

T-138-88

T-138-88

Wendy Grant, Mary Charles, Howard E. Grant, Susan A. Point, Myrtle McKay, Marilyn Point, and Joseph Becker, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Musqueam Indian Band (*Plaintiffs*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of Indian and Northern Affairs and the Shaughnessy Golf and Country Club (*Defendants*)

INDEXED AS: MUSQUEAM INDIAN BAND v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AND NORTHERN AFFAIRS) (T.D.)

Trial Division, Joyal J.—Vancouver, November 29, 1989; Ottawa, January 18, 1990.

Practice — Pleadings — Motion to strike — Abuse of process — Indians surrendering land to Crown — Crown granting golf club long-term lease — Indians recovering \$10 million judgment for breach of trust — Commencing new action for declaration surrender void — Parties must advance entire case, not perpetuate litigation by subsequent discovery of new causes of action — No special circumstances to justify exercise of discretion in Indians' favour.

Practice — Res judicata — Indians surrendering land to Crown — Recovering substantial judgment for breach of trust — Commencing further action for declaration surrender void — Motion to strike based on res judicata or issue estoppel — Review and exposition of law — Whether or not case covered by doctrine, may not proceed if abuse of process — No special circumstances to justify exercise of judicial discretion permitting action to proceed.

In 1957, the Musqueam Indian Band surrendered 162 acres of reserve land in Vancouver to the Crown which then granted a long-term lease to the Shaughnessy Golf and Country Club. In 1984, the Supreme Court of Canada reversed a decision of the Federal Court of Appeal and restored a Trial Judge's finding that in negotiating the lease on terms disadvantageous to the Band, the Crown had committed a breach of trust and awarded the Band \$10 million in damages.

In the present action, the Band sought a declaration that the original surrender and lease were void, or, in the alternative, their rescission. Underlying the whole issue was the Band's conviction that it had been unjustly and inequitably deprived of its land and that its economic interests had been severely prejudiced. The scenario conjured up included the Indians

Wendy Grant, Mary Charles, Howard E. Grant, Susan A. Point, Myrtle McKay, Marilyn Point et Joseph Becker, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Musqueam (*demandeurs*)

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et le Shaughnessy Golf and Country Club (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE MUSQUEAM c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge Joyal—Vancouver, 29 novembre 1989; Ottawa, 18 janvier 1990.

Pratique — Plaidoiries — Requête en radiation — Abus de procédure — Cession par des Indiens de fonds de terre à la Couronne — La Couronne a accordé un bail à long terme à un club de golf — Ces Indiens ont obtenu un jugement leur accordant 10 millions de dollars pour manquement à une obligation de fiducie — Ils ont intenté une nouvelle action en jugement déclarant nulle la cession — Les parties doivent faire valoir tous leurs moyens et elles ne sauraient perpétuer le litige en découvrant de nouveaux moyens d'action — Il n'existe aucune circonstance particulière qui justifie l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en faveur des Indiens.

Pratique — Res judicata — Cession par des Indiens de fonds de terre à la Couronne — Obtention d'un jugement substantiel pour manquement à une obligation de fiducie — Requête en radiation reposant sur l'autorité de la chose jugée ou l'issue estoppel — Examen et exposé du droit — Que l'affaire relève ou non de ce principe, on ne doit pas lui permettre d'être entendue si cela crée un abus de procédure — Aucune circonstance particulière ne justifie l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour permettre que l'action suive son cours.

En 1957, la bande indienne Musqueam a cédé 162 acres de terrain de sa réserve de Vancouver à la Couronne qui a alors accordé un bail à long terme au Shaughnessy Golf and Country Club. En 1984, la Cour suprême du Canada a infirmé un arrêt de la Cour d'appel fédérale et rétabli la décision du juge de première instance qui a statué que, en négociant le bail selon des conditions défavorables à la bande, la Couronne avait manqué à ses obligations de fiduciaire, et qui a accordé à la bande dix millions de dollars en dommages-intérêts.

Dans la présente action, la bande conclut à un jugement déclarant nuls la cession initiale et le bail ou, subsidiairement, déclarant leur rescission. À la base du litige, il y a la conviction de la bande qu'elle a été injustement privée de ses fonds de terre et que ses intérêts financiers ont été gravement lésés. Le scénario évoqué comprend le fait qu'on a privé, au moyen d'une

being deprived of their reserve lands by intrigue for the benefit of the selected members of a golf and country club.

This was a Rule 419 motion for an order striking out the Band's statement of claim as redundant, vexatious and an abuse of process. It was based on the doctrine of *res judicata* or issue estoppel. The Crown suggested that the Court was asked to entertain a claim which had already been fully adjudicated and that the settled issue between the Band and the Crown should not be resurrected under another guise. The Band had ample opportunity to challenge the validity of the surrender and subsequent lease, but chose to accept them as valid and to claim damages for breach of trust. The Band had been successful and was awarded \$10 million in damages. That should be a conclusion of the matter.

Held, the motion should be allowed.

A review of the case law on motions to strike made it apparent that the various strictures historically imposed on the application of *res judicata* or estoppel seemed to be slowly withering away. When estoppel is in doubt, courts will not hesitate in staying an action on grounds of abuse of process, and where respect for judicial pronouncements on estoppel creates more obstacles than solutions, a simple case of abuse of process may be found. The special circumstances of any given case, however, are paramount and courts will choose to allow a case to proceed where those circumstances are sufficiently special to justify it.

The plaintiffs have concluded, four years after the Supreme Court settled the issue, that the \$10 million award was insufficient, unfair, based on erroneous assumptions, and did not take into consideration the current value of the acreage and what might be expected as a reasonable annual return on it. The conclusions of the Trial Judge as to breach of trust and damages were confirmed by the Supreme Court and there was no reason to hold a different view in these new proceedings.

The only issue before the Trial Judge was whether the Crown had been guilty of breach of trust. That same issue was debated before the Court of Appeal and the Supreme Court. The validity of the surrender or of the lease was never raised. Parties are expected to advance their whole case and should not be allowed, except in special circumstances, to perpetuate the dispute by subsequently discovering new grounds for action. Otherwise, litigation would have no end until legal ingenuity was exhausted. Whether or not a case falls within the doctrine of *res judicata* or issue estoppel with all of its historical refinements, it should not be allowed to proceed if to do so would constitute an abuse of process. To allow the Band to launch a rescission claim based on facts identical to those it relied on earlier would constitute an abuse of process.

Courts have recognized that "special circumstances" could qualify the application of issue estoppel or *res judicata* or even

intrigue, les Indiens de leurs terres de réserve dans l'intérêt des membres choisis d'un club de golf et de loisirs.

Il s'agit d'une requête introduite en vertu de la Règle 419 pour obtenir une ordonnance qui radierait la déclaration de la bande parce qu'elle est redondante, vexatoire et qu'elle constitue un emploi abusif des procédures. Elle repose sur le principe de l'autorité de la chose jugée ou de l'*issue estoppel*. La Couronne affirme qu'on demande à la Cour de connaître d'une demande qui a déjà été entièrement tranchée, et qu'on ne peut ressusciter sous une autre forme la question qui a déjà été réglée entre la bande et la Couronne. La bande a eu amplement l'occasion de contester la validité de la cession et du bail subséquent, mais elle a choisi de les considérer comme valides et de réclamer des dommages-intérêts pour manquement aux obligations de fiduciaire. La bande a obtenu gain de cause et s'est vu accorder dix millions de dollars en dommages-intérêts. Cela devrait vider l'affaire.

Jugement: la requête devrait être accueillie.

Il ressort d'un examen de la jurisprudence sur les requêtes en radiation que les diverses restrictions imposées historiquement à l'application du principe de l'autorité de la chose jugée ou de l'*estoppel* semblent s'évanouir lentement. Lorsqu'on ne sait pas s'il s'agit d'un cas d'*estoppel*, le tribunal n'hésitera pas à suspendre l'action au motif qu'elle constitue un abus de procédure, et lorsque le respect des décisions judiciaires rendues en matière d'*estoppel* crée plus d'obstacles que de solutions, il est possible de conclure à l'existence d'un simple cas d'abus de procédure. Les circonstances particulières d'une affaire sont toutefois primordiales, et les tribunaux choisiront de permettre à une affaire de suivre son cours lorsque ces circonstances sont suffisamment particulières pour le justifier.

Les demandeurs ont conclu, quatre ans après que la Cour suprême eut tranché la question, que le montant de 10 000 000 \$ qui leur avait été accordé en dommages-intérêts n'était pas suffisant, qu'il était injuste, qu'il reposait sur des hypothèses erronées et qu'il ne tenait pas compte de la valeur actuelle du terrain et du rendement annuel raisonnable qu'on pouvait s'attendre à en tirer. Les conclusions du juge de première instance quant au manquement à l'obligation de fiduciaire et aux dommages-intérêts ont été confirmées par la Cour suprême, et il n'y a pas lieu d'adopter un point de vue différent dans ces nouvelles procédures.

La seule question que le juge de première instance devait trancher était de savoir si la Couronne avait manqué aux obligations de fiduciaire. La même question a été débattue devant la Cour d'appel et la Cour suprême. La question de la validité de la cession ou du bail n'a jamais été soulevée. On s'attend à ce que les parties fassent valoir tous leurs moyens et qu'on ne peut leur permettre, sauf dans des circonstances particulières, de perpétuer le litige en découvrant de nouveaux moyens d'action. Autrement, on ne mettrait fin à un litige qu'après avoir épuisé toute ingéniosité juridique. Que l'affaire relève ou non du principe de l'autorité de la chose jugée ou de l'*issue estoppel* avec toutes leurs subtilités historiques, on ne doit pas lui permettre d'être entendue si cela crée un abus de procédure. Permettre à la bande de demander la rescision du bail en se fondant sur des faits identiques à ceux qu'elle a déjà invoqués constituerait un abus de procédure.

Les tribunaux ont reconnu que les «circonstances particulières» pourraient apporter des nuances à l'application du principe

abuse of process and that where the circumstances are sufficiently particular, judicial discretion should be exercised to allow a case to proceed. In the instant case, the alleged inadequate compensation could not qualify as a "special circumstance". The Band has not made out a case of unfairness deserving of special considerations and which would make its new action less abusive or more deserving of favourable treatment. In the measure possible within our adjudicative process, the damages awarded were fair and reasonable.

de l'«*issue estoppel*» ou de l'autorité de la chose jugée et, à vrai dire, de celui de l'abus de procédure, et que lorsque les circonstances sont suffisamment particulières, il y a lieu pour le tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour permettre à une affaire de suivre son cours. En l'espèce, l'indemnité qu'on prétend insuffisante ne saurait constituer une «*circonstance particulière*». La bande n'a pas établi qu'elle a subi une injustice qui mérite que l'on tienne compte de circonstances particulières et qui rendrait par ailleurs sa nouvelle action moins abusive ou ferait que cette dernière mérite davantage un traitement favorable. Dans la mesure du possible, dans notre système b juridictionnel, le montant adjugé est juste et raisonnable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1).
Indian Act, R.S.C. 1906, c. 81, s. 51.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi des sauvages, S.R.C. 1906, chap. 81, art. 51.
c *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663, Règle 419(1).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Hanna et al. v. Canada (1986), 9 F.T.R. 124 (F.C.T.D.); *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299; *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; 67 E.R. 313; *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537 (Aust. H.C.); *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; [1951] 1 D.L.R. 241; *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283; *sub nom. Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.); *Bank of B.C. v. Singh* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 256 (S.C.); *Solomon v. Smith*, [1988] 1 W.W.R. 410 (Man. C.A.); *Nigro v. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. et al.; Cummer-Yonge Investments Ltd., Third Party and 10 other actions* (1977), 18 O.R. (2d) 215; 82 D.L.R. (3d) 302; 3 C.P.C. 194 (H.C.); *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89 (S.C.); *Hoysted v. Commissioners of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.).

DISTINGUISHED:

St. Ann's Fishing Club v. The King, [1950] S.C.R. 211; [1950] 2 D.L.R. 225.

CONSIDERED:

Beauchamp v. Coastal Corporation, [1984] 2 F.C. 511 (T.D.); *Minnes v. Minnes & Rees-Davies* (1962), 34 D.L.R. (2d) 497; 39 W.W.R. 112 (B.C.C.A.); *Re Bullen* i (1971), 21 D.L.R. (3d) 628 (B.C.S.C.); *Luzi et al. v. Municipal District of Rockyview No. 44 et al.* (1980), 28 A.R. 260 (Q.B.); *Lenhdorff Management Ltd. et al. v. L.R.S. Development Enterprises Ltd.* (1980), 109 D.L.R. (3d) 729; [1980] 5 W.W.R. 14; 19 B.C.L.R. 59; 16 C.P.C. 1 (C.A.); *United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet*, [1909] A.C. 330 (P.C.); *Clough v. London and North-Western Railway Co.* (1871), L.R. 7

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Hanna et autres c. Canada (1986), 9 F.T.R. 124 (C.F. 1^{re} inst.); *Grandview (La ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299; *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; 67 E.R. 313; *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537 (H.C. Aust.); *Maynard v. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; [1951] 1 D.L.R. 241; *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283; *sub nom. Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.); *Bank of B.C. v. Singh* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 256 (C.S.); *Solomon v. Smith*, [1988] 1 W.W.R. 410 (C.A. Man.); *Nigro v. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. et al.; Cummer-Yonge Investments Ltd., Third Party and 10 other actions* (1977), 18 O.R. (2d) 215; 82 D.L.R. (3d) 302; 3 C.P.C. 194 (H.C.); *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89 (C.S.); *Hoysted v. Commissioners of Taxation*, [1926] A.C. 155 (C.P.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

St. Ann's Fishing Club v. The King, [1950] R.C.S. 211; [1950] 2 D.L.R. 225.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Beauchamp c. Coastal Corporation, [1984] 2 C.F. 511 (1^{re} inst.); *Minnes v. Minnes & Rees-Davies* (1962), 34 D.L.R. (2d) 497; 39 W.W.R. 112 (C.A.C.-B.); *Re Bullen* (1971), 21 D.L.R. (3d) 628 (C.S.C.-B.); *Luzi et al. v. Municipal District of Rockyview No. 44 et al.* (1980), 28 A.R. 260 (B.R.); *Lenhdorff Management Ltd. et al. v. L.R.S. Development Enterprises Ltd.* (1980), 109 D.L.R. (3d) 729; [1980] 5 W.W.R. 14; 19 B.C.L.R. 59; 16 C.P.C. 1 (C.A.); *United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet*, [1909] A.C. 330 (P.C.); *Clough v. London and North-Western Railway Co.* (1871), L.R. 7

Ex. 26; *First City Dev. Corp. v. Bekei* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 175 (S.C.).

Ex. 26; *First City Dev. Corp. v. Bekei* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 175 (C.S.).

REFERRED TO:

DÉCISIONS CITÉES:

Angle v. M.N.R., [1975] 2 S.C.R. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.).

Angle c. M.R.N., [1975] 2 R.C.S. 248; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397; *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.).

AUTHORS CITED

DOCTRINE

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5th Ed., Oxford: Clarendon Press, 1982.

Wade, H. W. R. *Administrative Law*, 5^e éd., Oxford: Clarendon Press, 1982.

COUNSEL:

AVOCATS:

M. R. V. Storrow and *Maria A. Morellato* ^c for plaintiffs.
Brian J. Wallace, Q.C. and *Hugh C. Stansfield* for defendant Shaughnessy Golf and Country Club.
Mitchell Taylor for defendant Her Majesty the Queen. ^d

M. R. V. Storrow et *Maria A. Morellato* pour les demandeurs.
Brian J. Wallace, c.r. et *Hugh C. Stansfield* pour le défendeur Shaughnessy Golf and Country Club.
Mitchell Taylor pour la défenderesse Sa Majesté la Reine.

SOLICITORS:

PROCUREURS:

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for plaintiffs. ^e
Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver, for defendant Shaughnessy Golf and Country Club. ^f
Deputy Attorney General of Canada for the defendant Her Majesty the Queen.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour les demandeurs.
Lawson, Lundell, Lawson & McIntosh, Vancouver, pour le défendeur Shaughnessy Golf and Country Club.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse Sa Majesté la Reine.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

JOYAL J.:

LE JUGE JOYAL:

BACKGROUND

GENÈSE DE L'INSTANCE

The issue before me had its roots over thirty years ago when the Musqueam Indian Band, comprising at that time some 235 members, surrendered 162 acres of its reserve lands in Vancouver to the defendant Crown which in turn leased the acreage to the defendant Shaughnessy Golf and Country Club (the Club).

^h Le litige dont je suis saisi a pris naissance il y a plus de trente ans lorsque la bande indienne Musqueam, qui comptait à l'époque quelque 235 membres, a cédé 162 acres d'un fonds de terre de sa réserve de Vancouver à la Couronne défenderesse ⁱ qui, à son tour, a loué cette superficie à la défenderesse Shaughnessy Golf and Country Club (le club).

The terms of the lease were not agreeable to the plaintiff Band and many years later, in 1977, it instituted an action in damages in this Court

^j Les conditions du bail ne convenaient pas à la bande demanderesse et de nombreuses années plus tard, en 1977, elle a engagé devant notre Cour une

against the Crown.¹ In its statement of claim, the Band prayed for the following relief:

- (a) a declaration that the defendant Crown was in breach of its trust responsibility in agreeing to and executing the lease;
- (b) a declaration of the amount of damages suffered by the Band as a result of the breach of trust and;
- (c) an award of damages for the loss of revenue suffered;
- (d) further or other relief.

The action eventually came on for trial on September 18, 1979 before Collier J. who found that the Crown had indeed been in breach of trust and awarded the Band \$10 million in damages.

The Crown appealed that judgment to the Federal Court of Appeal which, in its unanimous decision on December 10, 1982 [*R. v. Guerin*, [1983] 2 F.C. 656], found that the Crown did not owe a fiduciary duty to the Band and allowed the appeal.

The Band then appealed to the Supreme Court of Canada. In its judgment rendered on November 1, 1984 [*sub nom. Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335], the Supreme Court allowed the appeal and restored the original trial judgment as to both the Crown's liability and the quantum of damages awarded. Effective that same day, the damages, together with interest, were paid into the Band's revenue account held by the Crown.

And there the matter rested until January 21, 1988, when another action was instituted by the Band before this Court against the Crown and the Club. The facts alleged are substantially the same as in the original action but this time, the Band's claims are expressed as follows:

- (a) a declaration that the 1956 surrender from the Band to the Crown is void and illegal;

action en dommages-intérêts contre la Couronne¹. Dans sa déclaration, la bande sollicitait les réparations suivantes:

- a) un jugement déclaratoire portant que la Couronne défenderesse a manqué à ses responsabilités de fiduciaire en approuvant et en signant le bail;
- b) un jugement déclaratoire fixant le montant des dommages subis par la bande à la suite du manquement à la fiducie;
- c) des dommages-intérêts pour le manque à gagner subi;
- d) d'autres réparations.

L'action a finalement été instruite le 18 septembre 1979 par le juge Collier, qui a conclu que la Couronne avait effectivement manqué à ses obligations de fiduciaire et qui a accordé dix millions de dollars en dommages-intérêts à la bande.

La Couronne a interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel fédérale qui, dans sa décision unanime du 10 décembre 1982 [*R. c. Guerin*, [1983] 2 C.F. 656], a conclu que la Couronne n'était pas tenue à des obligations de fiduciaire envers la bande et qui a accueilli l'appel.

La bande a ensuite formé un pourvoi devant la Cour suprême du Canada. Dans son arrêt prononcé le 1^{er} novembre 1984 [*Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335], la Cour suprême a accueilli le pourvoi et a rétabli le jugement initial de première instance tant en ce qui concerne la responsabilité de la Couronne que le montant de dommages-intérêts adjugé. À compter de cette date, les dommages-intérêts ont été versés avec intérêts dans le compte de recettes de la bande administré par la Couronne.

L'affaire en est restée là jusqu'au 21 janvier 1988, date à laquelle la bande a engagé une autre action devant notre Cour contre la Couronne et le club. Les faits articulés sont en substance les mêmes que ceux de l'action initiale mais, cette fois, les réclamations de la bande sont formulées de la façon suivante:

- a) un jugement déclarant nulle et illégale la cession consentie en 1956 par la bande à la Couronne;

¹ *Guerin v. R.*, [1982] 2 F.C. 385; (1982), 143 D.L.R. (3d) 416 (T.D.).

¹ *Guerin c. R.*, [1982] 2 C.F. 385; (1982), 143 D.L.R. (3d) 416 (1^{re} inst.).

(b) in the alternative, rescission of the surrender;

(c) a declaration that the Band is entitled to the exclusive use, occupation and possession of the lands encompassed by the lease;

(d) a declaration that the lease is void;

(e) a declaration that the Band is entitled to terminate the lease;

(f) in the alternative, rescission of the lease.

In the eyes of both the defendant Crown and the defendant Club, this new action was not one from which they could jauntily run away. Consequently, the Club applied to the Court for an order pursuant to Rule 419(1)(a),(b),(c),(e), and (f) of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] striking out the Band's statement of claim as being redundant, vexatious, and otherwise an abuse of the process of this Court. At a later date, the Crown applied to the Court for similar relief under Rule 419 and further alleged that the Band's claims were statute-barred and extinguished.

The two motions came on to be heard together in Vancouver on November 29 and 30, 1989. Two days before the hearing, however, the Band's counsel filed a notice of discontinuance against the defendant Club.

This latter move provided the grounds for some skirmishing between counsel for all three parties. It seemed evident, however, that notwithstanding the discontinuance, the Club's counsel should be heard in argument for purposes of the motions. Counsel then agreed to a procedure which would avoid unnecessary duplication and give the Band's counsel full opportunity to respond. In any event, as I indicated to counsel, I would have otherwise granted the Club intervenor status in order to enable it to pursue its motion.

THE PLAINTIFF'S PLEADINGS

The impugned statement of claim, if I may summarize it, recites in detail the events which took place in October, 1957, when the Band voted to surrender 162 acres of its reserve lands to the Crown. This approval was on the basis that the surrender was for the expressed purpose of leasing

b) à titre subsidiaire, la rescision de la cession;

c) un jugement déclarant que la bande a droit à l'utilisation, à l'occupation et à la possession exclusives des terrains visés par le bail;

d) un jugement déclarant le bail nul;

e) un jugement déclarant que la bande a le droit de résilier le bail;

f) à titre subsidiaire, la rescision du bail.

Aux yeux de la Couronne défenderesse et du club défendeur, cette nouvelle action n'en est pas une dont ils peuvent se dérober avec insouciance. En conséquence, le club a présenté à la Cour une requête fondée sur la Règle 419(a),(b),(c),(e) et (f) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663] en vue de faire radier la déclaration de la bande au motif qu'elle est redondante et vexatoire et qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour. À une date ultérieure, la Couronne a présenté une requête à la Cour en vue d'obtenir une réparation similaire en vertu de la Règle 419 et elle a de plus allégué que les réclamations de la bande étaient prescrites et éteintes.

Les deux requêtes ont été entendues ensemble à Vancouver les 29 et 30 novembre 1989. Cependant, deux jours avant l'audition, l'avocat de la bande a déposé un avis de désistement relativement au club défendeur.

Cette dernière démarche a provoqué quelques escarmouches entre les avocats des trois parties. Il a semblé toutefois évident que malgré le désistement, l'avocat du club devait être entendu lors du débat sur les requêtes. Les avocats se sont alors entendus sur une procédure qui éviterait tout double emploi inutile et qui donnerait à l'avocat de la bande la possibilité de répondre. De toute façon, ainsi que je l'ai indiqué aux avocats, j'aurais par ailleurs accordé au club la qualité d'intervenant afin de lui permettre de présenter sa requête.

i CONCLUSIONS DES DEMANDEURS

La déclaration contestée, si je puis la résumer, relate en détail les événements qui se sont produits en 1957, lorsque la bande a approuvé par vote la cession à la Couronne de 162 acres de terrain de sa réserve, étant entendu que la cession était accordée dans le seul but de louer les terrains au club pour

the lands to the Club for use as a golf club upon specific terms, i.e., a total lease period of 75 years with an initial 10-year term and subsequent renewal terms of 5 years; an amount of \$29,000 for rental for the first term with rental increases based on fair market value at each renewal; no limitation on rental increases, and at the lease's expiration, reversal to the Band of all lessee's improvements.

The statement of claim alleges that the Crown exercised undue influence on the Band, misrepresented the value of the land for lease purposes, failed to disclose that other people had shown interest in the land, refused to provide for the Band access to legal counsel and appraisers and eventually entered into a lease with the Club on terms which were unknown and unacceptable to the Band.

There is a further allegation that both defendants unlawfully conspired to defraud the Band, to injure its economic interests, to deprive it of its economic rights and to permit the Club to enjoy an unconscionable benefit from the Crown's breach of trust.

As a consequence, the Band claims that both the surrender and the lease are void and unenforceable, that the leased lands should revert to the Band's possession and that the defendant Club should be ejected from the premises.

THE DEFENDANTS' CASE

The defendants' motion to strike is basically founded on the doctrine of *res judicata* or issue estoppel. The Crown suggests that the Court is asked to entertain a claim which has already been fully adjudicated and that the settled issue between the Band and the Crown should not be resurrected under another guise by the use of artful language in the pleadings. The Band, says the Crown, had ample opportunity in the earlier case to challenge the validity of the surrender and subsequent lease. It chose, however, to accept them as valid and subsisting and to claim damages for breach of trust. The Band was successful in

qu'il y aménage un terrain de golf à des conditions précises, c'est-à-dire, pour une période de location totale de 75 ans comprenant une période initiale de dix ans et des reconductions quinquennales; le loyer pour la première période était fixé à 29 000 \$ et ce montant pouvait être augmenté au moment de chaque reconduction en fonction de la juste valeur marchande. Il n'y avait pas de plafonnement des hausses de loyer et, à l'arrivée du terme du bail, toutes les améliorations locatives revenaient à la bande.

Dans la déclaration, les demandeurs allèguent que la Couronne a commis un abus d'influence envers la bande, qu'elle a faussement représenté la valeur du terrain pour les fins du bail, qu'elle n'a pas révélé que d'autres personnes s'étaient montrées intéressées par le terrain, qu'elle a refusé de permettre à la bande de consulter un avocat et des évaluateurs et qu'elle a finalement conclu avec le club un bail à des conditions qui étaient inconnues de la bande et qui étaient inacceptables pour celle-ci.

Les demandeurs allèguent également que les deux défendeurs ont comploté illégalement de frauder la bande, de porter atteinte à ses intérêts financiers, de la priver de ses droits économiques et de permettre au club de jouir d'un avantage exorbitant par suite du manquement aux obligations de fiduciaire de la Couronne.

En conséquence, la bande prétend que la cession et le bail sont tous les deux nuls et inexécutaires, que les terrains loués devraient être remis en la possession de la bande et que le club défendeur devrait être expulsé des lieux.

ARGUMENTS DES DÉFENDEURS

La requête en radiation des défendeurs repose essentiellement sur le principe de l'autorité de la chose jugée ou de l'*«issue estoppel»*. La Couronne affirme qu'on demande à la Cour de connaître d'une demande qui a déjà été entièrement tranchée et qu'on ne peut ressusciter sous une autre forme la question qui a déjà été réglée entre la bande et la Couronne en employant des termes habiles dans les actes de procédure. La bande, prétend la Couronne, a eu amplement l'occasion dans l'affaire précédente de contester la validité de la cession et du bail subséquent. Elle a toutefois choisi de les considérer comme valides et encore en vigueur et

this claim and the \$10 million award is the measure of damages assessed and that should be the answer to all issues.

The proposition in law, as stated by the defendants, is that the principles of *res judicata* or issue estoppel preclude the Band from claiming again, over the very same issue. The action is inconsistent and contradictory to the facts which were fundamental to the previous action. Damages were assessed against the Crown in that earlier case and it is clear on reading the judgments at both the trial and the Supreme Court level that such damages were assessed on the basis of full recovery to the Band for any loss suffered as a result of the Crown's breach. The doctrine of restitution was fully respected in the assessment process and the nature of this restitution in monetary terms was to provide the Band with the kind of compensation for all losses, past, present and future suffered by the Band. In essence, it is said, the action of the Band is merely an attempt to relitigate an issue which was fundamental to the decision in the earlier proceedings brought by the same plaintiff.

As regards the Club's position, its absence from the roster in the earlier proceedings is of no consequence. There are no new material facts pleaded in the new action which might lead to different results. There is no allegation that the previous decision favourable to the Band was obtained through fraud or misconduct and might justify a rehearing.

Furthermore, according to the Club, the Band has not only enjoyed the benefits of a \$10 million compensation package but since the very beginning of the lease in 1958, it has enjoyed the benefit of the rental payments. It would be inconceivable that after more than thirty years, the Band should now strive to turn back the clock, dispossess the Club and be put back into possession of the leased lands.

de réclamer des dommages-intérêts pour manquement aux obligations de fiduciaire. La bande a obtenu gain de cause et la somme de dix millions de dollars qui lui a été adjugée correspond à la valeur des dommages et cela devrait répondre à toute question.

L'argument juridique que font valoir les défendeurs est que le principe de l'autorité de la chose jugée ou de l'*«issue estoppel»* empêche la bande de présenter une nouvelle demande fondée exactement sur la même question. L'action est illogique et elle contredit les faits essentiels de l'action précédente. La Couronne a été condamnée à des dommages-intérêts dans l'affaire précédente et il ressort à l'évidence de la lecture des jugements rendus tant en première instance qu'en Cour suprême que ces dommages-intérêts ont été évalués en partant du principe de l'indemnisation intégrale de la bande de toutes les pertes subies en raison du manquement de Sa Majesté. La doctrine de l'indemnisation a été parfaitement respectée au cours du processus d'évaluation et elle s'est traduite sur le plan monétaire par l'attribution à la bande d'une indemnité pour toute perte présente, passée et future subie par la bande. En substance, prétend-on, l'action de la bande est une simple tentative de faire juger à nouveau un point essentiel de la décision qui a été rendue à l'issue du procès déjà engagé par la même demanderesse.

En ce qui concerne la position du club, le fait qu'il n'ait pas participé au procès précédent est sans conséquence. On n'a pas articulé dans la nouvelle action des faits essentiels qui pourraient conduire à des résultats différents. Il n'est pas allégué que la décision qui a déjà été rendue en faveur de la bande a été obtenue par la fraude ou par le dol et qu'elle pourrait justifier la tenue d'une nouvelle audience.

De plus, suivant le club, la bande a non seulement bénéficié des avantages que représente une indemnisation forfaitaire de dix millions de dollars, mais, depuis le tout début du bail en 1958, elle jouit des versements de loyer. Il serait inconcevable qu'après plus de trente ans, la bande s'évertue à revenir en arrière, qu'elle dépossède le club et qu'elle soit remise en possession des terrains loués.

THE BAND'S RESPONSE

The main thrust in the Band's argument is that the Court is faced with a separate and distinct cause of action. The first cause of action which was for breach of trust lies within the realm of private law and private policy. The new cause of action rests in the field of public law affecting the statutory duties and responsibilities of the Crown in dealing with Indian lands. The Crown's action respecting the surrender and the lease, in the light of all the circumstances which were determined in the earlier case, raises the issue of statutory conditions for the exercise of Crown powers. Such conditions being found wanting, there is a serious issue that the Crown acted in excess of its authority or jurisdiction, resulting in a surrender and a lease which are void *ab initio* and which cannot be validated by an award of compensation or by any antecedent, current or future action on the part of any or all the parties involved.

Accordingly, says the Band, the fact that its new action is based on the same set of facts as in the previous one is not material. The issue in the new action cannot be said to be the same. The actual validity of the surrender and lease has not yet been litigated.

Furthermore, the Band suggests that even though the requisite elements of estoppel or *res judicata* might be met, there are special or equitable circumstances in the case justifying an exception to be made. The Band enumerates these various circumstances as follows:

1. There is the matter of a "conspiracy" between the Crown and the Club to defraud the Band.

2. The compensation already awarded is not a fair remedy, keeping in mind that the Trial Judge in the earlier action significantly reduced the damages award on the contingency that the Club might terminate the lease on any one of its several renewal dates.

3. Damages were assessed in 1985 as of 1958 and no pre-judgment interest was paid.

RÉPONSE DE LA BANDE

La bande soutient essentiellement que la Cour est saisie d'une cause d'action distincte. La première cause d'action, qui portait sur un manquement à des obligations de fiduciaire, relève du domaine du droit privé et des règles de conduite entre particuliers. La nouvelle cause d'action fait partie du domaine des règles de droit public régissant les obligations et les responsabilités que la loi impose à la Couronne à l'égard des terres indiennes. Les actes accomplis par la Couronne à l'égard de la cession et du bail soulèvent, compte tenu de l'ensemble des circonstances établies lors du procès précédent, la question des conditions légales de l'exercice des pouvoirs de Sa Majesté. Comme il a été jugé que ces conditions font défaut, on peut sérieusement se demander si la Couronne a excédé ses pouvoirs ou sa compétence, ce qui rendrait la cession et le bail nuls *ab initio* et ce qui empêcherait ceux-ci d'être validés par l'attribution d'une indemnité ou par un acte antérieur, actuel ou futur de la part de l'une ou l'autre des personnes en cause.

En conséquence, affirme la bande, le fait que sa nouvelle action repose sur les mêmes données de fait que l'action précédente est sans intérêt. On ne saurait prétendre que la question en litige dans la nouvelle action est identique. La validité de la cession et du bail n'a pas encore été contestée.

De plus, la bande laisse entendre que même si les éléments requis de l'*estoppel* ou de la chose jugée pourraient être respectés, il existe en l'espèce des circonstances particulières ou d'équité qui justifient de faire une exception. Voici les diverses circonstances qu'énumère la bande:

1. Il y a la question du «complot» tramé par la Couronne et le club en vue de frauder la bande.

2. L'indemnité déjà accordée ne constitue pas une réparation juste, compte tenu du fait que le juge de première instance a, dans l'action précédente, réduit considérablement le montant des dommages-intérêts adjugé en tenant compte de l'éventualité d'une résiliation du bail par le club à l'une ou l'autre des dates de reconduction.

3. Les dommages-intérêts ont été évalués en 1985 en fonction de ce qu'ils valaient en 1958 et aucun intérêt antérieur au jugement n'a été accordé.

4. The Club has been unjustly enriched to the detriment of the Band.

5. The lands have a current value of \$100 million which should yield to the Band an income of \$10 million annually, a figure far more realistic than the \$1 million received over the past thirty years under current terms.

In this light, argues the Band, fairness requires that the Band be permitted to proceed to trial. There are serious issues raised and these issues involve matters of fact and law as well as policy considerations affecting native rights which have evolved considerably over the past thirty years.

THE LAW

There is no dearth of cases to which reference might be made in support of one side or the other. Over the years, various principles have accumulated respecting motions to strike in general and in applying appropriate doctrine to the issue.

There is no doubt that any motion to strike pursuant to Rule 419 of the rules of this Court must be considered very carefully. Striking an action has a draconian flavour to it and it is settled law that it should only be used in exceptional cases.

Rule 419, in its substantive provisions under Rule 419(1), is clearly worded and offers no structural difficulties in its interpretation. It provides as follows:

Rule 419. (1) The Court may at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out, with or without leave to amend, on the ground that

- (a) it discloses no reasonable cause of action or defence, as the case may be,
- (b) it is immaterial or redundant,
- (c) it is scandalous, frivolous or vexatious,
- (d) it may prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action,
- (e) it constitutes a departure from a previous pleading, or
- (f) it is otherwise an abuse of the process of the Court,

4. Le club s'est enrichi injustement au détriment de la bande.

5. Les terrains ont actuellement une valeur de 100 millions de dollars, ce qui devrait rapporter à la bande un revenu annuel de dix millions de dollars, un chiffre beaucoup plus réaliste que la somme d'un million de dollars reçue au cours des trente dernières années en vertu des conditions actuelles.

La bande fait valoir que, compte tenu de ces éléments, la justice exige que l'on permette à la bande de soumettre le litige au tribunal. Les questions litigieuses qui sont soulevées sont sérieuses et elles comportent des points de fait et de droit et des considérations générales qui concernent les droits des autochtones, lesquels droits ont évolué considérablement au cours des trente dernières années.

LA LOI

Les décisions qu'on peut invoquer au soutien de l'une ou de l'autre thèse ne manquent pas. Au fil des ans, divers principes se sont accumulés au sujet des requêtes en radiation en général et de l'application des principes appropriés à la question en litige.

Il n'y a pas de doute qu'une requête en radiation fondée sur l'article 419 des Règles de notre Cour doit être examinée très attentivement. Radier une action comporte un aspect radical et il est de jurisprudence constante qu'on ne doit recourir à cette mesure que dans des cas exceptionnels.

L'article 419—dans ses dispositions de fond énoncées au paragraphe 419(1)—est libellé de façon claire et il ne présente aucune difficulté structurelle d'interprétation. En voici le texte:

Règle 419. (1) La Cour pourra, à tout stade d'une action, ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie avec ou sans permission d'amendement, au motif

- a) qu'elle ne révèle aucune cause raisonnable d'action ou de défense, selon le cas,
- b) qu'elle n'est pas essentielle ou qu'elle est redondante,
- c) qu'elle est scandaleuse, futile ou vexatoire,
- d) qu'elle peut causer préjudice, gêner ou retarder l'instruction équitable de l'action,
- e) qu'elle constitue une déviation d'une plaidoirie antérieure, ou
- f) qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour,

and may order the action to be stayed or dismissed or judgment to be entered accordingly.

It is clear that the Rule provides for striking out a whole pleading or for striking out any part of it. It is meant to cover many situations. Its whole purpose is to assure the orderly administration of justice and, in the context of procedural rules and an adversary system, to control to some degree the kinds of cases which are deserving of the litigation process.

I need not go into a full analysis as to how each individual head of Rule 419 has been applied by the Court to meet the facts and circumstances of individual cases, limited as they are to an analysis of a particular pleading. The pleading before me, the statement of claim as a whole, cannot be said to be immaterial or redundant, or prejudice, embarrass or delay the fair trial of the action, or constitute a departure from a previous pleading. Nor can the Crown or the Club rely on Rule 419(1)(a) when, for striking purposes, the facts alleged in the statement of claim are taken to be true and no evidence is admissible thereunder. Nor can they rely on the issue of limitations. The general principle in that regard, if one follows *Hanna et al. v. Canada* (1986), 9 F.T.R. 124 (F.C.T.D.), is that the issue of limitations should be specifically pleaded in a statement of defence before the Court will consider striking an action on those grounds.

We are left therefore with the plea that the statement of claim is scandalous, frivolous or vexatious or otherwise an abuse of the process of the Court. In more articulate terms, it might be one of issue estoppel or *res judicata*, two somewhat parallel doctrines which have been historically shackled by judicial subtleties but which, in a more contemporary mode, appear to adopt a more unadorned fabric.

As between these two concepts, the case of *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537 (Aust. H.C.), at pages 560-561, attempts to distinguish them:

et elle peut ordonner que l'action soit suspendue ou rejetée ou qu'un jugement soit enregistré en conséquence.

Il est clair que l'article prévoit la radiation de la totalité ou d'une partie d'un acte de procédure. Il est conçu pour couvrir de nombreuses situations. Son objectif général est d'assurer l'administration ordonnée de la justice et, dans le contexte de règles de procédure et d'un système fondé sur le principe du débat contradictoire, à contrôler jusqu'à un certain point le genre d'affaires qui méritent d'être entendues par un tribunal.

Je n'ai pas à analyser à fond la façon dont la Cour a appliqué chacune des rubriques de la Règle 419 aux faits et aux circonstances de cas individuels, car lorsqu'elle examine un cas particulier, la Cour se borne à analyser un acte de procédure précis. On ne saurait prétendre que l'acte de procédure qui m'est soumis, à savoir la déclaration dans son ensemble, n'est pas essentiel ou qu'il est redondant, ou encore qu'il cause préjudice, gêne ou retarde l'instruction équitable de l'action, ou qu'il constitue une déviation d'une plaidoirie antérieure. La Couronne et le club ne peuvent pas non plus invoquer l'alinéa 419(1)a des Règles lorsque, pour les fins d'une radiation, les faits articulés dans la déclaration sont tenus pour avérés et qu'aucune preuve n'est recevable aux termes de cet alinéa. Ils ne peuvent pas non plus invoquer la prescription. À cet égard, le principe général, si l'on suit le jugement *Hanna et autres c. Canada* (1986), 9 F.T.R. 124 (C.F. 1^{re} inst.), est que la prescription doit être expressément invoquée dans la défense avant que la Cour envisage la possibilité de radier une action sur ce fondement.

Il nous reste donc le moyen suivant lequel la déclaration est scandaleuse, futile ou vexatoire ou qu'elle constitue par ailleurs un emploi abusif des procédures de la Cour. En termes plus clairs, il pourrait s'agir d'un moyen de défense tiré de l'*issue estoppel* ou de l'autorité de la chose jugée, deux principes quelque peu parallèles qui ont été historiquement embrouillés par des subtilités judiciaires mais qui, plus récemment, semblent se présenter sous une forme plus pure.

On a tenté de faire une distinction entre ces deux concepts dans l'arrêt *Hoysted v. Federal Commissioner of Taxation* (1921), 29 C.L.R. 537 (H.C. Aust.), aux pages 560 et 561:

I fully recognize the distinction between the doctrine of *res judicata* where another action is brought for the same cause of action as has been the subject of previous adjudication, and the doctrine of estoppel where, the cause of action being different, some point or issue of fact has already been decided (I may call it "issue-estoppel").

This is the view adopted by the Supreme Court of Canada in *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248, at page 254; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397, which also adopted the tests suggested in *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), in dealing with issue estoppel as follows: "(1) that the same question has been decided; (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and, (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies".

In *Grandview (Town of) v. Doering*, [1976] 2 S.C.R. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299, the Supreme Court of Canada cites with approval the comments found in *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; 67 E.R. 313, at pages 114-115 Hare:

... I believe I state the rule of the Court correctly when I say that, where a given matter becomes the subject of litigation in, and of adjudication by, a Court of competent jurisdiction, the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case, and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward, only because they have, from negligence, inadvertence, or even accident, omitted part of their case. The plea of *res judicata* applies, except in special cases, not only to points upon which the Court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation, and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time.

Again, in *Maynard v. Maynard*, [1951] S.C.R. 346; [1951] 1 D.L.R. 241, the Supreme Court of Canada quotes with approval the following from Lord Shaw's speech in the *Hoystead v. Commissioners of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.), at pages 165-166 case, at page 359 S.C.R.:

[TRADUCTION] Je reconnais pleinement la distinction entre le principe de l'autorité de la chose jugée applicable lorsqu'une demande est intentée pour la même cause d'action que celle qui a fait l'objet d'un jugement antérieur, et cette théorie de la fin de non-recevoir qu'on applique lorsqu'il arrive que la cause d'action est différente mais que des points ou questions de fait ont déjà été décidés (laquelle je puis appeler théorie de l'*issue estoppel*).

C'est l'opinion qu'a adoptée la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248, à la page 254; (1974), 47 D.L.R. (3d) 544; 74 DTC 6278; 2 N.R. 397, dans lequel la Cour a également retenu les critères suivants énoncés dans l'arrêt *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (No. 2)*, [1967] 1 A.C. 853 (H.L.), au sujet de l'*issue estoppel*: [TRADUCTION] «[Il faut] (1) que la même question ait été décidée; (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant l'*estoppel*" soit définitive; et, (3) que les parties en cause dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes personnes que celles qui sont engagées dans l'affaire dans laquelle l'*estoppel*" est invoqué».

Dans l'arrêt *Grandview (La ville de) c. Doering*, [1976] 2 R.C.S. 621; (1975), 61 D.L.R. (3d) 455; [1976] 1 W.W.R. 388; 7 N.R. 299, la Cour suprême du Canada a fait siens les commentaires que l'on trouve dans l'arrêt *Henderson v. Henderson* (1843), 3 Hare 100; 67 E.R. 313, aux pages 114 et 115 Hare:

[TRADUCTION] ... J'espère exprimer correctement la règle que s'est imposée la présente Cour quand j'affirme que si un point donné devient litigieux et qu'un tribunal compétent le juge, on exige des parties qu'elles soumettent toute leur cause et, sauf dans des circonstances spéciales, on n'autorisera pas ces parties à rouvrir le débat sur un point qui aurait pu être soulevé en même temps que l'objet du litige, mais qui ne l'a pas été pour l'unique raison qu'elles ont omis de soumettre une partie de leur cause, par négligence, inadvertence ou même par accident. Le plaidoyer de la chose jugée porte, sauf dans des cas spéciaux, non seulement sur les points sur lesquels les parties ont en fait demandé au tribunal d'exprimer une opinion et de prononcer jugement, mais sur tout point qui faisait objectivement partie du litige et que les parties auraient pu soulever à l'époque, si elles avaient fait preuve de diligence.

À nouveau, dans l'arrêt *Maynard v. Maynard*, [1951] R.C.S. 346; [1951] 1 D.L.R. 241, à la page 359 R.C.S., la Cour suprême du Canada cite et approuve les propos suivants de lord Shaw dans l'arrêt *Hoystead v. Commissioners of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.), aux pages 165 et 166:

Parties are not permitted to begin fresh litigations because of new views they may entertain of the law of the case, or new versions which they present as to what should be a proper apprehension by the Court of the legal result either of the construction of the documents or the weight of certain circumstances.

If this were permitted litigation would have no end, except when legal ingenuity is exhausted. It is a principle of law that this cannot be permitted, and there is abundant authority reiterating that principle.

Lord Shaw goes on to state in *Hoystead* [at page 166]:

Thirdly, the same principle — namely, that of setting to rest rights of litigants, applies to the case where a point, fundamental to the decision, taken or assumed by the plaintiff and traversable by the defendant, has not been traversed. In that case also a defendant is bound by the judgment, although it may be true enough that subsequent light or ingenuity might suggest some traverse which had not been taken. The same principle of setting parties' rights to rest applies and estoppel occurs.

And further [at page 170]:

It is seen from this citation of authority that if in any Court of competent jurisdiction a decision is reached, a party is estopped from questioning it in a new legal proceeding. But the principle also extends to any point, whether of assumption or admission, which was in substance the ratio of and fundamental to the decision.

In *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283 (C.A.); *sub nom. Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.), the Court was faced with an action for damages for assault by six people who had been convicted of murder in a terrorist explosion.

The allegations of assault had been made in the course of their murder trial when the admissibility of certain statements to the police was brought in question. The Trial Judge had ruled that the statements were admissible and the jury itself, left with the option of deciding that those statements were worthless, nevertheless convicted the six people. On the subsequent action for damages for assault, Lord Denning M.R., at page 316, said this:

In seeking to strike out these actions, the police rely first on the law as to issue estoppel. They say that the six men are estopped from raising again an issue which was decided by Bridge J. Secondly, if that be wrong, the police say that these actions are an abuse of the process of the court. Now of these two propositions, I feel that priority should be given to issue

[TRADUCTION] Les parties n'ont pas le droit d'engager d'autres procédures parce qu'elles entretiennent des vues nouvelles sur les règles de droit applicables à la cause, ou parce qu'elles présentent des versions nouvelles des conclusions juridiques que la Cour devrait tirer de l'interprétation des pièces ou du poids de certaines circonstances.

S'il en était ainsi, on ne mettrait fin à un litige qu'après avoir épuisé toute ingéniosité juridique. Cela ne saurait être permis, du point de vue du droit et de nombreux auteurs et précédents ont réitéré ce principe.

Dans l'arrêt *Hoystead*, lord Shaw poursuit en disant [à la page 166]:

Troisièmement, le même principe, à savoir celui qui empêche de faire juger à nouveau les droits des plaideurs, s'applique lorsqu'un point essentiel de la décision qui pouvait être nié par le défendeur ne l'a pas été et que ce point a été soulevé ou présumé par le demandeur. Dans ce cas aussi, le défendeur est lié par le jugement, même s'il se rend compte par la suite qu'il aurait pu se servir d'une dénégation et qu'il ne l'a pas fait. Le même principe qui empêche de faire juger à nouveau les droits des parties s'applique et il y a «estoppel».

Plus loin, lord Shaw ajoute [à la page 170]:

Il ressort de cette citation de jurisprudence que si un tribunal compétent en vient à une décision, les parties sont irrecevables à la remettre en question dans le cadre d'une nouvelle instance judiciaire. Mais le principe s'étend également à tout point, peu importe qu'il ait été présumé ou admis, qui constituait en substance le fondement de la décision.

Dans l'affaire *McIlkenny v. Chief Constable of the West Midlands*, [1980] 1 Q.B. 283 (C.A.); *sub nom. Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 (H.L.), le tribunal était saisi d'une action en dommages-intérêts pour voies de fait intentée par six personnes qui avaient été reconnues coupables d'un meurtre commis à l'occasion d'un attentat à la bombe.

Les accusations de voies de fait avaient été portées au cours de leur procès pour meurtre au moment où la question de la recevabilité de certaines déclarations faites à la police avait été soulevée. Le juge de première instance avait statué que les déclarations étaient recevables et le jury, qui devait décider si ces déclarations étaient sans valeur, a néanmoins condamné les six personnes. Statuant sur l'action subséquente en dommages-intérêts pour voies de fait, lord Denning, maître des rôles, déclare ce qui suit, à la page 316:

Pour conclure à la radiation de ces actions, la police invoque d'abord les règles de droit relatives à l'«issue estoppel». Elle affirme que les six hommes sont irrecevables à soulever de nouveau une question litigieuse qui a été tranchée par le juge Bridge. En second lieu, si elle a tort sur ce point, la police prétend que ces actions constituent un recours abusif au

estoppel . . . If they are to be stopped, it must be by way of an estoppel of some kind or other.

At page 323, Lord Denning went on to say:

It cannot be right that these actions should go any further. They should be struck out either on the ground that the six men are estopped from challenging the decision of Bridge J. or alternatively that it is an abuse of the process of the court. Whichever it is, the actions should be stopped.

Another opinion in the same appeal was expressed by Goff L.J. at page 330:

. . . the court clearly has a discretionary power to stay an action on the ground that the plaintiff is seeking to raise again a question already judicially decided against him, where he has had a full opportunity of presenting his whole case, even although the parties are different so that there is technically no estoppel. In my judgment also this power can be exercised at an early stage on application to strike out, although its exercise then calls for great caution . . .

In *Bank of B.C. v. Singh* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 256 (S.C.), mortgagors had complained against the bank and its appraisers that they had been negligent and in breach of fiduciary duty in connection with the forced sale of a property at a price of \$330,000 which had later been resold for a considerably larger sum. The mortgagors had objected to the order approving the sale but had been unsuccessful. When the bank claimed against the mortgagors to make good on their personal covenants, the mortgagors counterclaimed against both the bank and the appraisers and again alleged breach of trust and fiduciary duty. The bank applied to have the counterclaim struck. In allowing the application, Harding L.J.S.C., said this at page 265:

In this case the appraisers were not party to the original action . . . It would, however, be an abuse of process to allow the action against the appraisers. The Singhs seek judgment against the appraisers on exactly the same facts and issues as were dealt with by Cowan L.J.S.C. To hold against the appraisers I would have to hold that Cowan L.J.S.C. was wrong.

tribunal. Or, entre ces deux propositions, j'estime qu'il faut accorder la priorité à l'*«issue estoppel»* . . . S'ils doivent être déclarés irrecevables, il faut que ce soit en vertu d'un *«estoppel»* d'un type ou d'un autre.

^a À la page 323, lord Denning poursuit en disant:

[TRADUCTION] On ne saurait permettre à ces actions d'aller plus loin. Elles devraient être radiées soit au motif que les six hommes sont irrecevables à contester la décision du juge Bridge, soit, subsidiairement, au motif qu'elles constituent un recours abusif au tribunal. Dans un cas comme dans l'autre, il y a lieu de suspendre les actions.

Le lord juge Goff a exprimé une autre opinion dans le même appel, à la page 330:

^c [TRADUCTION] . . . le tribunal a de toute évidence le pouvoir discrétionnaire de suspendre une action au motif que le demandeur tente de soulever à nouveau une question sur laquelle un tribunal lui a déjà donné tort, lorsqu'il a eu amplement l'occasion de faire valoir tous ces arguments, même si les parties sont différentes, de sorte que, techniquement, il n'y a pas *«estoppel»*.
^d À mon sens, le tribunal peut exercer ce pouvoir dès le début du procès lorsqu'il est saisi d'une requête en radiation, même si l'exercice de ce pouvoir exige alors une grande prudence . . .

^e Dans le jugement *Bank of B.C. v. Singh* (1987), 17 B.C.L.R. (2d) 256 (C.S.), des débiteurs hypothécaires reprochaient à une banque et à ses évaluateurs d'avoir fait preuve de négligence et d'avoir manqué à leurs obligations de fiduciaires à l'égard de la vente forcée, au prix de 330 000 \$, d'une propriété qui avait par la suite été revendue pour une somme beaucoup plus élevée. Les débiteurs hypothécaires s'étaient opposés sans succès à l'ordonnance d'homologation de la vente. La banque a exercé un recours contre les débiteurs hypothécaires en leur demandant de respecter leurs engagements personnels et les débiteurs hypothécaires ont présenté une demande reconventionnelle contre la banque et contre les évaluateurs en les accusant à nouveau d'abus de confiance et de manquement à leurs obligations de fiduciaire.
^h La banque a présenté une requête en vue de faire radier la demande reconventionnelle. Le juge Harding a accueilli la requête et a tenu les propos suivants, à la page 265:

ⁱ [TRADUCTION] En l'espèce, les évaluateurs n'étaient pas partie à l'action initiale . . . Faire droit à l'action contre les évaluateurs constituerait cependant un abus de procédure. Les Singh sollicitent un jugement contre les évaluateurs sur le fondement des mêmes faits et points litigieux que ceux qu'a tranchés le juge Cowan. Pour rendre un jugement défavorable aux évaluateurs, il me faudrait statuer que le juge Cowan a eu tort.

In *Solomon v. Smith*, [1988] 1 W.W.R. 410 (Man. C.A.), the plaintiff had repudiated his offer to purchase some 24 town-houses in Winnipeg on grounds of misrepresentations. The negotiations had been through Smith and Montreal Trust as agents for the vendor. An action in damages was then commenced by the vendor in Alberta and the court there found for damages in the amount of \$129,032. The vendor and the purchaser later settled for \$85,000. The purchaser then commenced an action against the agents Smith and Montreal Trust in Manitoba claiming the same amount as indemnity.

In striking the action, Lyon J.A. for the majority of the Court of Appeal stated the following, at pages 419-420:

Plaintiff's counsel argues that the breach of a fiduciary duty allegedly owed by the defendants to Mr. Solomon transforms the Manitoba action into a new and non-adjudicated issue. At first blush that argument is persuasive, save for the plaintiff's pleading in para. 10 of the statement of claim that the fiduciary duty had been "breached by making the said misrepresentations". The breach of fiduciary duty, therefore, derives its sole vitality, as the pleadings state, from the allegation of "misrepresentations". And that allegation, to complete the circle, has already been decided against Mr. Solomon and declared untrue. That being so, to permit it to be retried in a vain attempt to sustain his action against Montreal Trust and Mr. Smith would constitute, in the circumstances of this case, an abuse of process.

Lyon J.A. went on to say at page 421:

I agree with Philp J.A. that a plea of issue estoppel is not available. However, to permit the statement of claim to proceed would be an abuse of process and that is the principle applicable. In considering this doctrine, it seems to me prudent to avoid hard and fast institutionalized rules such as those which attach to the plea of issue estoppel. By encouraging the determination of each case on its own facts against the general principle of the plea of abuse, serious prejudice to either party as well as to the proper administration of justice can best be avoided. Maintaining open and ready access to the courts by all legitimate suitors is fundamental to our system of justice. However, to achieve this worthy purpose, we must be vigilant to ensure that the system does not become unnecessarily clogged with repetitious litigation of the kind here attempted. There should be an end to this litigation. To allow the plaintiff to retry the issue of misrepresentation would be a classic example of abuse of process—a waste of the time and resources of the

Dans l'arrêt *Solomon v. Smith*, [1988] 1 W.W.R. 410 (C.A. Man.), le demandeur avait répudié son offre d'achat de quelque 24 maisons en rangée de Winnipeg en alléguant qu'on lui avait fait de fausses déclarations. Les négociations s'étaient faites par l'intermédiaire de Smith et du Montréal Trust, les représentants du vendeur. Le vendeur a ensuite engagé une action en dommages-intérêts devant un tribunal de l'Alberta qui lui a accordé 129 032 \$ en dommages-intérêts. Un arrangement à l'amiable d'un montant de 85 000 \$ est ensuite intervenu entre le vendeur et l'acheteur. Ce dernier a ensuite poursuivi les représentants Smith et Montréal Trust au Manitoba en leur réclamant le même montant à titre d'indemnité.

Le juge Lyon, J.C.A. a rejeté l'action et a déclaré ce qui suit au nom de la majorité de la Cour d'appel, aux pages 419 et 420:

[TRADUCTION] L'avocat du demandeur prétend que le manquement aux obligations de fiduciaire auxquelles les défendeurs auraient été soumis envers M. Solomon transforme l'action intentée au Manitoba en un litige nouveau qui n'a pas été tranché. De prime abord, cet argument est convaincant, sauf en ce qui concerne le paragraphe 10 de la déclaration dans lequel le demandeur allègue que ce manquement aux obligations de fiduciaire «est imputable aux fausses déclarations en question». Ainsi qu'il est déclaré dans les actes de procédure, le manquement aux obligations du fiduciaire tire donc sa vitalité uniquement de l'allégation de «fausses déclarations». Et, pour boucler la boucle, le tribunal a déjà tranché cette allégation en donnant tort à M. Solomon et en la déclarant fautive. Dans ces conditions, permettre à M. Solomon de faire juger à nouveau cette question dans une tentative vaine de soutenir l'action qu'il a intentée contre Montréal Trust et M. Smith constituerait, compte tenu des circonstances de la présente espèce, un abus de procédure.

Le juge Lyon, J.C.A. a poursuivi en disant, à la page 421:

[TRADUCTION] Je suis d'accord avec le juge Philp de la Cour d'appel qu'on ne peut invoquer l'*issue estoppel* en défense. Cependant, permettre la production de la déclaration constituerait un abus de procédure: voilà le principe applicable. En examinant cette théorie, il me semble prudent d'éviter toute règle absolue et institutionnalisée comme celles qui régissent le moyen de défense tiré de l'*issue estoppel*. La meilleure façon d'éviter de causer un grave préjudice à l'une ou l'autre partie et à la bonne administration de la justice consiste à encourager les tribunaux à juger chaque affaire d'après ses propres faits en tenant compte du principe général de la défense d'abus. Il est essentiel pour notre système de justice que l'on garantisse à tous les plaideurs légitimes un accès libre et facile aux tribunaux. Toutefois, pour atteindre cet objectif valable, nous devons être vigilants et nous assurer que le système ne devienne pas inutilement encombré par les procès répétitifs comme celui que l'on essaie d'intenter en l'espèce. Le présent litige doit avoir une fin.

litigants and the court and an erosion of the principle of finality so crucial to the proper administration of justice.

In a similar case where *res judicata* was pleaded in defence of a second action, Weatherston J. in *Nigro v. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. et al.; Cummer-Yonge Investments Ltd. Third Party and 10 other actions* (1977), 18 O.R. (2d) 215; 82 D.L.R. (3d) 302; 3 C.P.C. 194 (H.C.), stated at page 218 O.R.:

Because this is a rule of public policy, in which the Court exercises its inherent jurisdiction to prevent an abuse of its process, I think I am entitled to take a rather broader view of the matter than by simply applying the doctrine of *res judicata* in its narrow sense.

Substantially the same view that the principle of *res judicata* in its various manifestations had become far too complicated was adopted by Chief Justice McEachern of the Supreme Court of British Columbia in *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89 where he said at pages 95-96:

There is no doubt the traditional approach to estoppel per rem judicatam operates only between the same parties or their privies: *Hollington v. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587, [1943] 2 All E.R. 35 (C.A.) (which Lord Denning M.R. said was wrongly decided: *McIlkenny*, supra, at p. 703); *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181, [1964] 2 W.L.R. 371, [1964] 1 All E.R. 341 (C.A.); and *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd.; Rayner & Keeler Ltd. v. Courts*, [1967] 1 A.C. 853, [1966] 3 W.L.R. 125, [1966] 2 All E.R. 536 (H.L.).

More recently, however, a number of English authorities, particularly Lord Denning, have suggested that the principle of abuse of process prevents a party from relitigating a question which has been fairly decided against him. This received grudging approval in the House of Lords in *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529 at 540, [1981] 3 W.L.R. 906, [1987] 3 All E.R. 727.

In the United States as early as 1927 it was held that no one can have an issue retried unless the original finding was obtained by fraud or some similar ground of invalidity: *Eagle, Star & Br. Dom. Ins. Co. v. Heller*, 140 S.E. 314 (1927). Then, in 1971, the United States Supreme Court stated they would not be mechanically bound by rules of mutuality or of mutuality of estoppel but, rather, that trial courts ought to have a broad discretion to determine whether issue estoppel should be

Permettre au demandeur de faire juger à nouveau la question des fausses déclarations serait un exemple classique d'abus de procédure, une perte de temps et de ressources pour les plaideurs et le tribunal et une atteinte au principe de la chose jugée qui est tellement capital pour la bonne administration de la justice.

Dans une affaire semblable dans laquelle l'autorité de la chose jugée était invoquée en défense dans une seconde action, l'affaire *Nigro v. Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. et al.; Cummer-Yonge Investments Ltd., Third Party and 10 other actions* (1977), 18 O.R. (2d) 215; 82 D.L.R. (3d) 302; 3 C.P.C. 194 (H.C.), le juge Weatherston déclare, à la page 218 O.R.:

[TRADUCTION] Parce qu'il s'agit d'une règle d'ordre public qui permet au tribunal d'exercer son pouvoir intrinsèque d'empêcher qu'on fasse un emploi abusif de ses procédures, je pense que je puis aborder la question d'une manière plus ouverte et ne pas me borner à appliquer le principe de l'autorité de la chose jugée dans son sens restreint.

Dans le jugement *Saskatoon Credit Union Ltd. v. Central Park Ent. Ltd.* (1988), 22 B.C.L.R. (2d) 89, le juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est en grande partie rallié à l'opinion suivant laquelle le principe de l'autorité de la chose jugée était devenu, dans ses diverses manifestations, beaucoup trop compliqué. Il a déclaré, aux pages 95 et 96:

[TRADUCTION] Il n'y a aucun doute que la conception traditionnelle de l'irrecevabilité résultant de l'autorité de la chose jugée («estoppel per rem judicatam») ne vaut qu'entre les mêmes parties ou leurs ayants droit: *Hollington v. Hewthorn & Co.*, [1943] 1 K.B. 587, [1943] 2 All E.R. 35 (C.A.) (lequel arrêt est, suivant lord Denning, m.r., mal fondé: *McIlkenny*, précité, à la page 703); *Thoday v. Thoday*, [1964] P. 181, [1964] 2 W.L.R. 371, [1964] 1 All E.R. 341 (C.A.); et *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd.; Rayner & Keeler Ltd. v. Courts*, [1967] 1 A.C. 853, [1966] 3 W.L.R. 125, [1966] 2 All E.R. 536 (H.L.).

Plus récemment, cependant, plusieurs autorités anglaises, en particulier lord Denning, ont laissé entendre que le principe de l'abus de procédure empêche une partie de mettre à nouveau en litige une question qui a été tranchée équitablement contre elle. La Chambre des lords a accepté à contrecœur cet énoncé dans l'arrêt *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police*, [1982] A.C. 529, à la page 540, [1981] 3 W.L.R. 906, [1987] 3 All E.R. 727.

Aux États-Unis, il a été statué dès 1927 que personne ne peut faire instruire à nouveau une question à moins que la conclusion initiale n'ait été obtenue par la fraude ou pour un motif semblable d'invalidité: *Eagle, Star & Br. Dom. Ins. Co. v. Heller*, 140 S.E. 314 (1927). Par la suite, en 1971, la Cour suprême des États-Unis a déclaré qu'elle n'était pas mécaniquement tenue par les règles de réciprocité de l'estoppel, mais que les juridictions de première instance devaient plutôt jouir

applied. Fairness seems to be the test they applied: *Blonder-Tongue Laboratories Inc. v. Univ. of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 28 L. Ed. 2d 788, 91 S. Ct. 1434 (1971), and *Parkland Hosiery Co. Inc. v. Shore*, 99 S. Ct. 645 (1979).

On the other hand, case law submitted by the parties refers to any number of decisions where various grounds for refusing an application to strike were raised.

In *Beauchamp v. Coastal Corporation*, [1984] 2 F.C. 511 (T.D.), a plaintiff had advised the defendant that he was abandoning his claim for specific performance on a contract and would only proceed on damages for breach. When he claimed for specific performance in his action, the defendant moved to have it struck out. Reed J. of this Court reviewed the authorities, raised the issue as to whether or not the information given by the plaintiff to the defendant constituted an election in the absence of any material detriment to the defendant and refused the application. At page 514 of her reasons, she said this:

On the basis of the authorities cited to me by counsel for the plaintiff I do not think the issue is so clearly beyond doubt. There is an issue of law which should be fully canvassed at trial and not dealt with in a summary fashion on an interlocutory application such as this.

In *Minnes v. Minnes & Rees-Davies* (1962), 34 D.L.R. (2d) 497; 39 W.W.R. 112, the British Columbia Court of Appeal, in a majority decision, refused to strike an action by a spouse seeking a declaration that her divorce, as well as her subsequent remarriage, were null and void on grounds that the divorce had been obtained by fraud and through collusion between all parties to the divorce action. The Court found that the situation involved breach of statute and raised questions of public interest which justified the matter proceeding even though the plaintiff herself had been a party to the fraud.

In *Re Bullen*, a British Columbia Supreme Court decision reported at (1971), 21 D.L.R. (3d) 628, refused an application to strike on grounds of *res judicata* when it was not clear on what princi-

d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer l'*issue estoppel*. L'équité semble être le critère qui a été appliqué: *Blonder-Tongue Laboratories Inc. v. Univ. of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 28 L. Ed. 2d 788, 91 S. Ct. 1434 (1971), et *Parkland Hosiery Co. Inc. v. Shore*, 99 S. Ct. 645 (1979).

D'autre part, la jurisprudence qu'ont soumise les parties renvoie à plusieurs décisions dans lesquelles divers motifs ont été invoqués pour rejeter une requête en radiation.

Dans le jugement *Beauchamp c. Coastal Corporation*, [1984] 2 C.F. 511 (1^{re} inst.), le demandeur avait informé la défenderesse qu'il se désistait de son action en exécution intégrale fondée sur un contrat et qu'il ne réclamerait que des dommages-intérêts pour inexécution. Après qu'il eut réclamé l'exécution intégrale dans le cadre de son action, la défenderesse a présenté une requête en radiation de l'action. Le juge Reed de notre Cour a passé la jurisprudence en revue et s'est demandée si les renseignements donnés par le demandeur à la défenderesse constituaient un choix si cela ne causait pas de préjudice réel au défendeur. Elle a rejeté la demande. À la page 514, elle déclare ce qui suit:

Compte tenu de la jurisprudence citée par l'avocat du demandeur, je ne crois pas que cette question soit aussi évidente. Il existe une question de droit que la Cour devrait examiner en détail à l'instruction et qu'elle ne devrait pas trancher sommairement en se prononçant sur une demande interlocutoire comme celle présentée en l'espèce.

Dans l'arrêt *Minnes v. Minnes & Rees-Davies* (1962), 34 D.L.R. (2d) 497; 39 W.W.R. 112, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, dans une décision majoritaire, refusé de radier l'action intentée par une épouse qui sollicitait un jugement déclarant son divorce ainsi que son mariage ultérieur nuls et de nul effet au motif que le divorce avait été obtenu par la fraude et grâce à la collusion de toutes les parties à l'action en divorce. La Cour a conclu que la situation comportait une violation d'une loi et qu'elle soulevait des questions d'intérêt public qui justifiaient la poursuite de l'affaire même si la demanderesse n'avait pas elle-même participé à la fraude.

Dans le jugement *Re Bullen*, un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique publié à (1971), 21 D.L.R. (3d) 628, la Cour a rejeté une requête en radiation fondée sur l'autorité de la

ple or principles of law the earlier decision had been based.

In *Luzi et al. v. Municipal District of Rockyview No. 44 et al.* (1980), 28 A.R. 260, the Alberta Court of Queen's Bench decided that allegations of bias and non-disclosure of essential information in an earlier decision was a bar to the application of the doctrine of *res judicata*.

In *Lehndorff Management Ltd. et al. v. L.R.S. Development Enterprises Ltd.* (1980), 109 D.L.R. (3d) 729; [1980] 5 W.W.R. 14; 19 B.C.L.R. 59; 16 C.P.C. 1, the Court of Appeal found that where special circumstances exist, an application to strike on grounds of *res judicata* will be refused.

Some general observations may now be made on what the courts have said, or permitted themselves to say, in dealing with the various factual situations when motions to strike were being entertained. I observe, for example, that the various strictures historically imposed on the application of *res judicata* or estoppel seem to be slowly withering away. In the *Hunter* case (*supra*), Lord Denning had no hesitation in striking the plaintiffs' claim even though the parties to the second action were not the same. It could be suggested that on the face of the action taken by six convicted murderers, the issue was so scandalous that his Lordship might not be found wanting in boldly stating that whether it was a case of estoppel or an abuse of process, the action should be stopped.

It would also appear, as in *Solomon (supra)*, that when estoppel is in doubt, a court will not hesitate in staying an action on grounds of abuse of process. There again, the parties were not the same.

The comment of Chief Justice McEachern in the *Saskatoon Credit* case (*supra*), is in my mind quite appropriate. He paraphrases Lord Denning's colourful observations in indicating how needlessly confusing has been the issue of *res judicata* or estoppel.

chose jugée parce qu'on ne savait pas avec certitude sur quels principes de droit la décision antérieure reposait.

Dans l'arrêt *Luzi et al. v. Municipal District of Rockyview No. 44 et al.* (1980), 28 A.R. 260, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a décidé que les accusations de parti-pris et de non divulgation de renseignements essentiels qui avaient été portées dans une action antérieure faisaient obstacle à l'application du principe de l'autorité de la chose jugée.

Dans l'arrêt *Lehndorff Management Ltd. et al. v. L.R.S. Development Enterprises Ltd.* (1980), 109 D.L.R. (3d) 729; [1980] 5 W.W.R. 14; 19 B.C.L.R. 59; 16 C.P.C. 1, la Cour d'appel a conclu que lorsqu'il existe des circonstances particulières, la requête en radiation fondée sur l'autorité de la chose jugée sera rejetée.

On peut maintenant formuler certains commentaires d'ordre général sur ce que les tribunaux ont dit, ou se sont permis de dire lorsque, saisis de requêtes en radiation, ils ont examiné diverses situations factuelles. Je constate, par exemple, que les diverses restrictions imposées historiquement à l'application du principe de l'autorité de la chose jugée ou de l'«estoppel» semblent s'évanouir lentement. Dans l'arrêt *Hunter* (précité), lord Denning n'a pas hésité à radier la demande du demandeur même si les parties à la seconde action n'étaient pas identiques. On pourrait penser que vu l'action intentée par six personnes condamnées pour meurtre, la question en litige était tellement scandaleuse qu'on ne saurait reprocher à Sa Seigneurie d'avoir affirmé énergiquement qu'il fallait suspendre l'action qu'il s'agisse d'un cas d'«estoppel» ou d'un abus de procédure.

Il semblerait également que lorsque, comme dans l'arrêt *Solomon* (précité), on ne sait pas s'il s'agit d'un cas d'«estoppel», le tribunal n'hésitera pas à suspendre l'action au motif qu'elle constitue un abus de procédure. Là encore, les parties étaient différentes.

Le commentaire formulé par le juge en chef McEachern dans le jugement *Saskatoon Credit* (précité) me semble parfaitement à propos. Il paraphrase les observations colorées de lord Denning pour indiquer à quel point la question de l'autorité de la chose jugée ou de l'«estoppel» a causé inutilement de la confusion.

I have also quoted Lyon J.A. in the *Solomon* case (*supra*) and I conclude that he also adopts the view that where respect for judicial pronouncements on estoppel creates more obstacles than solutions, a simple case of abuse of process may be found.

There is finally the constant, underlying exercise of judicial discretion whenever a motion to strike is entertained. Whatever expressions a court may adopt in giving its reasons, or in quoting reasons for judicial pronouncements in support, the final tip of the scale either way becomes not very much more than a reasoned judgment call.

I should therefore conclude that on the state of the law, as contemporaneously expressed, the individual and indeed the special circumstances of any given case are paramount and it is not necessary to rely on confused principles of *res judicata* or estoppel when in the eyes of the court, the case is one of abuse of process.

With these somewhat gratuitous observations in mind, I should now return to the issue before me and review case law cited by the parties, more particularly related to leases and to Indian lands.

In the case of *United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet*, [1909] A.C. 330, Privy Council held that as the respondents had not repudiated certain leases on machinery after the discovery of alleged false representations but had continued to work the machines and had paid royalties thereon, they had elected to treat the leases as subsisting and could not afterwards avoid them. Lord Atkinson, at page 339, quotes the rule laid down in *Clough v. London and North-Western Railway Co.* (1871), L.R. 7 Ex. 26 as follows: "If with knowledge of the forfeiture he, by the receipt of rent or other unequivocal act, shews his intention to treat the lease as subsisting, he has determined his election for ever, and can no longer avoid the lease."

J'ai également cité les propos du juge Lyon, J.C.A. dans l'arrêt *Solomon* (précité) et je conclus qu'il se rallie aussi à l'opinion que lorsque le respect des décisions judiciaires rendues en matière d'«estoppel» crée plus d'obstacles que de solutions, il est possible de conclure à l'existence d'un simple cas d'abus de procédure.

Il y a finalement le pouvoir discrétionnaire qu'exerce de façon constante et sous-jacente le tribunal chaque fois qu'il statue sur une requête en radiation. Quelles que soient les expressions qu'il peut employer pour exposer ses motifs ou pour étayer ceux-ci de citations de jurisprudence, la décision que le tribunal finit par rendre dépend en dernière analyse de l'opinion personnelle raisonnée qu'il se fait de la question en litige.

Je conclus donc que, dans l'état actuel du droit, les circonstances individuelles d'une affaire donnée, voire même ses circonstances particulières, sont primordiales et qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer les principes embrouillés de l'autorité de la chose jugée ou de l'«estoppel» lorsqu'aux yeux du tribunal, il y a abus de procédure.

En tenant compte de ses observations quelque peu gratuites, je reviens maintenant à la question litigieuse qui m'est soumise et je passe en revue la jurisprudence que m'ont citée les parties, plus particulièrement celle qui se rapporte aux baux et aux terres indiennes.

Dans l'arrêt *United Shoe Machinery Company of Canada v. Brunet*, [1909] A.C. 330, le Conseil privé a statué que comme les intimés n'avaient pas répudié certains contrats de location de machinerie après avoir découvert les fausses déclarations présumées mais qu'ils avaient continué à faire marcher les machines et qu'ils avaient payé des redevances sur celles-ci, ils avaient choisi de considérer les baux comme encore en vigueur et qu'ils ne pouvaient par la suite les résilier. Lord Atkinson cite, à la page 339, la règle énoncée dans l'arrêt *Clough v. London and North-Western Railway Co.* (1871), L.R. 7 Ex. 26: [TRADUCTION] «Si, alors qu'il est au courant de la déchéance, il manifeste, par la réception du loyer ou par un autre acte non équivoque, son intention de considérer le bail comme toujours en vigueur, il a arrêté son choix de façon définitive et il ne peut plus résilier le bail».

A similar conclusion was reached by Lysyk J. of the British Columbia Supreme Court in the celebrated case of *First City Dev. Corp. v. Bekei* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 175 where he stated, at page 198:

Where one party seeks to avoid a contract on the basis of the other party's failure to comply with statutory requirements, the approach taken by the court may be influenced by the consequence of such non-compliance. Does it render the contract void (as in *Home Assur.*) or voidable (as in *Dorsch*) or, as in the present case, merely unenforceable? Waiver, for example, may be available if the transaction is voidable but not if it is void: *Springer Dev. Corp. v. Rogers* (1984), 52 B.C.L.R. 169 at 181 (S.C.). The question of whether one party may be precluded from relying upon the other's non-compliance with governing legislation as a defence to an action on the contract can be framed in more than one way. While the choice of doctrine and vocabulary varies, the central issue posed may be much the same: has the party invoking the statute affirmed the contract unequivocally by his words or conduct in circumstances making it unfair or unjust for him now to rescind from that contract? The answer to that question, in the instant case, requires an examination of Mr. Bekei's actions between the time he signed the contract documents on 16th December 1981 and his repudiation of the contract some 15½ months later on 4th April 1983.

The case of *St. Ann's Fishing Club v. The King*, [1950] S.C.R. 211; [1950] 2 D.L.R. 225 contains elements of facts related to the leasing of Indian lands and the provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81 relating thereto. Section 51 of the statute provided as follows:

51. All Indian lands which are reserves or portions of reserves surrendered, or to be surrendered, to His Majesty, shall be deemed to be held for the same purpose as heretofore; and shall be managed, leased and sold as the Governor in Council directs, subject to the conditions of surrender and the provisions of this Part.

The Supreme Court of Canada held in that case, and I quote from the headnote, "that section 51 imposed an imperative requirement of a direction by the Governor in Council before surrendered Indian land could be validly leased; and in the absence of an authorizing Order in Council, a lease with a private Club entered into by the Superintendent General (of Indian Affairs) was not binding. It was immaterial that a prior lease had been authorized by Order in Council since the efficacy of the Order was exhausted on the termination of that lease. No estoppel could arise in the face of section 51 even though the Superintendent

Le juge Lysyk de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en est arrivé à une conclusion semblable dans la cause célèbre *First City Dev. Corp. v. Bekei* (1986), 3 B.C.L.R. (2d) 175, dans laquelle il a déclaré, à la page 198:

[TRADUCTION] Lorsqu'une partie tente de résilier un contrat en invoquant le défaut de l'autre partie de respecter les exigences de la loi, l'approche qu'adoptera le tribunal peut être influencée par les conséquences de cette inobservation. Cette inobservation rend-elle le contrat nul (comme dans l'affaire *Home Assur.*) ou annulable (comme dans l'affaire *Dorsch*) ou, comme en l'espèce, simplement inexécutable? On peut, par exemple, invoquer la renonciation si l'opération est annulable, mais pas si elle est nulle: *Springer Dev. Corp. v. Rogers* (1984), 52 B.C.L.R. 169, à la page 181 (C.S.). La question de savoir si une partie peut être irrecevable à invoquer comme moyen de défense dans une action contractuelle l'inobservation par l'autre partie de la législation applicable peut être formulée de diverses façons. Bien que le choix de théories et de vocabulaire varie, il se peut que la question cruciale qui se pose soit presque la même: la partie qui invoque la loi a-t-elle ratifié le contrat sans équivoque par ses paroles ou son comportement dans des circonstances qui font qu'il serait injuste qu'elle résilie maintenant ce contrat? Pour répondre à cette question, il faut, en l'espèce, examiner les actes de M. Bekei entre le moment où il a signé les documents contractuels le 16 décembre 1981 et sa résiliation du contrat quelque 15½ mois plus tard, le 4 avril 1983.

L'arrêt *St. Ann's Fishing Club v. The King*, [1950] R.C.S. 211; [1950] 2 D.L.R. 225, contient des éléments de fait qui concernent la location à bail de terres indiennes et les dispositions de la *Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, chap. 81, s'y rapportant. L'article 51 de la loi disposait:

51. Les terres des sauvages qui sont des réserves ou des parties de réserves rétrocédées, ou à retrocéder, à Sa Majesté sont réputées possédées aux mêmes fins que par le passé; et elles sont administrées, affermées et vendues selon que le gouverneur en son conseil le prescrit, sauf les conditions de la rétrocession et les dispositions de la présente Partie.

La Cour suprême du Canada a jugé dans cet arrêt, et je cite un extrait du sommaire, [TRADUCTION] «que l'article 51 requiert de façon impérative un ordre du gouverneur en conseil avant qu'une terre indienne cédée puisse être légalement donnée à bail; et faute de décret d'habilitation, le bail conclu par le surintendant général (des affaires indiennes) avec un club privé n'était pas exécutoire. Il est sans intérêt que la signature d'un bail antérieur avait été autorisée par un décret, étant donné que ce dernier devenait inopérant à l'arrivée du terme du bail en question. Tout "estoppel" irait à l'encontre de l'article 51, même si le surinten-

General held himself out as authorized to execute a lease and as a result money was expended by the Club in improving the property.”

At pages 219-220 S.C.R., Rand J. had this to say:

But I agree that s. 51 requires a direction by the Governor in Council to a valid lease of Indian lands. The language of the statute embodies the accepted view that these aborigenes are, in effect, wards of the State, whose care and welfare are a political trust of the highest obligation. For that reason, every such dealing with their privileges must bear the imprint of governmental approval, and it would be beyond the power of the Governor in Council to transfer that responsibility to the Superintendent General.

But the circumstances here negative any delegation of authority. The Order in Council approved a lease for a definite period on certain stipulations; by its terms, it would come to an end, even with renewal, within ten years; and the efficacy of the Order was exhausted by that instrument.

It was argued that the Crown is estopped from challenging the lease, but there can be no estoppel in the face of an express provision of a statute: (*Gooderham & Worts Ltd. v. C.B.C.*, [1947] 1 D.L.R. 417; [1947] A.C. 66); and *a fortiori* where the legislation is designed to protect the interest of persons who are the special concern of Parliament. What must appear—and the original trustees were well aware of it—is that the lease was made under the direction of the Governor in Council, and the facts before us show that there was no such direction.

On the issue of estoppel when facing a void as against a voidable transaction, or on the issue of lack of jurisdiction whenever a matter of public law is raised, the plaintiff Band refers to Wade's *Administrative Law*, Fifth Edition, Clarendon Press, Oxford, at page 33:

In public law the most obvious limitation on the doctrine of estoppel is that it cannot be invoked so as to give an authority powers which it does not in law possess. In other words, no estoppel can legitimate action which is *ultra vires*. Thus where an electricity authority, by misreading a meter, undercharged its customer for two years, it was held that the accounts it delivered did not estop it from demanding payment in full; for the authority had a statutory duty to collect the full amount, and had no power to release the customer, expressly or otherwise. Where a local planning authority served an invalid discontinuance notice, the landowner's acquiescence could not estop him from later denying its validity. Nor could a parish council, which had no power to undertake to allow a neighbouring district to make use of its sewers, be estopped by its long acquiescence from terminating such an arrangement. Where a minister took possession of land under statutory powers of occupation which did not extend to the grant of leases, he was not estopped from denying that he had granted a lease, even though he had expressly purported to 'let' the land to a 'tenant'. The result was the same where the supposed landlord was a

dant général s'est présenté comme étant autorisé à signer le bail et qu'en conséquence, le club a dépensé de l'argent pour améliorer la propriété.»

Aux pages 219 et 220 R.C.S., le juge Rand a tenu les propos suivants:

[TRADUCTION] Je conviens cependant que l'art. 51 requiert un ordre du gouverneur en conseil pour valider une concession de terre indienne. Le libellé de la loi consacre le principe acquis que les autochtones sont, en fait, des pupilles de l'État, dont la subsistance et le bien-être constituent une obligation politique du niveau le plus élevé. Pour cette raison, tout acte qui affecte leurs privilèges doit être marqué au coin de l'approbation gouvernementale, et le gouverneur en conseil commettrait un excès de pouvoir s'il déléguait cette responsabilité au surintendant général.

Mais les circonstances de la présente espèce excluent toute délégation de pouvoir. Le décret autorise la signature d'un bail d'une durée définie à certaines conditions. De par son libellé, le bail devrait prendre fin, même après avoir été reconduit, dans un délai de dix ans; et cet acte rend le décret inopérant.

On a fait valoir que Sa Majesté est irrecevable à contester le bail, mais on ne peut faire valoir d'*estoppel* à l'encontre d'une disposition expresse d'une loi: (*Gooderham & Worts Ltd. v. C.B.C.*, [1947] 1 D.L.R. 417; [1947] A.C. 66) et, à plus forte raison, lorsque la loi est conçue pour protéger les intérêts de personnes dont le législateur se préoccupe de façon spéciale. Il faut qu'il apparaisse—et les fiduciaires initiaux le savaient bien—que le bail a été conclu sur l'ordre du gouverneur en conseil, et les faits qui ont été portés à notre connaissance démontrent qu'aucun ordre de ce genre n'a été donné.

Sur la question de l'*estoppel* lorsqu'on en est présence d'une opération nulle par opposition à une opération annulable, ou sur la question de l'incompétence lorsqu'une question de droit public est soulevée, la bande demanderesse cite *Administrative Law* de Wade, 5^e édition, Clarendon Press, Oxford, à la page 33:

[TRADUCTION] En droit public, la restriction la plus évidente à la doctrine de l'*estoppel* est qu'on ne peut l'invoquer de manière à accorder à une autorité des pouvoirs qu'elle ne possède pas en droit. En d'autres termes, aucun *estoppel* ne peut légitimer un acte qui est *ultra vires*. Ainsi, dans une affaire où les services de l'électricité n'avaient pas suffisamment réclamé à un client pendant deux ans à la suite d'une erreur de lecture d'un compteur, il a été statué que les comptes qu'ils avaient envoyés ne les empêchaient pas de réclamer le paiement intégral, étant donné que la loi les obligeait à percevoir le montant en entier et qu'ils n'avaient pas le pouvoir de faire remise au client, de façon expresse ou autrement. Il a été jugé que l'acquiescement d'un propriétaire foncier ne l'empêchait pas de nier par la suite la validité d'un avis de désistement invalide que lui avait signifié un conseil local d'aménagement du territoire. On a également statué qu'un conseil municipal qui n'avait pas le pouvoir de permettre à un quartier voisin de se servir de ses égouts, n'était pas irrecevable, en raison de son long acquiescement, à mettre fin à cette entente. Dans une affaire où un ministre avait pris possession d'un bien-fonds en

local authority which had failed to obtain the requisite consent from the minister, so that the lease was void. Accordingly the local authority were at liberty to deny the validity of their own 'lease', contrary to the rules which govern private lettings. No arrangement between the parties could prevent either of them from asserting the fact that the lease was *ultra vires* and void.

There is also the observation of Tysoe J.A. in the case of *Minnes v. Minnes*, (*supra* at page 505 D.L.R.) on the application of O. 25, r. 4 of the British Columbia Supreme Court Rules:

In my respectful view it is only in plain and obvious cases that recourse should be had to the summary process under O. 25, r. 4, and the power given by the Rule should be exercised only where the case is absolutely beyond doubt. So long as the statement of claim, as it stands or as it may be amended, discloses some questions fit to be tried by a Judge or jury, the mere fact that the case is weak or not likely to succeed is no ground for striking it out. If the action involves investigation of serious questions of law or questions of general importance, or if facts are to be known before rights are definitely decided, the Rule ought not to be applied.

Finally, I should note to what extent "special considerations" and "fairness" have been mentioned in jurisprudence in deciding whether an action should be struck. Such qualifiers may be found in *Henderson v. Henderson* (*supra*); in *Lehndorff Management Ltd. et al. v. L.R.S. Development Enterprises Ltd.*; in *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police* (*supra*). I mention these matters because the Band has stressed the unfairness in Collier J.'s award of damages in the earlier case and the relatively meagre return on rent as compared to its potential return on the alleged current market value of the leased lands. These special circumstances, according to the Band, are of a nature that all other things being equal, the Band should now be given another chance to seek substantial justice, a goal which would only be achieved by evicting the Club and obtaining immediate possession of the lands.

vertu de pouvoirs législatifs d'occupation qui ne s'étendaient pas à l'octroi de baux, le tribunal a jugé qu'il n'était pas irrecevable à nier qu'il avait octroyé un bail, même s'il avait prétendu expressément «louer» le bien-fonds à un «locataire». On en est arrivé au même résultat dans une affaire où le locateur présumé était une administration locale qui n'avait pas obtenu le consentement requis du ministre, ce qui rendait le bail nul. Il était donc loisible à l'administration locale de nier la validité de son propre «bail», contrairement aux règles qui régissent la location privée. Aucune entente conclue entre les parties ne pouvait empêcher l'une ou l'autre d'entre elles d'affirmer que le bail était *ultra vires* et nul.

Par ailleurs, le juge Tysoe, J.C.A. a fait observer ce qui suit au sujet de l'application de la Règle 4, O. 25 des Règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Minnes v. Minnes* (précité, à la page 505 D.L.R.);

[TRADUCTION] À mon humble avis, ce n'est que dans les cas évidents et manifestes que l'on devrait recourir à la procédure sommaire prévue à la Règle 4, O. 25, et le pouvoir conféré par cette Règle ne devrait être exercé que lorsque le cas ne fait absolument aucun doute. Dès lors que la déclaration, dans sa forme actuelle ou dans sa version modifiée, révèle l'existence d'une question propre à être jugée par un juge ou un jury, le seul fait que la cause soit faible ou qu'elle ne réussira probablement pas ne justifie pas la radiation de la déclaration. Si l'action implique l'examen de questions sérieuses de droit ou d'importance générale, ou si les faits doivent être constatés avant que les droits puissent être tranchés de façon définitive, la Règle ne devrait pas être appliquée.

Finalement, je signalerai dans quelle mesure on a fait appel à des «considérations particulières» et à l'«équité» dans la jurisprudence pour décider si une action devait être radiée. On trouve ces qualificatifs dans les arrêts *Henderson v. Henderson* (précité); *Lehndorff Management Ltd. et al. v. L.R.S. Development Enterprises Ltd.*; et *Hunter v. Chief Constable of the West Midlands Police* (précité). Je mentionne ces affaires parce que la bande a souligné l'injustice que comportait le montant accordé en dommages-intérêts par le juge Collier dans l'affaire précédente et le rendement relativement faible du loyer en comparaison du rendement éventuel de la valeur marchande actuelle présumée des terrains loués. Ces circonstances particulières sont telles, suivant la bande, que, toutes choses étant égales par ailleurs, on devrait maintenant donner à la bande une autre possibilité d'obtenir justice, et cet objectif ne peut être atteint qu'en expulsant le club et en obtenant la possession immédiate des terrains.

A REVIEW OF THE FACTS

Every case cited by the parties has of course a factual base. It is within the parameters of this factual base that full meaning and proper interpretation may be given to doctrine as expressed from time to time by the courts. As the Supreme Court of Canada is wont to say, statutes cannot easily be interpreted in a vacuum. Neither, in my respectful view, can judicial doctrine.

The factual base with respect to the surrender and the lease may be found in the lengthy and considered reasons for judgment of Collier J. following trial of the original action. I shall refer to this judgment as it appears in [1982] 2 F.C. 385. In the findings which he had to make at that trial, Collier J. had to focus his mind on events which had occurred some twenty-five years earlier. He had to sift through the testimony of witnesses who had to recall these events. He had to weigh various statements made by survivors attributable to witnesses who were now deceased. He had to interpret the events, as incompletely as they were set out for him, in the social and economic clock of 1957. The clock had not stopped ticking in 1982. Collier J. necessarily had to face history revisited, taking care of course that in the process, he should not be revising it.

Concurrently, the participants' view of their own motivation and involvement with respect to events as recounted a whole generation later involved risks of vagueness, or obscurity, or ambiguity, or the transposition of a more current value system with respect to Crown and Indian relationships to that existing in 1957.

Collier J. admittedly had difficulties in coming to term with these problems, yet on his findings of fact and on credibility issues, he did not waffle. He gave weight and credence to the testimony of the Band members. He found no element of reconstruction or hindsight. He found that although the project of a lease of 162 reserve acres for golf club purposes was foremost in the minds of the Band

ÉTUDE DES FAITS

Chacune des affaires citées par les parties a évidemment un fondement factuel. C'est dans les limites de ce fondement factuel que l'on peut dégager tout le sens des principes posés par les tribunaux et qu'on peut bien les interpréter. Comme la Cour suprême du Canada a coutume de dire, il n'est pas facile d'interpréter une loi hors contexte. Cela vaut également, à mon avis, pour l'interprétation de la doctrine judiciaire.

Le fondement factuel relatif à la cession et au bail se trouve dans les motifs de jugement fouillés et réfléchis qu'a prononcés le juge Collier à la suite de l'instruction de l'action initiale. Je me réfère à ce jugement tel qu'il a été publié à [1982] 2 C.F. 385. Dans les conclusions qu'il devait tirer lors de ce procès, le juge Collier devait se concentrer sur des événements qui s'étaient produits quelque vingt-cinq années plus tôt. Il lui fallait passer en revue les dépositions de témoins qui devaient se remémorer ces événements. Il devait apprécier diverses déclarations qui étaient faites par des survivants et que ces derniers imputaient à des personnes alors décédées. Il devait interpréter les événements à partir du récit incomplet qui lui en était fait et en se replaçant dans le contexte social et économique de 1957. Le temps ne s'était pas arrêté en 1982. Le juge Collier se trouvait nécessairement devant une version revue des faits et il devait évidemment faire attention, en l'examinant, de ne pas la modifier.

Par ailleurs, l'opinion des participants sur leur propre motivation et sur le rôle qu'ils avaient joué lors d'événements qu'ils relataient une génération complète plus tard comportait des risques de manque de précision, d'obscurité ou d'ambiguïté, ou de transposition d'un système de valeurs plus actuel que celui qui existait en 1957 en ce qui concerne les rapports entre Sa Majesté et les Indiens.

Le juge Collier a reconnu qu'il avait eu de la difficulté à surmonter ces problèmes, mais sur ses conclusions de fait et sur les questions de crédibilité, il n'a pas fait de remplissage. Il a ajouté foi au témoignage des membres de la bande et n'y a trouvé aucun élément de reconstitution ou d'après coup. Il a conclu que même si le projet de location à bail de 162 acres de terres de la réserve pour

and of the Crown, other people had expressed an interest in the lands but the Band had not been informed of this. He reviewed at length the valuation placed on the lands of some \$5,500 per acre and the evidence of the appraiser, Mr. Howell, with respect to a fair return to the Band based on the 3.75% bank rate applicable at that time. Collier J. found specifically that the Band was not informed of various spreads as to the estimated annual rent prior to the first renewal term, of the fifteen-year term, of the limits imposed with respect to the annual rent payable at the end of the first fifteen-year term, of the proviso in the lease that all improvements would not revert to the Band and that the Club reserved the right to terminate the lease at the end of each fifteen-year term.

At page 413, Collier J. further finds that on a balance of probabilities, the majority of the Band members who voted on surrender on October 6, 1957, would not have assented to it had they known of all the terms of the lease entered into between the Crown and the Club on January 22, 1958. He also found, and this is equally important, that the Club would not have entered into a lease otherwise.

At page 415, Collier J. concludes that on all the facts before him, the Crown was liable for breach of trust.

Collier J. then entered into the problem of assessing damages. He cites at page 420, the leasing experience respecting Musqueam Recreations Ltd. with respect to some 58 additional acres of reserved lands which had been advertised for tenders. A lease agreement had been concluded in 1963. This lease called for

(a) fixed annual rents for the first, second and remaining eight years of the first 10-year term;

(b) fixed annual rents for the subsequent 10-year terms to be negotiated; failing agreement, the rents to be determined under the

l'aménagement d'un terrain de golf était primordial dans l'esprit de la bande et de la Couronne, d'autres personnes s'étaient dites intéressées par les terrains mais que la bande n'en n'avait pas été informée. Il a examiné en détail l'évaluation de quelque 5 500 \$ l'acre attribuée aux terrains, ainsi que le témoignage donné par l'évaluateur, M. Howell, au sujet de ce que serait un rendement équitable pour la bande d'après le taux bancaire de 3,75 % applicable à l'époque. Le juge Collier a expressément conclu que la bande n'avait été ni informée de l'écart qui existait entre les différentes estimations du loyer annuel prévu avant la première reconduction, ni de la période de quinze ans, ni des limites imposées relativement au loyer annuel payable à la fin de la première période de quinze ans, ni de la réserve stipulée au bail suivant laquelle toutes les améliorations ne retourneraient pas à la bande et suivant laquelle le club se réservait le droit de résilier le bail à l'expiration de chaque reconduction de quinze ans.

À la page 413, le juge Collier conclut en outre que la prépondérance de preuve montre que la majorité des membres de la bande qui ont voté sur la cession le 6 octobre 1957 n'y auraient pas consenti s'ils avaient connu toutes les conditions du bail intervenu entre la Couronne et le club le 22 janvier 1958. Il a également conclu, et cela est tout aussi important, que le club n'aurait pas conclu de bail autrement.

À la page 415, le juge Collier conclut, d'après l'ensemble des faits portés à sa connaissance, que la Couronne était responsable d'un manquement à une fiducie.

Le juge Collier aborde ensuite le problème de l'évaluation des dommages. Il fait allusion, à la page 420, à la location par Musqueam Recreations Ltd. de quelque 58 acres supplémentaires de terres de réserve qui avaient fait l'objet de soumissions publiques. Un bail avait été conclu en 1963. Ce bail prévoyait:

a) des loyers annuels fixes pour les première, deuxième et huit autres des dix premières années du bail;

b) des loyers annuels fixes pour les reconductions décennales subséquentes à négocier; à défaut d'entente, les loyers seraient fixés selon

provisions of the *Exchequer Court Act* [R.S.C. 1970, c. E-11];

(c) the annual rent payable at any time would never be less than 10% of the gross revenue of the lessee;

(d) no increase or decrease of rent arrived at in respect of a new 10-year period would exceed 15% of the fixed annual rent of the preceding 10-year period;

(e) any improvements to the leased lands reverted to the Band.

At pages 430 *et seq.*, his Lordship elaborates on the various expert analyses of the values of the lands, of their highest and best possible use, which he finds to be 99-year leases for residential purposes. He breaks down the various rental values per annum, finds that the original valuation placed on the lands of \$5,500 per acre in 1956 was not a breach of trust and later analyzes the various levels of estimated losses otherwise suffered by the Band. He then refers to a Master Plan Survey, prepared by the British Columbia Lands Services in December, 1956 and recommending massive development of the well-known University Endowment Lands adjacent to the Musqueam Indian reserve.

Although Collier J. refers only briefly to that Report, the whole of it was filed for purposes of the motion before me. It runs through some 125 pages and is the cumulation of the work of half a dozen British Columbia government departments and of some 100 consultants and collaborators. I provide here a summary of that report.

The lands involved contained some 1740 acres and it was the report's conclusion that to ensure a perpetual endowment for the University of British Columbia at the highest rate of return, the solution called for 99-year leases for residential housing, shopping plazas and other supporting uses.

At page 100 of the report, after noting an implementation period for the scheme of 15 years, it is stated:

les dispositions de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* [R.C.S. 1970, chap. E-11];

c) le loyer annuel payable ne serait jamais inférieur à 10 % du revenu brut du locataire;

d) aucun hausse ou baisse de loyer, pour une nouvelle reconduction décennale, ne dépasserait 15 % du loyer annuel fixe des 10 années précédentes;

e) les améliorations apportées aux biens-fonds loués reviendraient à la bande.

Aux pages 430 et suivantes, Sa Seigneurie donne des détails sur les diverses analyses faites par des experts au sujet de la valeur des biens-fonds et de leur utilisation optimale, qui serait, selon lui, la conclusion de baux résidentiels de 99 ans. Il ventile les diverses valeurs annuelles du loyer, conclut que l'évaluation initiale de 5 500 \$ l'acre attribuée aux biens-fonds en 1956 ne constituait pas un manquement à une fiducie et il analyse plus loin les diverses estimations des pertes subies par ailleurs par la bande. Il se réfère ensuite à un schéma d'aménagement publié en décembre de 1956 par les services fonciers de la Colombie-Britannique dans lequel on recommandait le lotissement massif d'une grande partie des terrains de dotation de l'Université qui sont bien connus et qui sont contigus à la réserve indienne Musqueam.

Bien que le juge Collier ne le mentionne que brièvement, ce rapport a été produit en entier pour les fins de la requête dont je suis saisi. Il compte quelque 125 pages et est le fruit du travail d'une demi-douzaine de ministères de la Colombie-Britannique et d'une centaine de consultants et de collaborateurs. Je donne ici un résumé de ce rapport.

Les terrains en cause contenaient quelque 1740 acres et les auteurs du rapport concluaient que pour garantir une dotation permanente en faveur de l'Université de la Colombie-Britannique au taux de rendement le plus élevé, la solution exigeait des baux de 99 ans pour des habitations résidentielles, des centres commerciaux et d'autres installations d'appui.

À la page 100 du rapport, après avoir fait état d'une période de mise en œuvre de 15 ans pour le projet, les auteurs déclarent:

It is estimated that the revenue directly attributable to land, when fully developed, should be in excess of \$1,000,000 annually.

I observe that the University Endowment Lands comprise in excess of ten times the acreage involved in the lease between the Crown and the Club. I further observe that all the data and calculations set out in the report are based on 1956 values. There is no retrospection there, no hindsight, no *ex post facto* interpolations.

FINDINGS

Underlying the whole issue before me is the Band's conviction, whether it is of more recent or more remote vintage does not matter, that it has been unjustly and inequitably deprived of its 162 acres and that its economic interests have been severely prejudiced. The events surrounding the negotiations and communication between the Band and the Crown and the disclosure of the lease terms some twenty years later conjure images of intrigue, indulgence and condescension on the part of the Crown to deprive the Band of its rights in the reserve lands. These images are also brought into focus by the current use of the reserve lands as a golf and country club whose selected members alone enjoy the privileges of roaming over some 162 acres of lush greens and rolling fairways.

No comment which I might make in that regard will eliminate this troubling and sombre perspective nor remove the continuing suspicion that once again the Band's individual and collective rights made all the more evident by increasing levels of group consciousness, have been denied. The Band's only recourse is to find some means of getting more money, or better still, to have the current lease cancelled, obtain possession of the lands and proceed afresh with their development.

The position taken by the Band at the hearing before me is quite clear on this. The Band has concluded, some four years after the Supreme Court of Canada had finally settled the issue, that the award of \$10,000,000 in damages was not sufficient, that it was unfair, that it was based on erroneous assumptions, that it did not take into consideration the current values of the acreage and

[TRADUCTION] On estime qu'une fois entièrement loti, le terrain rapportera plus de 1 000 000 \$ par année en revenus directs.

Je constate que les terrains de dotation de l'Université ont une superficie dix fois plus grande que celle qui est en cause dans le bail conclu entre la Couronne et le club. Je constate également que toutes les données et tous les calculs du rapport sont basés sur des valeurs de 1956. Il n'y a là-dedans ni rétrospection, ni sagesse d'après coup, ni interpolation *ex post facto*.

CONCLUSIONS

À la base de toute le litige dont je suis saisi, il y a la conviction de la bande—peu importe que cette conviction soit récente ou plus ancienne—qu'elle a été injustement privée de ses 162 acres et que ses intérêts financiers ont été gravement lésés. Les événements entourant les négociations et les communications entre la bande et la Couronne et la divulgation des conditions du bail quelque vingt ans plus tard évoquent l'intrigue, la complaisance et la condescendance dont la Couronne a fait preuve pour priver la bande de ses droits sur les terres de la réserve. C'est également ce que fait ressortir l'affectation actuelle des terres de la réserve comme club de golf et de loisirs dont seuls les membres choisis jouissent du privilège de parcourir les quelque 162 acres de somptueuses pelouses et de terrains onduleux.

Aucun des commentaires que je pourrais faire à cet égard n'éliminera cet aspect sombre et troublant ou ne dissipera le doute persistant qu'une fois de plus on a nié les droits individuels et collectifs de la bande qui sont rendus d'autant plus évidents à mesure que les gens en prennent collectivement conscience. Le seul recours de la bande consiste à trouver un moyen d'obtenir plus d'argent ou, encore mieux, de faire annuler le bail actuel, d'obtenir la possession des terres et de les réaménager.

La position qu'a adoptée la bande à l'audience qui s'est déroulée devant moi est très claire sur ce point. La bande en est venue à la conclusion, quelque quatre ans après que la Cour suprême du Canada eut tranché la question de façon définitive, que le montant de 10 000 000 \$ qui lui avait été accordé en dommages-intérêts n'était pas suffisant, qu'il était injuste, qu'il reposait sur des hypothèses

what might be expected as a reasonable annual return on it.

There is no doubt that viewed in current economic terms, the reserve lands have a present-day value far beyond the appraised value in 1957, a value, I need repeat, which the Trial Judge found fair and reasonable for that particular period. There is also no doubt that some of the terms of the current lease are not favourable to the Band or at least, are not the terms which the Trial Judge found the Band could reasonably have expected. I have in mind in this regard the 15-year as against the 10-year renewal periods, the restrictions on the rental adjustments during the first renewal term and the loss of reversionary interest in leasehold improvements.

On the other hand, the surrender was for purposes of a golf club and that was respected. Furthermore, the 75-year term was agreed upon and so too the principle of rental adjustments at each renewal term either by consensus or arbitration. The annual rent for the first term, as I interpret the Trial Judge's findings, was also the subject of agreement.

I have not overlooked the proviso in the lease where the 15-year renewals are effectively on an option basis exercisable by the lessee. I can only observe that such a clause is far from unknown in a long-term lease when the leased lands require considerable capital improvements and where the rent is periodically reviewed. If such a proviso is not available to the lessor, it is simply because the risk is borne exclusively by the lessee. In any event, the irony of it all is that the Band would now be perfectly happy if the Club were to exercise its option and abandon the lease.

In the foregoing observations, I should not be attempting to propound a balanced view of the tugs and pulls of lease negotiations. The Trial Judge's finding, at page 430, is that "The Indian

erronées, qu'il ne tenait pas compte de la valeur actuelle du terrain et du rendement annuel raisonnable qu'on pouvait s'attendre à en tirer.

Il n'y a pas de doute que si l'on envisage la question sur le plan économique dans l'optique d'aujourd'hui, les terres de la réserve ont présentement une valeur qui dépasse de beaucoup la valeur fixée en 1957, laquelle, je le répète, a été jugée juste et raisonnable pour l'époque par le juge de première instance. Il n'y a pas non plus de doute que certaines des conditions du bail actuel ne sont pas favorables à la bande ou, du moins, ne sont pas les conditions auxquelles, suivant le juge de première instance, la bande aurait pu raisonnablement s'attendre. Je songe, à cet égard, aux reconductions de 15 ans par opposition aux reconductions de 10 ans, aux restrictions imposées aux rajustements de loyer pendant la première période de reconduction et à la perte du droit de retour sur les améliorations locatives.

En revanche, le terrain était cédé dans le but d'y aménager un terrain de golf et cette modalité a été respectée. De plus, les parties se sont entendues sur la durée de 75 ans ainsi que sur le principe du rajustement du loyer à chaque reconduction par entente ou par arbitrage. Le loyer annuel pour la première période a aussi, suivant mon interprétation des conclusions du juge du procès, fait l'objet d'une entente.

Je n'ai pas oublié la réserve du bail suivant laquelle les reconductions de 15 ans constituaient en fait une option que le preneur pouvait lever. Je ne peux m'empêcher de faire remarquer que ce genre de clause est loin d'être inconnue dans le cas d'un bail à long terme lorsque les terrains loués nécessitent des améliorations considérables des immobilisations et que le loyer est périodiquement révisé. Si le bailleur ne peut se prévaloir d'une telle clause conditionnelle, c'est simplement parce que le risque est supporté exclusivement par le preneur. De toute façon, ce qu'il y a d'ironique dans tout cela c'est que la bande serait maintenant parfaitement heureuse si le club levait son option et renonçait au bail.

Dans les remarques qui précèdent, je n'ai pas essayé de faire la part des choses en ce qui concerne les tiraillements qui ont marqué les négociations du bail. Le juge de première instance a

Affairs Branch personnel in entering into the golf club lease acted, in my opinion, honestly. There was no deliberate or wilful dishonesty towards the Band. But the personnel, and ultimately the defendant, did not act reasonably in signing the lease without first going back to the Band".

This finding by the Trial Judge is consonant with the finding of an equitable breach of trust by the Crown. He adopts the test of reasonableness to the whole transaction and concludes that the Crown was not guilty of fraud in the usual sense of the term, but did not give to the negotiations that degree of care or attention which is expected of a good trustee.

The issue facing the Trial Judge, one would always remember, was to determine if there were a breach of trust and if so, what would be the appropriate amount assessed as damages to put the Band in as close a financial situation as it would otherwise have enjoyed.

In so doing, the Trial Judge had to face the fact that the freehold value of the leased lands had increased ten times over the twenty-year period between 1958 and 1978. He also had to face and analyze any number of hypotheses advanced by several expert appraisers and to adopt the view that the measure of damages had to be calculated on the best possible use formula, i.e. 99-year leases for residential purposes. At pages 441-442 of his reasons, he lists several factors and contingencies which guided him in arriving at a \$10 million award of damages. These are as follows:

- (a) The difficulty in determining when the 162 acres would have been developed, in what way, and at what monetary return. This, on the basis the present lease would never have been consummated.
- (b) The contingency that the area might not, even today, be satisfactorily developed, or providing a realistic economic return.

conclu, à la page 430, que «le personnel de la Direction des affaires indiennes, en contractant le bail du club de golf, a agi, à mon avis, honnêtement. Il n'y pas eu malhonnêteté délibérée ni volontaire envers la bande indienne. Mais le personnel et, en dernier ressort, la défenderesse, n'ont pas agi en bon père de famille en signant un bail sans se représenter d'abord devant la bande indienne».

Cette conclusion du juge de première instance s'accorde avec la conclusion suivant laquelle la Couronne a commis un manquement reconnu en «equity» à ses obligations de fiduciaire. Le juge applique le critère de la raisonabilité à l'ensemble de la transaction et il conclut que la Couronne ne s'est pas rendue coupable de fraude au sens usuel du terme, mais qu'elle n'a pas apporté aux négociations tout le soin et l'attention auxquels on s'attend de la part d'un bon fiduciaire.

On se rappellera que la question à laquelle le juge de première instance devait répondre était celle de savoir s'il y avait eu manquement à une fiducie et, dans l'affirmative, quel serait le montant qu'il convenait d'accorder en dommages-intérêts à la bande pour replacer celle-ci dans la situation financière qui se rapprocherait le plus de celle dont elle aurait autrement bénéficié.

Pour ce faire, le juge de première instance a dû tenir compte du fait que la valeur de la propriété franche des terrains loués avait décuplé entre 1958 et 1978. Il lui a également fallu aborder et analyser une quantité d'hypothèses avancées par divers évaluateurs experts et conclure que les dommages devaient être évalués suivant la formule de la valeur optimale, c'est-à-dire, en l'espèce, la conclusion de baux résidentiels de 99 ans. Aux pages 441 et 442 de ses motifs, il énumère divers facteurs et événements qui l'ont guidé pour en arriver au montant de dix millions de dollars en dommages-intérêts. Les voici:

- a) La difficulté de déterminer le moment du lotissement des 162 acres, la manière d'y procéder et leur rendement pécuniaire, le tout, en présumant que le bail actuel n'aurait jamais été conclu.
- b) La possibilité que la superficie aurait pu, jusqu'à aujourd'hui même, n'être lotie d'aucune manière satisfaisante ni n'avoir fourni aucun rendement économique normal.

(c) The astonishing increase in land values, inflation and interest rates since 1958, and the fact no one could reasonably, in 1958, have envisaged that increase.

(d) The counter-factor to (c) as that those same tremendous increases must be taken into account in any damage award.

(e) The possibility the present lease would remain in effect until its expiry in 2033.

(f) The very real contingency, in his view, that the lease might be terminated at a future rental review period.

(g) The money which the plaintiffs have received to date under the present lease or what might be received in the future if the lease remains.

(h) The value of the reversion of the improvements, whether at the end of prepaid 99-year residential leases, or at the end of the golf club lease.

If the Supreme Court of Canada could not find fault with this particular approach to damages, neither can I.

CONCLUSIONS

As a preamble to my conclusions, I might cite the comments of Le Dain J.A. in the Federal Court of Appeal's judgment of December 10, 1982, and reported in [1983] 2 F.C. 656, at page 687; (1982), 143 D.L.R. (3d) 416: His Lordship states that:

It is important to keep in mind that this is an action which is based on breach of trust and only on breach of trust. It is not an action to set aside a surrender, and a disposition of surrendered land pursuant thereto, on the ground of fraud or non-fulfilment of the conditions of the surrender. It is not an action for negligence in the exercise of a statutory authority with respect to the disposition of land in a reserve. It is not an action for rectification of the terms of a surrender of land in a reserve.

I might also refer to the comments of Dickson J., as he then was, in his reasons for judgment in the Supreme Court of Canada, reported at [1984] 2 S.C.R. 335, at page 371:

The plaintiffs based their case on breach of trust. They asserted that the federal Crown was a trustee of the surrendered lands. The trial judge agreed.

c) La hausse incroyable de la valeur des terrains, la montée de l'inflation et des taux d'intérêt depuis 1958 et l'impossibilité, en 1958, de les prévoir.

d) La réciproque de c), soit que ces fameuses hausses doivent être prises en compte dans toute attribution de dommages-intérêts.

e) La possibilité que le bail en cours reste en vigueur jusqu'à son terme, en 2033.

f) La possibilité non moins réelle, à son avis, que le bail soit résilié à la prochaine reconduction.

g) Les loyers perçus par les demandeurs à ce jour en vertu du bail en vigueur et ce qu'ils pourraient percevoir à l'avenir si le bail demeurait.

h) La valeur de retour des améliorations tant à l'arrivée du terme des baux résidentiels de 99 ans payés à l'avance qu'à l'arrivée de celui du bail du club de golf.

Si la Cour suprême n'a pu trouver rien à redire sur cette méthode particulière d'évaluation des dommages-intérêts, je ne le puis pas non plus.

DISPOSITIF

À titre de préambule à mon dispositif, je me permets de citer les commentaires formulés par le juge le Dain, J.C.A. dans l'arrêt qui a été rendu par la Cour d'appel fédérale le 10 décembre 1982 et qui est publié à [1983] 2 C.F. 656; (1982), 143 D.L.R. (3d) 416. Sa Seigneurie déclare, à la page 687 C.F.:

Il importe de rappeler qu'il s'agit uniquement d'une action pour manquement à une fiducie et non d'une action en annulation de la cession et de l'aliénation de l'immeuble cédé qui serait fondée sur la fraude ou l'inexécution des conditions de la cession. Ce n'est pas une action pour négligence dans l'exercice d'un pouvoir légal relatif à l'aliénation du terrain d'une réserve. Enfin ce n'est pas non plus une action en rectification des conditions de la cession du bien-fonds d'une réserve.

Je citerai également les commentaires formulés par le juge Dickson, maintenant juge en chef, à la page 371 des motifs du jugement de la Cour suprême du Canada publiés à [1984] 2 R.C.S. 335:

Les demandeurs ont fondé leur action sur le manquement aux obligations de fiduciaire, en prétendant que Sa Majesté du chef du Canada était fiduciaire des terres cédées. Le juge de première instance a partagé ce point de vue.

Such was the issue before the Trial Judge. The same issue was debated before the Court of Appeal. It was again debated over three days of argument before the Supreme Court of Canada. The disposition ultimately made was to compensate the Band for the damages suffered and to assure its members a level of economic return they would otherwise have enjoyed.

At no time during trial, or on successive appeals, on my reading of the several judgments on the issue, was the question of the validity of the surrender, or of the lease ever raised. At no time did anyone of a dozen judges who became seized of the case at one level or another, advance, hypothetically or otherwise, the validity issue.

I should subscribe to the views expressed in *Henderson v. Henderson* and the *Hoystead* case (*supra*) that parties are expected to bring forward their whole case and should not be allowed, except in special circumstances, to perpetuate the dispute by discovering new grounds for action. As Lord Shaw stated, if this were permitted, litigation would have no end except where legal ingenuity is exhausted.

I should also subscribe to later views expressed by Lord Denning in the *Hunter* case, by Lyon J.A. in the *Solomon* case and by Chief Justice McEachern in the *Saskatoon Credit Union* case, to the effect that whether or not a case falls into the complex issue of *res judicata* or issue estoppel with all of its historical refinements, it should not be allowed to proceed, if to do so, it would constitute an abuse of process.

In the case before me, the Band's approach was to claim damages for breach of trust. It did not claim anything else, in the alternative or otherwise. It claimed damages and was awarded damages.

The Band has enjoyed the benefits of the lease for over thirty years. It has enjoyed the benefits of \$10 million award for five years or more. In the same period of time, the Club has paid its annual rent and has expended substantial sums of money

Voilà la question qui était soumise au juge de première instance. La même question a été débattue devant la Cour d'appel. Elle a fait à nouveau l'objet d'un débat de trois jours devant la Cour suprême du Canada. Il a finalement été décidé d'indemniser la bande des dommages qu'elle avait subis et de garantir à ses membres le niveau de rendement économique dont ils auraient autrement bénéficié.

Suivant la lecture que je fais des divers jugements qui ont été rendus sur le sujet, la question de la validité de la cession ou du bail n'a été soulevée ni au procès ni au cours des appels successifs. Aucun de la douzaine de juges qui ont été saisis de l'affaire à un niveau ou à un autre n'a évoqué, de façon hypothétique ou autre, la question de la validité.

Je souscris aux vues exprimées dans les arrêts *Henderson v. Henderson* et *Hoystead* (précités) suivant lesquelles on s'attend à ce que les parties fassent valoir tous leurs moyens et qu'on ne peut leur permettre, sauf dans des circonstances particulières, de perpétuer le litige en découvrant de nouveaux moyens d'action. Comme lord Shaw l'a déclaré, s'il en était ainsi, on ne mettrait fin à un litige qu'après avoir épuisé toute ingéniosité juridique.

Je souscris également aux vues exposées ultérieurement par lord Denning dans l'arrêt *Hunter*, par le juge Lyon, J.C.A. dans l'arrêt *Solomon* et par le juge en chef McEachern dans l'arrêt *Saskatoon Credit Union*, suivant lesquelles que l'affaire relève ou non de la question complexe de l'autorité de la chose jugée ou de l'*«issue estoppel»* avec toutes leurs subtilités historiques, on ne doit pas lui permettre d'être entendue si cela crée un abus de procédure.

Dans l'espèce qui m'est soumise, l'approche de la bande consistait à réclamer des dommages-intérêts pour manquement à une fiducie. Elle n'a réclamé rien d'autre, à titre subsidiaire ou autrement. Elle a réclamé des dommages-intérêts et elle a obtenu des dommages-intérêts.

La bande a bénéficié des avantages du bail pendant plus de trente ans. Elle a joui des avantages d'un montant de dix millions de dollars pendant au moins cinq ans. Au cours de la même période, le club a versé son loyer annuel et a

on course layout and club facilities. Should the Band now be given leave to start from scratch on a rescission claim based on facts identical to those it relied on earlier? In my opinion, the answer must be in the negative. In my opinion, it would constitute an abuse of process.

The jurisprudence I have cited appears to qualify the application of the doctrine of issue estoppel or *res judicata* or for that matter abuse of process by directing a regard for "special circumstances". I interpret these terms, as they are found in the *Henderson* case as imposing a degree of care whenever a Court is urged to apply the doctrine and stop a case from going further. Some special circumstances often surround particular cases and some of these circumstances, as case law tells us, are such as to invite a court, in the exercise of its discretion, to let a particular case proceed.

Counsel for the Band has advanced a case for special circumstances on the grounds that the damage award of \$10 million is far from adequate compensation. Counsel suggests that the current value of the leased lands approaches the \$100 million mark which, on a perpetual yield basis, should provide the Band with \$10 million in annual income, an amount far above current or projected rental income.

In my respectful opinion, nothing flows from this. If credence is to be given to such calculations, one could with equal force, suggest that a \$10 million award in 1984 with interest at ten per cent compounded annually over the remaining term of the lease, would have a value in the year 2033 of \$1,280 billion. Even on a straight yield basis, a \$10 million fund provides a beneficiary with a perpetual annual income of \$1 million and to which must be added the ever-increasing value of the reversionary interest. In either case, it might not be an inconsiderable patrimony to leave to one's progeny.

dépensé des sommes d'argent considérables pour aménager des parcours et pour construire des installations pour le club. Devrait-on maintenant permettre à la bande de repartir à zéro en demandant la rescision du bail en se fondant sur des faits identiques à ceux qu'elle a déjà invoqués? À mon avis, il faut répondre par la négative. Selon moi, cela constituerait un abus de procédure.

b La jurisprudence que j'ai citée semble apporter des nuances à l'application du principe de l'*issue estoppel* ou de l'autorité de la chose jugée et, à vrai dire, de celui de l'abus de procédure, en exigeant que l'on tienne compte des «circonstances particulières». Suivant mon interprétation de ces termes tels qu'on les trouve dans l'arrêt *Henderson*, le tribunal est tenu de faire preuve de prudence lorsqu'on lui demande d'appliquer le principe et d'empêcher une action d'être entendue. Il arrive souvent que des circonstances spéciales entourent des cas particuliers et que, comme la jurisprudence nous l'enseigne, certaines soient spéciales au point d'inviter le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, à laisser une affaire donnée suivre son cours.

L'avocat de la bande prétend qu'il existe en l'espèce des circonstances particulières, motif pris que le montant de dix millions de dollars qui a été accordé est loin de constituer une indemnité suffisante. L'avocat laisse entendre que la valeur actuelle des terrains loués approche du seuil des 100 millions de dollars ce qui devrait rapporter à la bande dix millions de dollars en revenu annuel selon la méthode du rendement perpétuel, une somme qui dépasse de beaucoup le revenu locatif actuel ou projeté.

À mon humble avis, cela ne prouve rien. Si l'on doit ajouter foi à ces calculs, on devrait tout aussi énergiquement soutenir qu'un montant de dix millions de dollars (majoré des intérêts) accordé en 1984 à un taux d'intérêt composé de dix pour cent par année jusqu'à l'échéance du bail aurait une valeur de 1 280 milliards de dollars en 2033. Même à taux simple, un fonds de dix millions de dollars rapporte au bénéficiaire un revenu annuel perpétuel d'un million de dollars, auquel il faut ajouter la valeur toujours croissante de l'intérêt réversif. Dans un cas comme dans l'autre, cela pourrait constituer un patrimoine non négligeable à laisser à ses descendants.

I venture to suggest that annual yield on rentals when dealing with long term leases are concomitant factors to the value of any reversionary interest in the freehold. It may be expressed as an element of short-term pain mixed with an element of longer term gain. Such a mixture depends of course on the financial policies of the beneficiary and on how he decides to administer the capital he has on hand, spend it or compound its revenue in whole or in part. How provident or improvident such a beneficiary might be, in any given case, is of course of no concern in these proceedings.

I have gone to some lengths in these reasons to refer to the various analyses and findings of the Trial Judge relating to the highest desirable use of the lands, to the value per acre in 1956 and to the rapidly increasing land values over the first twenty-odd years of the 75-year lease. The Trial Judge found as a fact that \$5,500 per acre in 1956 was a reasonable figure. He also found that the best possible use of the lands was for residential purposes on a 99-year lease basis. His analysis of the quantum of damages is firmly based on these premisses.

I have also referred to the Master Plan Survey published in 1956 and relating to the future development of the University Endowment Lands on Point Grey. That plan also fixes acreage value, propounds a 99-year scheme for residential housing and generally provides a scenario for the creation of a perpetual endowment to the University of British Columbia. The estimated return under this formula, if funding be provided for the development of services and other projects is \$2 million minimum annually. Revenue directly attributed to land, as I have already noted, would be in excess of \$1 million annually. One may observe that \$1 million annually is in relation to a land area in excess of 1700 acres. One may also observe that the damage award of \$10 million also yields \$1 million annually on a perpetual basis but is in

Je me permets de signaler qu'en matière de baux à long terme, le rendement annuel du loyer est un facteur dont il faut tenir compte en plus de l'intérêt réversif sur la propriété franche. On pourrait a l'exprimer comme un élément de souffrance à court terme se mêlant à un élément de profit à plus long terme. Ce mélange dépend évidemment de la stratégie financière du bénéficiaire et de la façon dont il décide d'administrer le capital qu'il a en main en le dépensant ou en le faisant fructifier en tout ou en partie. La question de savoir dans quelle mesure un tel bénéficiaire pourrait être prudent ou imprudent dans un cas donné ne nous intéresse évidemment pas en l'espèce.

J'ai pris la peine dans les présents motifs de faire état des diverses analyses et conclusions du juge de première instance en ce qui concerne l'utilisation optimale des terrains, leur valeur à l'acre en 1956 et la hausse accélérée de la valeur des terrains pendant les vingt premières années du bail de 75 ans. Le juge de première instance a conclu que la valeur de 5 500 \$ l'acre en 1956 était un chiffre raisonnable. Il a également conclu que l'utilisation optimale des terrains était la conclusion de baux résidentiels de 99 ans. Son analyse du montant des dommages-intérêts repose fermement sur ses prémisses.

J'ai également fait allusion au schéma d'aménagement publié en 1956 au sujet de l'aménagement futur des terres de dotation de l'Université situées à Point Grey. Ce schéma établit également la valeur de la superficie, propose un projet de 99 ans pour l'habitation résidentielle et prévoit de façon générale un scénario de création d'une dotation perpétuelle en faveur de l'Université de la Colombie-Britannique. Le rendement que l'on estime pouvoir obtenir en vertu de cette formule, si le développement des services et d'autres projets est financé, se chiffre à un minimum de deux millions de dollars par année. Le revenu directement imputable au terrain se chiffrerait, comme je l'ai déjà noté, à plus d'un million de dollars par année. On peut observer que ce montant d'un million de dollars par année est calculé en fonction d'une superficie de plus de 1700 acres. On peut également observer que le montant de dix millions de dollars qui a été adjugé rapporte également un million de dollars par année de façon perpétuelle, mais qu'il est calculé en fonction d'une superficie

relation to an acreage of 162 acres, less than ten per cent of the acreage contained in the University Endowment Lands. The comparison is striking.

Apart from the substantial income earned from the \$10 million compensation package, the Band is also entitled to an annual rent adjusted on a 15-year renewal basis. I was told by counsel that the parties are negotiating for the fixing of an annual rent for the 15-year term beginning 1987. Failing agreement, the rent will be fixed by arbitration. Whatever be the amount fixed, it will accrue to the Band as an additional annual benefit.

These comments should not be construed as establishing that the Band members should be quite happy with what they have. I only need to state that, in my respectful view, the Band has not made out a case of unfairness deserving of special considerations and which would otherwise make its new action less abusive or more deserving of favourable treatment. I should find that in the measure possible in our adjudicative process whenever a court is called upon to deal with monetary compensation for financial grief or prejudice, the damage award appears to me, as it did to the Trial Judge and to the several judges of the Supreme Court of Canada, to be fair and reasonable.

I have not overlooked Band counsel's argument that the action raises new grounds of public law and public authority and that the Court is now invited to consider the surrender and the lease as being void *ab initio* on the strength of the Supreme Court of Canada judgment in *St. Ann's Fishing Club* case (*supra*), there can be no estoppel in the face of an express provision of a statute.

This might be true, as far as it goes. One recalls, however, that in that case, the *Indian Act* provided in clear terms that no Indian lands could be leased except under the authority of an Order in Council, a statutory disposition which has long since been amended. One also observes that the Court's decision was on the basis of an original action and not of a subsequent one.

de 162 acres, soit moins de dix pour cent de la superficie des terres de dotation de l'université. La comparaison est frappante.

En plus du revenu substantiel que lui rapporte l'indemnité de dix millions de dollars, la bande a également droit à un loyer annuel rajusté à chaque reconduction de 15 ans. Les avocats m'ont informé que les parties avaient entamé des négociations en vue de fixer un loyer annuel pour la reconduction de 15 ans commençant en 1987. À défaut d'entente, le loyer sera fixé par voie d'arbitrage. Quel que soit le montant fixé, il sera attribué à la bande à titre d'avantage annuel supplémentaire.

Je ne voudrais pas que l'on interprète mes commentaires comme une conclusion que les membres de la bande devraient être très heureux de ce qu'ils ont. Il suffira que j'affirme qu'à mon avis, la bande n'a pas établi qu'elle a subi une injustice qui mérite que l'on tienne compte de circonstances particulières et qui rendrait par ailleurs sa nouvelle action moins abusive ou ferait que cette dernière mérite davantage un traitement favorable. Je conclus que dans la mesure du possible, dans notre système juridictionnel, lorsqu'un tribunal est appelé à se pencher sur une indemnité pécuniaire pour un préjudice financier, j'estime, tout comme le juge de première instance et les juges de la Cour suprême du Canada, que le montant adjugé est juste et raisonnable.

Je n'ai pas oublié l'argument de l'avocat de la bande suivant lequel l'action soulève de nouveaux motifs de droit public et de pouvoir public et que la Cour est maintenant invitée à considérer la cession et le bail comme nuls *ab initio* en raison de l'arrêt *St. Ann's Fishing Club* (précité), dans lequel il a été décidé qu'on ne peut faire valoir d'*estoppel* à l'encontre d'une disposition expresse d'une loi.

C'est peut-être vrai, pour ce qui est de cela. On se rappellera cependant que dans cette affaire, la *Loi sur les Indiens* prévoyait en des termes explicites que les terres indiennes ne pouvaient être louées qu'en vertu d'un décret. Cette disposition législative a depuis longtemps été modifiée. On constate également que l'arrêt de la Cour était fondé sur une action initiale et non sur une action ultérieure.

I will concede that were the Court, in the face of an original action as is now framed, asked to strike it under Rule 419(1)(a) as disclosing no reasonable cause of action, the Court would have little hesitation in letting the action proceed. Such, however, is not the case before me and my disposition of the case is not on those grounds.

Furthermore, I am not satisfied that the issues raised in this action are new in the sense intended by Band's counsel. The whole of the previous action, in my view, constituted formalized debate on public law and public authority and was posited by the Band itself on the premiss that both the surrender and the resulting lease were valid, binding and enforceable instruments. Whether or not, had their validity been raised in the earlier action, the course of events would have been different, is not for me to decide. From my perspective, that issue can no longer be an issue deserving of the attention of the Court. Any interest one might have in it is now hypothesis, speculation and conjecture.

In my view, the action by the Band is, in all the circumstances which I have described, in the language of the law, an abuse of process and it should not be allowed to proceed. The statement of claim is therefore struck, with costs to the defendants if demanded.

J'admets que lorsqu'elle est saisie d'une action initiale qui est formulée comme la présente et qu'on lui demande de la radier en vertu de l'article 419(1)a des Règles au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action raisonnable, la Cour hésitera peu à entendre l'action. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce et ma décision ne repose pas sur de tels motifs.

En outre, je ne suis pas convaincu que les questions qui sont soulevées dans la présente action sont nouvelles au sens où l'entend l'avocat de la bande. Toute l'action précédente constituait, à mon sens, un débat formalisé sur le droit public et l'autorité publique et la bande elle-même fondait son action sur le postulat que la cession et le bail qui en avait résulté étaient tous les deux valides et exécutoires. Il ne m'appartient pas de décider si le cours des événements aurait été différent si leur validité avait été soulevée dans l'action précédente. À mon sens, cette question ne peut plus être un sujet qui mérite l'attention de la Cour. L'intérêt qu'on pourrait y avoir relève maintenant de l'hypothèse, de la spéculation et de la conjecture.

À mon avis, compte tenu de toutes les circonstances que j'ai exposées, l'action intentée par la bande constitue, pour reprendre les termes de la loi, un abus de procédure, et on ne devrait pas lui permettre d'être entendue. La déclaration est donc radiée, et les dépens seront adjugés aux défendeurs s'ils les réclament.