilities of the Crown as trustee for the benefit of the plaintiff bands and peoples arising from the 1946 surrenders of rights in oil and gas mineral resources, including the royalties derived and the operation of programs and services where the advice sought made reference to the mineral resources surrendered and the revenues derived. He sought to make clear that documents claimed as privileged under the legal advice privilege, which were general in nature but which did not, by express terms or necessary implication, relate to the special trust-like arrangements resulting from the surrenders, were not to be disclosed. He clarified that order on September 10, 1996. The appellants do not object to category A of the second order except to say that certain specific documents classified by the Judge as belonging to that category do not in fact belong to it. The appellants object, however, to categories B1, B2, B3, B5, B6, which render documents of a general nature but related to the “*res*” by necessary implication, producible, and to category C, dealing with programs.

[25] In my view, it would frustrate the nature of the process to exclude documents which belong “by necessary implication” to the trusteeship in Indian land

[24] Le juge responsable de la gestion de l’instance a bien suivi le droit lorsqu’il a déclaré dans les motifs du jugement rendu le 20 mars 1996<sup>29</sup>:

Pour les fins de la communication de ces documents, les bandes et nations demandereses seront traitées de façon comparable aux bénéficiaires d’une fiducie privée et elles pourront avoir accès aux conseils juridiques qui ont été obtenus par la Couronne à titre de «fiduciaire». La raison en est qu’en tant que bénéficiaires d’une modification d’une fiducie visant des terres indiennes, les demandeurs ont intérêt à prendre connaissance de ces conseils, au même titre que la Couronne qui est responsable de l’administration et de la gestion des ressources minérales et des revenus tirés de ces ressources au profit exclusif des bandes et nations demandereses.

Il a bien évalué les intérêts conjoints des intimés lorsqu’il a ordonné, le 20 mars 1996, que la Couronne produise tout document de la nature de conseils juridiques qui concerne l’administration ou l’exercice de ses responsabilités à titre de fiduciaire dans l’intérêt des bandes demandereses et des demandeurs, responsabilités découlant de la cession en 1946 des droits sur les ressources minérales de pétrole et de gaz, dont les redevances qui en ont été tirées et la mise en œuvre de programmes et la prestation de services où les conseils demandés faisaient référence aux ressources minérales cédées et aux revenus en découlant. Il a cherché à préciser que les documents visés par le privilège revendiqué en vertu du privilège protégeant les conseils juridiques, qui étaient de nature générale mais qui, directement ou par déduction nécessaire, se rapportent à des arrangements particuliers de nature fiduciaire découlant des cessions, n’avaient pas à être divulgués. Il a clarifié cette ordonnance le 10 septembre 1996. Les appelants ne s’opposent pas à la catégorie A de la deuxième ordonnance si ce n’est pour dire que certains documents particuliers considérés par le juge comme faisant partie de cette catégorie n’en font pas partie de fait. Les appelants s’opposent cependant aux catégories B1, B2, B3, B5, B6, qui font que des documents de nature générale mais reliés au «patrimoine» par déduction nécessaire peuvent être produits, et à la catégorie C, qui traite des programmes.

[25] À mon avis, cela irait à l’encontre de la nature du processus que d’exclure les documents qui appartiennent «par déduction nécessaire» à la fiducie visant

since, by definition, they are necessarily linked to the assets under administration. The exclusive or dominant benefit test proposed by the appellants is too narrow considering the intention of the parties, as reflected in the confident terms of the 1946 surrenders used by the Indians<sup>30</sup>—and the important responsibilities assumed by the Crown that day.

[26] In addition to the “necessary implication” requirement, the documents under B1 must be incorporated by reference in another which is producible. Documents under B2 are those obtained or requested as a result of questions raised by the respondents with regard to the administration of their assets. Documents under B3 refer to the creation of a trust fund from moneys under trusteeship. All three categories are intimately related to the Indian assets under administration and were correctly added by the case management Judge.

[27] The case management Judge also included in the “by necessary implication” category, documents which, though general and without reference to the assets under administration, refer to the application of the *Indian Oil and Gas Act* or regulations. This addition in B5 was reasonable since those legal documents have a direct bearing on the conduct adopted by the trustee with regard to the assets. He was right to exclude those applicable to third parties’ interests since the respondents have no business in that regard. He was also right to exclude those dealing with legislative changes since the Crown, at that stage, acts in Her legislative capacity and not as trustee of Indian land.

[28] Documents concerning interests of another band, which are subsequently made referable to the assets under administration, were correctly added by the case management Judge in the B category as B6. Those documents deal directly with the assets under trusteeship in Indian land.

[29] The production of documents in category C is indispensable to the actions. They relate directly to

les terres indiennes puisque, par définition, ils sont nécessairement reliés aux biens à gérer. Le critère de l’intérêt exclusif ou principal proposé par les appelants est trop strict vu l’intention des parties, que reflètent les termes pleins d’assurance utilisés par les Indiens dans les cessions de 1946<sup>30</sup> et les responsabilités importantes assumées par la Couronne ce jour-là.

[26] En plus de l’exigence de la «déduction nécessaire», les documents de la catégorie B1 doivent être incorporés par renvoi dans un autre qui peut être produit. Les documents de la catégorie B2 sont ceux obtenus ou demandés à la suite de questions soulevées par les intimés relativement à l’administration de leurs biens. Les documents de la catégorie B3 font référence à la création d’un fonds en fiducie à partir de sommes d’argent à gérer en fiducie. Ces trois catégories sont intimement liées aux biens des Indiens à administrer et ont été ajoutées à bon droit par le juge responsable de la gestion de l’instance.

[27] Le juge responsable de la gestion de l’instance a également inclus dans la catégorie dite «par déduction nécessaire» les documents qui, tout en étant généraux et sans rapport avec les biens à gérer, se rapportent à l’application de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* ou du règlement. Cet ajout à la catégorie B5 était raisonnable puisque ces documents juridiques ont un effet direct sur la conduite adoptée par le fiduciaire en ce qui concerne les biens. Il a eu raison d’exclure les documents applicables aux intérêts des tiers puisque les intimés n’ont rien à faire à cet égard. Il a eu raison également d’exclure ceux traitant des modifications législatives puisque la Couronne, à ce stade, agit en qualité de législateur et non pas de fiduciaire des terres indiennes.

[28] Les documents concernant les intérêts d’une autre bande, qui peuvent subséquemment se rapporter aux biens à gérer, ont été ajoutés à bon droit par le juge responsable de la gestion de l’instance à la catégorie B sous la mention B6. Ces documents traitent directement des biens soumis à une fiducie visant les terres indiennes.

[29] La production des documents de la catégorie C est indispensable à la poursuite des actions. Ils se

cuts in programs and services that would have occurred considering the revenues of the assets under administration. They are part of the total picture of the administration of the trusteeship in Indian land in terms of the conduct of the trustee during Her administration. I accept the statement made by the case management Judge in this regard on March 20, 1996:<sup>31</sup>

In my opinion, the plaintiffs are entitled to access to any legal advice obtained by the Crown in relation to programs and services which advice makes reference to the mineral assets surrendered by these bands or moneys derived therefrom. The Crown in its role of trustee for the plaintiff bands had certain responsibilities. Legal advice, if there was any, about meeting those responsibilities, and any possible conflicting responsibilities of the Crown as provider of programs and services under treaty and statute, in my view, should be disclosed to the plaintiffs as beneficiaries of the Crown's trustee responsibilities arising from the 1946 surrenders.

[30] I finally accept the case management Judge's rejection of the wider claim made by the respondents, plaintiffs in these actions:<sup>32</sup>

The plaintiffs urge that the general fiduciary relationship of the Crown to the Indians, in light of its treaty, statutory and contractual responsibilities has trust-like responsibilities that warrant close examination of any claim to privilege of relevant documents. I am not persuaded at this stage that the general relationship of the parties, aside from relations arising out of the specific variation of a trust in Indian land created by the surrenders of natural resources, and derivative responsibilities arising from the surrenders, warrants an order to produce documents on a wider scale than that now outlined.

[31] In the end result, I would confirm the two orders rendered by the case management Judge. I would dismiss the appeal with costs. I would dismiss the cross-appeal without costs, since the appellants do not ask for costs.

STONE J.A.: I agree.

rappellent directement aux coupures de programmes et de services qui seraient survenues étant donné le revenu des biens à administrer. Ils font partie de l'image d'ensemble de l'administration de la fiducie visant les terres indiennes en ce qui a trait à la conduite du fiduciaire durant son administration. J'accepte la déclaration du juge responsable de la gestion de l'instance à cet égard le 20 mars 1996<sup>31</sup>:

À mon avis, les demandeurs ont le droit d'avoir accès à tous les conseils juridiques qui ont été obtenus par la Couronne relativement à des programmes et à des services, lorsque les conseils font référence aux ressources minérales cédées par ces bandes ou aux fonds qui en proviennent. À titre de fiduciaire pour les bandes demandesses, la Couronne avait certaines responsabilités. Les conseils juridiques, s'il en est, qui ont été obtenus pour lui permettre de s'acquitter de ses responsabilités et de toutes les responsabilités peut-être incompatibles incombant à la Couronne en tant que responsable de la mise en œuvre de programmes et la prestation de services aux termes de traités et de lois devraient à mon avis être communiqués aux demandeurs auxquels la Couronne devait rendre compte puisqu'ils sont les bénéficiaires des arrangements de nature fiduciaire résultant des cessions de 1946.

[30] J'accepte enfin le rejet, par le juge responsable de la gestion de l'instance, de la demande plus générale faite par les intimés, demandeurs dans les actions<sup>32</sup>:

Les demandeurs font également valoir que le rapport fiduciaire général qui lie les Indiens et la Couronne, au vu des responsabilités de cette dernière découlant des traités, de lois ou de contrats, comporte des devoirs de nature fiduciaire qui justifient un examen minutieux de toute revendication de privilège touchant des documents pertinents. Je ne suis pas convaincu à ce stade que le rapport général qui existe entre les parties, abstraction faite des rapports qui découlent de la modification spécifique d'une fiducie visant des terres indiennes créée par les cessions des ressources naturelles, et les responsabilités qui découlent de ces cessions justifient l'émission d'une ordonnance de portée plus générale que la présente concernant la production de documents.

[31] En dernier lieu, je confirmerais les deux ordonnances rendues par le juge responsable de la gestion de l'instance. Je rejetterais l'appel avec dépens. Je rejetterais l'appel incident sans dépens, puisque les appelants ne les ont pas demandés.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

MCDONALD J.A.: I agree.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. I-5.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985, c. I-7.

<sup>3</sup> Statement of facts in relation to application regarding solicitor and client privilege documents. Common appeal book, Vol. III, at p. 642.

<sup>4</sup> *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.).

<sup>5</sup> [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875.

<sup>6</sup> [1995] 4 S.C.R. 344.

<sup>7</sup> This statement was made by the case management Judge in his reasons for judgment for both orders. See *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1996] 2 F.C. 528 (T.D.), at p. 547; *Buffalo et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.* (1996), 119 F.T.R. 161 (F.C.T.D.), at p. 166, para. 12.

<sup>8</sup> Common Appeal Book, Vol. III, at p. 569.

<sup>9</sup> The Samson list included forty-two documents numbered 1-42. The Ermineskin list included twenty-one documents numbered 43-63. The Crown produced a list in two parts. It claimed the solicitor and client privilege in both lists. The sample included fifty-nine documents plus two which were added when the matter was heard.

<sup>10</sup> (1996), 119 F.T.R. 161 (T.D.), at pp. 171-172.

<sup>11</sup> [1995] 4 S.C.R. 344.

<sup>12</sup> [1997] 2 S.C.R. 657.

<sup>13</sup> [1996] 2 S.C.R. 507.

<sup>14</sup> [1995] 2 F.C. 762 (C.A.), at pp. 771-775.

<sup>15</sup> The Court relied on *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335. See *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1109.

<sup>16</sup> [1995] 2 F.C. 762 (C.A.), at pp. 771-772, 774-775.

<sup>17</sup> [1995] 2 F.C. 762 (C.A.), at pp. 775-776.

<sup>18</sup> [1995] 4 S.C.R. 344, at pp. 358-359.

<sup>19</sup> *Id.*, at p. 362.

<sup>20</sup> [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 363.

<sup>21</sup> [1995] 4 S.C.R. 344, at p. 363.

<sup>22</sup> D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1984), at p. 1008; *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4th ed. by A. H. Oosterhoff and E. E. Gilless (Toronto: Carswell, 1992), at pp. 760ff.

<sup>23</sup> D. W. M. Waters, *Law of Trust in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1984), at p. 750; *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4th ed. by A. H. Oosterhoff and E. E. Gilless (Toronto: Carswell, 1992), at

LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. I-5.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. I-7.

<sup>3</sup> Exposé des faits relativement à la demande concernant les documents visés par le privilège protégeant les communications entre avocat et client. Dossier conjoint d'appel, vol. III, à la p. 642.

<sup>4</sup> *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.).

<sup>5</sup> [1982] 1 R.C.S. 860, à la p. 875.

<sup>6</sup> [1995] 4 R.C.S. 344.

<sup>7</sup> Cette déclaration a été faite par le juge responsable de la gestion de l'instance dans les motifs de ses deux ordonnances. Voir *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 528 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 547; *Buffalo et al. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) et al.* (1996), 119 F.T.R. 161 (C.F. 1<sup>re</sup> inst), à la p. 166, par. 12.

<sup>8</sup> Dossier conjoint d'appel, vol. III, à la p. 569.

<sup>9</sup> La liste de la Bande des Indiens Samson comprend quarante-deux documents numérotés de 1 à 42. La liste de la Bande des Indiens Ermineskin comprend vingt et un documents numérotés de 43 à 63. La Couronne a produit une liste en deux parties. Elle revendiquait le privilège protégeant les communications entre avocat et client dans les deux listes. L'échantillon comprenait cinquante-neuf documents en plus de deux autres qui ont été ajoutés lorsque l'affaire a été entendue.

<sup>10</sup> (1996), 119 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.), aux p. 171 et 172.

<sup>11</sup> [1995] 4 R.C.S. 344.

<sup>12</sup> [1997] 2 S.C.R. 657.

<sup>13</sup> [1996] 2 R.C.S. 507.

<sup>14</sup> [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), aux p. 771 à 775.

<sup>15</sup> La Cour s'est fondée sur l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335. Voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1109.

<sup>16</sup> [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), aux p. 771 et 772 ainsi que 774 et 775.

<sup>17</sup> [1995] 2 C.F. 762 (C.A.), aux p. 775 et 776.

<sup>18</sup> [1995] 4 R.C.S. 344, aux p. 358 et 359.

<sup>19</sup> *Id.*, à la p. 362.

<sup>20</sup> [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 363.

<sup>21</sup> [1995] 4 R.C.S. 344, à la p. 363.

<sup>22</sup> D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Carswell, 1984), à la p. 1008; *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4<sup>e</sup> éd. par A. H. Oosterhoff et E. E. Gilless (Toronto: Carswell, 1992), aux p. 760 et ss.

<sup>23</sup> D. W. M. Waters, *Law of Trust in Canada*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Carswell, 1984), à la p. 750; *A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4<sup>e</sup> éd. par A. H. Oosterhoff et E. E. Gilless (Toronto: Carswell, 1992), à la

p. 547; *Fales et al. v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302.

<sup>24</sup> It should be noted that in the case at bar, as in the *Blueberry River Indian Band* case, the surrender was framed as trust. See *infra*, note 30.

<sup>25</sup> See also *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 390 (*per* Dickson J., as he then was) where the quantum of damages was determined by analogy with the principles of trust law.

<sup>26</sup> [1997] 2 S.C.R. 657.

<sup>27</sup> [1996] 2 S.C.R. 507.

<sup>28</sup> [1996] 2 S.C.R. 507, at p. 536.

<sup>29</sup> *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1996] 2 F.C. 528 (T.D.), at p. 550.

<sup>30</sup> The 1946 surrenders (Common Appeal Book, Vol. IV, at pp. 711-712) relate to land and minerals and state in part:

TO HAVE AND TO HOLD the same unto his said Majesty the King, his Heirs and Successors, forever, in trust to grant in respect of such land the right to prospect for, mine, recover and take away any or all minerals contained therein, to such person or persons, and upon such terms and conditions as the Government of the Dominion of Canada may deem most conducive to our welfare and that of our people . . . [Emphasis added.]

<sup>31</sup> *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1996] 2 F.C. 528 (T.D.), at pp. 548-549.

<sup>32</sup> *Id.*, at p. 550.

p. 547; *Fales et autres c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302.

<sup>24</sup> Il faut noter que, en l'espèce, comme dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, la cession a été conçue comme une fiducie. Voir la note 30.

<sup>25</sup> Voir également *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 390 (le juge Dickson, alors juge puîné) où le montant des dommages-intérêts a été établi par analogie avec les principes du droit des fiducies.

<sup>26</sup> [1997] 2 R.C.S. 657.

<sup>27</sup> [1996] 2 R.C.S. 507.

<sup>28</sup> [1996] 2 R.C.S. 507, à la p. 536.

<sup>29</sup> *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 528 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 550.

<sup>30</sup> Les cessions de 1946 (Dossier conjoint d'appel, vol. IV, aux p. 711 et 712) concernent les terres et les minéraux et mentionnent notamment:

[TRADUCTION] À Sa Majesté le Roi, ses hoirs et successeurs, définitivement, en fiducie, pour cession, à l'égard de ces terres, du droit de prospecter, d'extraire, de récupérer et d'enlever la totalité ou partie des minéraux s'y trouvant, à celui ou à ceux, et aux conditions, que le gouvernement de la Puissance du Canada jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple . . . [Non souligné dans l'original.]

<sup>31</sup> *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1996] 2 C.F. 528 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 549.

<sup>32</sup> *Id.*, à la p. 550.