

T-2022-89

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

v.

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

T-1386-90

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

v.

Her Majesty the Queen in right of Canada (*Defendant*)

T-1254-92

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

v.

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

INDEXED AS: SAMSON INDIAN NATION AND BAND v. CANADA (T.D.)

Trial Division, MacKay J.—Calgary, December 14, 1995; Ottawa, March 20, 1996.

T-2022-89

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

c.

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

T-1386-90

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

c.

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

T-1254-92

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

c.

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

RÉPERTORIÉ: NATION ET BANDE DES INDIENS SAMSON c. CANADA (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge MacKay—Calgary, 14 décembre 1995; Ottawa, 20 mars 1996.

Practice — Privilege — Application of F.C.A. decision ([1995] 2 F.C. 762) on issue of privilege in breach of trust actions brought by Indian bands relating to Crown management of surrendered oil, gas resources and revenues derived therefrom — Production ordered of documents for which legal advice privilege claimed by Crown in light of trust-like relationship between Crown, plaintiffs where documents related to legal advice referring specifically to trust-related matters — Generic legal advice excluded — Onus in establishing document privileged — Sufficient details to be given in affidavit of documents to support privilege claim.

Crown — Trusts — Native peoples — Interest of plaintiffs as beneficiaries of specific trust-like arrangements with Crown warranting disclosure of any document in nature of legal advice received by Crown in administration of surrendered oil, gas resources in reserve lands.

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

Claims of privilege, on solicitor and client basis, were made with respect to documents covered by affidavits of documents filed in actions involving a variety of claims in regard to alleged wrongs by the Crown and its officers, extending over some 50 years, and continuing today. Their essential elements arise from the Crown's management and exploitation of oil and gas resources in reserve lands which the three bands surrendered to Her Majesty in the 1940's, from the Crown's management of the revenues derived therefrom, and from the Crown's funding of programs and services said by the plaintiffs to have been adversely affected because the plaintiff bands were perceived as having financial resources of their own.

Pratique — Communications privilégiées — Application d'une décision de la C.A.F. ([1995] 2 C.F. 762) sur une question de privilège dans le cadre d'actions pour violation d'obligations dans l'administration d'une fiducie intentées par les bandes indiennes relativement à la gestion par la Couronne de ressources de gaz et de pétrole qui lui avaient été cédées et de revenus tirés de ces ressources — Ordonnance de production des documents à l'égard desquels la Couronne invoquait le privilège des conseils juridiques, compte tenu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existait entre la Couronne et les demandeurs lorsque les documents renfermaient des conseils juridiques traitant précisément de questions touchant la fiducie — Conseils juridiques d'ordre général exclus de l'ordonnance — Fardeau de la preuve du caractère privilégié des documents — L'affidavit de document doit être suffisamment détaillé pour appuyer la revendication de privilège.

Couronne — Fiducies — Peuples autochtones — L'intérêt des demandeurs en qualité de bénéficiaires d'arrangements particuliers de nature fiduciaire passés avec la Couronne justifie la communication de tout document qui est de la nature de conseils juridiques reçus par la Couronne relativement à la gestion des ressources de gaz et de pétrole qui lui ont été cédées et qui sont situées sur les terres des réserves.

Peuples autochtones — Revendication d'un privilège par la Couronne dans le cadre d'actions pour violation d'obligations dans l'administration d'une fiducie intentées par les bandes indiennes relativement à la gestion par la Couronne de ressources de gaz et de pétrole qui lui ont été cédées et de revenus tirés de ces ressources — Ordonnance de production des documents à l'égard desquels le privilège des conseils juridiques était invoqué, compte tenu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existait entre la Couronne et les Indiens — Ordonnance de production des documents ayant trait aux programmes et services offerts sous l'égide de la Couronne, dans lesquels il est fait référence aux ressources minérales de pétrole et de gaz, ou aux ressources financières en provenant.

Un privilège a été revendiqué, sur la base procureur-client, au sujet des documents mentionnés dans des affidavits de documents déposés dans des actions comportant une série d'allégations concernant des fautes qu'auraient commises la Couronne et ses représentants, sur une période de plus de 50 ans, et qui se seraient perpétuées jusqu'à aujourd'hui. Leurs éléments essentiels portaient sur la gestion et l'exploitation par la Couronne des ressources de pétrole et de gaz situées sur les terres des réserves que les trois bandes ont cédées à Sa Majesté dans les années 1940, sur la gestion par la Couronne des revenus tirés de ces ressources, et sur le financement par la Couronne de programmes et de services, financement qui aurait été inférieur à ce qu'il aurait dû être, selon les demandeurs, du fait que la Couronne a supposé que les

The issues raised were: whether any documents claimed as privileged by the Crown should be ordered to be produced in light of the special trust-like relationship between the Crown and the plaintiffs; where the onus lay in establishing that a document was privileged and what information had to be provided as to each document in respect which a claim of privilege was asserted.

MacKay J. had made an order that all documents for which privilege was claimed, other than solicitor-client communications advising on this litigation, should be produced. The Court of Appeal varied that ruling by a decision reported at [1995] 2 F.C. 762. The plaintiffs read that decision as supporting substantial disclosure upon discovery of documents here classed as privileged legal advice because of the special trust-like relationship between the Crown and the plaintiffs which the decision recognizes. In the Crown's view there was no aspect of the relationship between the Crown and the plaintiffs that would warrant an order to produce any documents claimed as privileged. Both parties avoided defining any special trust-like arrangements here at issue.

The decision of the Court of Appeal warranted directions by this Court which took into account "the variation of a trust in Indian land" which the respective surrenders of mineral rights by the plaintiff bands to Her Majesty created. For discovery purposes, that particular trust-like arrangement may be taken as imposing upon the Crown responsibility to manage the assets surrendered, the mineral rights, and derivatives from them, for the benefit of the bands, who were the only beneficiaries of the Crown's management. So at least in relation to the Crown's discharge of its responsibilities in relation to these trust-like arrangements, legal advice sought and received by the Crown, in the administration and in carrying out its duties as "trustee", was advice in which the plaintiff bands and peoples have a joint interest, an interest which the Crown could not deny, and which no one else could claim, an interest akin to that of a beneficiary of a private trust. That interest warranted disclosure of any document in the nature of legal advice sought or received by the Crown concerning the administration of the assets, the management of revenues from their exploitation, or decisions on programs or services as those may have been affected by reference to the existence of the assets surrendered and the revenues derived from those assets.

bandes demandresses avaient des ressources financières personnelles.

Les questions en litige étaient les suivantes: les documents au sujet desquels la Couronne revendiquait un privilège devaient-ils être produits, compte tenu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existait entre la Couronne et les demandeurs; à quelle partie incombe la charge d'établir qu'un document est privilégié et quels renseignements devaient être communiqués pour chacun des documents à l'égard desquels un privilège était revendiqué.

Le juge MacKay avait ordonné que tous les documents à l'égard desquels un privilège avait été revendiqué soient produits, à l'exception des documents protégés par le privilège des communications entre avocat et client ayant pris la forme de conseils juridiques se rapportant à l'instance. La Cour d'appel a modifié cette décision dans un arrêt publié dans [1995] 2 C.F. 762. D'après les demandeurs, la décision de la Cour d'appel était favorable à l'étape de l'enquête préalable à une très large communication de documents, classés en l'espèce comme des conseils juridiques privilégiés à cause du rapport spécial de nature fiduciaire qui existait entre la Couronne et les demandeurs, et qui est reconnu dans la décision. De l'avis de la Couronne, aucun des aspects du rapport qui existait entre elle et les demandeurs ne justifiait une ordonnance de produire des documents à l'égard desquels un privilège était revendiqué. Les deux parties ont évité de définir les arrangements spéciaux de nature fiduciaire en cause.

La décision de la Cour d'appel justifiait que la présente Cour émette des directives qui tiennent compte de «la modification d'une fiducie visant des terres indiennes», qui a été créée par les cessions respectives des droits miniers des bandes demandresses à Sa Majesté. Pour répondre aux questions qui se posent au stade de l'enquête préalable, ces arrangements particuliers de nature fiduciaire peuvent être réputés mettre à la charge de la Couronne la responsabilité de gérer les biens cédés, les droits miniers et les revenus tirés de ces cessions et droits au profit des bandes, qui étaient les seuls bénéficiaires des activités de gestion de la Couronne. Pour ce qui a trait, à tout le moins, à l'exécution des responsabilités de la Couronne relativement à ces arrangements de nature fiduciaire, les conseils juridiques qu'elle a demandés et reçus dans l'administration et l'exécution de ses devoirs de «fiduciaire» étaient des conseils à l'égard desquels les bandes demandresses et leurs membres avaient un intérêt conjoint que la Couronne, à mon avis, ne pouvait nier et que personne d'autre ne pouvait revendiquer, c'est-à-dire un intérêt qui s'apparentait fort à celui du bénéficiaire d'une fiducie privée. Cet intérêt justifiait la communication de tout document qui était de la nature de conseils juridiques demandés ou reçus par la Couronne relativement à l'administration des biens, à la gestion des revenus tirés de leur exploitation ou aux décisions concernant des programmes et des services dont le financement a pu être

Where a document heretofore claimed as privileged referred only in part to the specific trust-like arrangements as defined above, this Court would order production of that part, severed from the rest of the document, unless the portion that would be produced was insignificant in the context of the issues raised in these cases.

Generic legal advice, not referable specifically to the plaintiff bands or the "assets" here surrendered or revenues derived therefrom, and legal advice with reference to some other band would not be affected by any direction hereby made. Disclosure was ordered only in relation to any document relating to legal advice that refers specifically to administration of the mineral assets surrendered or management of the moneys derived therefrom, or programs and services which were discussed with any reference to the oil and gas interests or the royalties derived therefrom administered for the benefit of the plaintiff bands under the trusts in Indian land resulting from the surrenders in 1946.

While it was true that the onus of proof is on the party claiming privilege, that onus is generally discharged by that party filing an affidavit that is sufficient in identifying the relevant documents and setting forth, for each document, the particular basis on which the claim of privilege rests. There was no ultimate onus on the defendant here claiming privilege to establish, in this case, reasons why a document so claimed was not to be assumed to be disclosed. There was no presumption favouring disclosure of any legal advice sought or received by the Crown arising from its general relationship with the plaintiffs. It was otherwise for documents ordered to be produced which were related to the special trust-like arrangements arising from the 1946 surrenders.

Finally, there was an issue as to the details of documents claimed as privileged which the Crown should be required to disclose. An affidavit of documents, or related affidavits, must provide sufficient factual basis for the specific claim of privilege, for each document, i.e., whether the party claiming privilege relies upon the litigation privilege where the dominant purpose of the document is related to litigation, actual or contemplated, or upon the legal advice privilege in that it is directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice within the continuum of communication in which the solicitor tenders advice. The information here provided by the Crown about documents claimed to be privileged met

inférieur à ce qu'il aurait dû être du fait de la valeur présumée des biens cédés et des revenus tirés de ces biens.

Lorsqu'un document à l'égard duquel un privilège était revendiqué ne référerait qu'en partie aux arrangements particuliers de nature fiduciaire définis ci-dessus, la Cour aurait ordonné la production de cette portion du document, à l'exclusion du reste, à moins que cette portion n'ait aucune importance dans le contexte des questions soulevées dans les actions.

La directive ne devait aucunement porter atteinte aux conseils juridiques de nature générale, qui ne pouvaient être associés précisément aux bandes demanderesse, aux «biens» cédés ou aux revenus tirés de ces biens, non plus qu'aux conseils juridiques faisant référence à toute autre bande. Ne devaient être communiqués que les documents renfermant des conseils juridiques traitant précisément de l'administration des ressources minérales cédées, ou de la gestion des fonds provenant de l'exploitation de ces ressources, ou de programmes et de services dont la mise en œuvre ou la prestation a été discutée au regard des droits pétroliers et gaziers ou des redevances perçues sur ces droits et qui étaient administrés au profit des bandes demanderesse en vertu des fiducies relatives à des terres indiennes découlant des cessions de 1946.

Il est vrai que la charge de la preuve incombe à la partie qui revendique le privilège. Toutefois, cette partie peut généralement s'en acquitter en déposant un affidavit qui décrit avec suffisamment de détails les documents pertinents et qui énonce, pour chaque document, le fondement particulier de la revendication. La défenderesse, qui revendiquait le privilège, n'était pas tenue, au bout du compte, d'établir les motifs pour lesquels il ne fallait pas présumer qu'un document visé par la revendication devait être communiqué. Il n'y avait pas de présomption qui favorisait la divulgation de conseils juridiques demandés ou reçus par la Couronne du fait de ses rapports généraux avec les demandeurs. Il en était autrement des documents dont la production a été ordonnée et qui avaient trait aux arrangements spéciaux de nature fiduciaire découlant des cessions de 1946.

Enfin, le tribunal devait trancher une question concernant les renseignements que la Couronne devait être tenue de fournir relativement à chaque document à l'égard duquel un privilège était revendiqué. Un affidavit de documents, ou des affidavits connexes, doivent fournir un fondement factuel suffisant pour justifier le privilège revendiqué à l'égard de chaque document, c'est-à-dire indiquer si la partie qui revendique le privilège s'appuie sur le privilège des communications préparées principalement en vue de la poursuite d'une instance en cours ou envisagée, ou sur le privilège des conseils juridiques en ce sens que ce document est directement lié à la demande, à la formulation ou à la prestation de conseils juridiques

the normal requirements, with the possible exception of setting out the basis for the claim of privilege for each document. The Crown was ordered to do so where it had not already been done. Should the plaintiffs question the privilege claimed for any document, the Court would examine it in light of the evidence, including the affidavits of documents or other supporting affidavits.

So that progress might be made even pending consideration by the parties of an appeal from this order, directions were issued that the parties consult with the Court in continuing pre-trial discussions about a) whether the defendants should be instructed to prepare a separate list to include all documents claimed to be privileged under the litigation privilege; b) whether the defendants should be instructed to prepare a separate list for documents thus far claimed under the legal advice privilege; c) whether the plaintiffs question the classification of documents by the Crown as irrelevant.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 39.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 448(5) (as am. by SOR/90-846, s. 15).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Creaser v. Warren and Warren* (1987), 77 N.S.R. (2d) 429; 36 D.L.R. (4th) 147; 191 A.P.R. 429 (C.A.); *Roy v. Krilow*, [1995] 7 W.W.R. 130; (1995), 29 Alta. L.R. (3d) 272; 36 C.P.C. (3d) 58 (Q.B.); *Visa International Service Assn. v. Block Brothers Realty Ltd.* (1983), 64 B.C.L.R. (2d) 390; 11 C.P.C. (3d) 147 (C.A.); *Woreta v. Chang* (1994), 156 A.R. 49; 26 C.P.C. (3d) 249 (Q.B.); *Walsh-Canadian Construction Company Limited v. Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 34; 61 A.P.R. 34; 9 C.P.C. 229 (S.C.).

dans le cadre d'une communication continue au cours de laquelle l'avocat fournit des conseils. Les renseignements fournis en l'espèce par la Couronne au sujet des documents à l'égard desquels un privilège était revendiqué répondaient aux exigences normales, à l'exception peut-être de la déclaration exposant le fondement de la revendication pour chacun d'eux. Le tribunal a ordonné à la Couronne de le faire si ce n'était déjà fait. Si les demandeurs contestaient le privilège revendiqué pour chaque document, la Cour examinerait ces documents au vu de la preuve, notamment au vu des affidavits de documents ou d'autres affidavits déposés à l'appui du privilège.

Pour faire avancer la situation, même avant l'expiration du délai d'appel, d'autres directives ont aussi été émises pour que les parties consultent la Cour au cours des entretiens préalables à l'instruction au sujet des points suivants: a) les défendeurs devaient-ils recevoir pour instructions de préparer une liste séparée qui inclurait tous les documents à l'égard desquels le privilège des communications liées à une instance était revendiqué; b) les défendeurs devaient-ils recevoir pour instructions de préparer une liste séparée pour les documents à l'égard desquels ils avaient revendiqué jusqu'alors le privilège des conseils juridiques; c) les demandeurs contestaient-ils l'allégation de non-pertinence avancée par la Couronne.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 448(5) (mod. par DORS/90-846, art. 15).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Solosky c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; 70 C.C.C. (2d) 385; 28 C.R. (3d) 289; 1 C.R.R. 318; 44 N.R. 462; *Creaser v. Warren and Warren* (1987), 77 N.S.R. (2d) 429; 36 D.L.R. (4th) 147; 191 A.P.R. 429 (C.A.); *Roy v. Krilow*, [1995] 7 W.W.R. 130; (1995), 29 Alta. L.R. (3d) 272; 36 C.P.C. (3d) 58 (B.R.); *Visa International Service Assn. v. Block Brothers Realty Ltd.* (1983), 64 B.C.L.R. (2d) 390; 11 C.P.C. (3d) 147 (C.A.); *Woreta v. Chang* (1994), 156 A.R. 49; 26 C.P.C. (3d) 249 (B.R.); *Walsh-Canadian Construction Company Limited v. Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 34; 61 A.P.R. 34; 9 C.P.C. 229 (C.S.).

CONSIDERED:

Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer) (1993), 135 A.R. 363; [1993] 5 W.W.R. 710; 8 Alta. L.R. (3d) 429; 15 C.P.C. (3d) 331; 33 W.A.C. 363 (C.A.).

REFERRED TO:

Delta Electric Co. Ltd. v. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Limited and Morden & Helwig Limited (1984), 53 N.B.R. (2d) 406; 138 A.P.R. 406 (Q.B.); *Stamper v. Finnigan, Via Rail Canada Inc., Canadian National Railway Company and New Brunswick* (1984), 57 N.B.R. (2d) 411; 148 A.P.R. 411; 1 C.P.C. (2d) 175 (Q.B.); *Procter & Gamble Co. v. Nabisco Brands Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 570; 97 N.R. 379 (F.C.A.).

ORDER with directions for dealing with the defendants' claims of privilege, on solicitor and client basis, for documents covered by affidavits of documents filed in three actions by the plaintiff Indian bands against the Crown, in application of a Court of Appeal decision herein (*Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; 184 N.R. 139 (C.A.); varg *Buffalo et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.* (1994), 86 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)).

COUNSEL:

James A. O'Reilly, François Joyal, Edward H. Molstad, Q.C. and Judy D. MacLachlan for plaintiff Samson Band.
L. Leighton Decore for plaintiff Enoch Band.

Malcolm O. Maclean for plaintiff Ermineskin Band.

Alan D. Macleod, Q.C., Mary E. Comeau, Cara Stelmack and Barbara S. Ritzen for defendants.

SOLICITORS:

O'Reilly & Associés, Montréal, Parlee & McLaws, Edmonton and Rae & Company, Calgary, for plaintiff Samson Band.

DÉCISION EXAMINÉE:

Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer) (1993), 135 A.R. 363; [1993] 5 W.W.R. 710; 8 Alta. L.R. (3d) 429; 15 C.P.C. (3d) 331; 33 W.A.C. 363 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Delta Electric Co. Ltd. v. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Limited and Morden & Helwig Limited (1984), 53 N.B.R. (2d) 406; 138 A.P.R. 406 (B.R.); *Stamper v. Finnigan, Via Rail Canada Inc., Canadian National Railway Company and New Brunswick* (1984), 57 N.B.R. (2d) 411; 148 A.P.R. 411; 1 C.P.C. (2d) 175 (B.R.); *Procter & Gamble Co. c. Nabisco Brands Ltd.* (1989), 24 C.P.R. (3d) 570; 97 N.R. 379 (C.A.F.).

ORDONNANCE accompagnée de directives en vue de régler le privilège revendiqué par les défendeurs, sur la base procureur-client, au sujet des documents mentionnés dans des affidavits de documents déposés dans trois actions intentées par les bandes indiennes demanderesse contre la Couronne, en application d'une décision de la Cour d'appel (*Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762; (1995), 125 D.L.R. (4th) 294; 184 N.R. 139 (C.A.); modifiant *Buffalo et al. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) et al.* (1994), 86 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.)).

AVOCATS:

James A. O'Reilly, François Joyal, Edward H. Molstad, c.r. et Judy D. MacLachlan pour la Bande des Indiens Samson, demanderesse.
L. Leighton Decore pour la Bande des Indiens Enoch, demanderesse.

Malcolm O. Maclean pour la Bande des Indiens Ermineskin, demanderesse.

Alan D. Macleod, c.r., Mary E. Comeau, Cara Stelmack et Barbara S. Ritzen pour les défendeurs.

PROCUREURS:

O'Reilly & Associés, Montréal, Parlee & McLaws, Edmonton et Rae & Company, Calgary, pour la Bande des Indiens Samson, demanderesse.

Biamonte, Cairo & Shortreed, Edmonton, for plaintiff Enoch Band.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, for plaintiff Ermineskin Band.

Macleod Dixon, Calgary and *Deputy Attorney General of Canada* for defendants Her Majesty the Queen and other defendants in all three actions.

The following are the reasons for order rendered in English by

1 MACKAY J.: These reasons concern an order now issued with directions for dealing with the defendants' claims of privilege, on solicitor and client basis, for documents included in affidavits of documents filed in these three actions. The actions are ordered to be heard together, with trial scheduled to commence in the spring of 1997 and pre-trial preparations are coordinated in case management.

2 These actions include a variety of claims in regard to alleged wrongs by the Crown and its officers, extending over some 50 years, and continuing today. At the risk of oversimplifying the actions, their essential elements may be said to arise from the Crown's management and exploitation of oil and gas resources in reserve lands which the three bands surrendered to Her Majesty in the mid 1940's, from the Crown's management of moneys derived as royalties or other revenues from leases or sales of oil and gas resources surrendered, and from the Crown's funding of programs and services said by the plaintiffs to have been adversely affected because the plaintiff bands were perceived as having financial resources of their own.

Document production and claims of privilege

3 The claims for privilege were first made in initial affidavits of documents filed in accord with court

Biamonte, Cairo & Shortreed, Edmonton, pour la Bande des Indiens Enoch, demanderesse.

Blake, Cassels & Graydon, Vancouver, pour la Bande des Indiens Ermineskin, demanderesse.

Macleod Dixon, Calgary, et le *sous-procureur général du Canada* pour Sa Majesté la Reine et les autres défendeurs dans les trois actions.

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

1 LE JUGE MACKAY: Les présents motifs ont trait à une ordonnance maintenant émise et assortie de directives en vue de régler le privilège revendiqué par les défendeurs, sur la base procureur-client, au sujet des documents mentionnés dans des affidavits de documents déposés dans les trois actions. Les actions seront entendues conjointement, l'ouverture de l'instruction étant prévue pour le printemps de 1997, et sa préparation étant coordonnée par les responsables de la gestion des cas.

2 Ces actions comportent toute une série d'allégations concernant des fautes qu'auraient commises la Couronne et ses représentants, sur une période de plus de 50 ans, et qui se seraient perpétuées jusqu'à aujourd'hui. Au risque de simplifier à l'excès les actions, disons que leurs éléments essentiels portent sur la gestion et l'exploitation par la Couronne des ressources de pétrole et de gaz situées sur les terres des réserves que les trois bandes ont cédées à Sa Majesté au milieu des années 1940, sur la gestion par la Couronne des fonds perçus sous forme de redevances ou d'autres revenus tirés de la location ou de la vente des ressources de pétrole et de gaz ainsi cédées, et sur le financement par la Couronne de programmes et de services, financement qui aurait été inférieur à ce qu'il aurait dû être, selon les demandeurs, du fait que la Couronne a supposé que les bandes demanderesse avaient des ressources financières personnelles.

Production de documents et revendication de privilège

3 Le privilège a d'abord été revendiqué dans les premiers affidavits de documents déposés conformé-

directions on March 3, 1994, relating to money management issues, on March 30, 1994, relating to oil and gas issues, and on June 15, 1994, in relation to programs and services issues.

4 Thereafter the parties were unable to resolve differences between them about production of documents and issues of privilege, among other issues arising in regard to the affidavits of documents filed by the defendants (hereinafter referred to primarily as the "Crown"). After hearing counsel for the parties in all three actions, on September 9, 1994 I ordered that, in the circumstances of this case, all documents claimed as privileged should be produced, except those arising from solicitor and client communications constituting advice with reference to this particular litigation.¹

5 The Court of Appeal varied that ruling,² allowing an appeal by the Crown. In effect, solicitor and client privilege in relation to documents is to be recognized for all communications between solicitor and client, or with third parties, the dominant purpose of which is related to existing or contemplated litigation, under the so-called litigation privilege. It is also to be recognized in relation to solicitor and client communications directly concerned with seeking, formulating or giving legal advice, under the so-called legal advice privilege, with some possible exception in the special circumstances of this case. I say with possible exception in this case because the parties here do not agree on the interpretation or application of the decision of the Court of Appeal, a matter to which we shall return. The order, as varied on appeal, directed the filing of an amended affidavit of documents identifying in separate lists, Schedules IIC and IIE, described as follows:

Schedule IIC— Documents for which solicitor and client privilege is claimed on the ground they

ment aux directives de la Cour émises le 3 mars 1994 pour les questions relatives à la gestion des fonds, le 30 mars 1994 pour les questions touchant les ressources de pétrole et de gaz, et le 15 juin 1994 pour ce qui a trait aux programmes et services.

4 Par la suite, les parties n'ont pas réussi à régler leurs différends concernant, notamment, la production des documents et les questions de privilège invoquées au sujet des affidavits de documents déposés par les défendeurs (ci-après collectivement appelés la «Couronne»). Après avoir entendu les avocats des parties dans les trois actions, le 9 septembre 1994, j'ai ordonné que, compte tenu des circonstances de l'espèce, tous les documents à l'égard desquels un privilège avait été revendiqué soient produits, à l'exception des documents protégés par le privilège des communications entre avocat et client ayant pris la forme de conseils juridiques se rapportant à la présente instance¹.

5 La Cour d'appel a modifié cette décision² en accueillant un appel interjeté par la Couronne. En fait, le privilège des communications entre avocat et client applicable à des documents doit être reconnu pour toutes les communications entre un avocat et son client ou des tiers faites principalement dans le cadre de la préparation d'une instance en cours ou envisagée, en vertu du privilège des communications liées à une instance. Ce privilège est aussi reconnu pour toutes les communications entre un avocat et son client qui sont directement liées à la demande, à la formulation ou à la prestation de conseils juridiques, en vertu du privilège des conseils juridiques, sous réserve, peut-être, d'une exception dans les circonstances particulières de l'espèce. J'insiste sur le mot «peut-être» parce que les parties ne s'entendent pas sur l'interprétation ou l'application de la décision de la Cour d'appel, point sur lequel nous reviendrons ci-dessous. L'ordonnance, modifiée en appel, enjoignait à la Couronne de déposer un affidavit de documents modifié dressant des listes séparées, sous les annexes IIC et IIE, des documents indiqués ci-dessous:

Annexe IIC— Les documents à l'égard desquels on revendique le privilège des communications entre

were initiated for the dominant purpose of the conduct of litigation. If there is any question or dispute the Court will examine the documents and rule in each case whether it is privileged or is to be produced.

Schedule IIE— Documents for which the defendants claim solicitor and client privilege on the ground that they are protected by the legal advice privilege. If there is any question or dispute the Court will examine the documents and rule in each case, in light of the unique status of the Crown as “trustee” and in light of the unique relationship between the Crown and the Indians, whether it is privileged or is to be produced.

6 I complete the description of document production in these actions. The Crown’s document production process, which is ongoing, resulted in production of some documents not listed at the time in an affidavit of documents filed in the Court. It also resulted, in accord with orders of the Court, in the filing of additional affidavits. Thus an amended affidavit of documents was filed on October 20, 1994, which, as directed, included only those documents earlier listed, or subsequently produced, and claimed as privileged. The original order directed the documents be listed in separate schedules, including IIC for documents claimed under the litigation privilege for this litigation, and IIE for documents claimed under the legal advice privilege. The schedules IIC and IIE filed with the affidavit in October 1994 were made prior to the decision of the Court of Appeal, earlier referred to, which amended this Court’s order as we have seen. So far as I am aware, no amended Schedules IIC and IIE, as varied by the order of the Court of Appeal, have yet been filed.

7 One class of documents directed to be separately listed with the affidavit of October 20, 1994, was those claimed as immune from disclosure by virtue

client et avocat au motif qu’ils ont été préparés principalement en vue de la poursuite d’une instance. Si une question ou un différend surgit, la Cour examinera chaque document et décidera s’il est protégé ou s’il doit être produit.

Annexe IIE— Les documents à l’égard desquels les défendeurs revendiquent le privilège des communications entre avocat et client au motif qu’ils sont protégés par le privilège des conseils juridiques. Si une question ou un différend surgit, la Cour examinera chaque document et elle tiendra compte du statut unique de la Couronne en sa qualité de «fiduciaire» et du rapport unique existant entre la Couronne et les Indiens pour décider s’il est protégé ou s’il doit être produit.

6 Je complète la description des documents dont la production est demandée dans les actions. Dans le cadre de la procédure continue de production de documents par la Couronne, certains documents qui ne figuraient pas à ce moment-là dans un affidavit de documents déposé à la Cour ont été produits. De même, conformément à des ordonnances de la Cour, d’autres affidavits ont été déposés. Ainsi, un affidavit de documents modifié a été déposé le 20 octobre 1994 et, selon les directives de la Cour, ne comprenait que les documents dont la liste avait été dressée antérieurement, ou qui avaient été produits subséquemment, et à l’égard desquels un privilège avait été revendiqué. L’ordonnance initiale enjoignait à la Couronne de dresser des listes séparées des documents, notamment l’annexe IIC pour les documents protégés par le privilège des communications liées à une instance aux fins de la préparation de la présente instance, et l’annexe IIE pour les documents protégés par le privilège des conseils juridiques. Les annexes IIC et IIE déposées en même temps que l’affidavit d’octobre 1994 ont été établies avant la décision de la Cour d’appel, dont il a été question ci-dessus, et qui a modifié l’ordonnance émise antérieurement par la présente Cour, comme nous l’avons vu. Pour autant que je sache, les annexes IIC et IIE, modifiées selon les directives de la Cour d’appel, n’ont pas encore été déposées.

7 Une des catégories de documents dont la liste devait être dressée séparément et produite avec l’affidavit du 20 octobre 1994, concernait des docu-

of section 39 of the *Canada Evidence Act*³ and a certificate under that provision was filed December 16, 1994. That certificate has been the subject of a separate motion, argument, and ruling.

8 Finally, I note that on or about December 15, 1995, further affidavits of documents were filed by all parties in accord with directions of the Court. The schedules of those affidavits, particularly those on behalf of the Crown, are quite voluminous. That did not complete the defendants' document production, which continues.

9 With the original affidavits filed in May and June, 1994, an estimated 1,000 or more documents were listed as privileged. Most of those, identified by counsel for the Crown as consisting of documents from legal files relating to communications between solicitors in the Department of Justice or elsewhere and officers of the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), or other departments, were classed as privileged by the Crown without further examination or review. Subsequently, when they were reviewed by counsel for the Crown, it was claimed that many of those originally listed related to matters other than the issues raised in these action, and were thus irrelevant. About half of the documents originally classed as privileged in the original affidavits are so described, that is, they are said to be irrelevant in these actions, in one of the separate schedules with the amended affidavit filed October 20, 1994. That still leaves a substantial number of documents listed by the affidavit of October 20, 1994, as relevant, privileged and not revealed already to the plaintiffs, and not claimed as immune from disclosure under section 39 of the *Canada Evidence Act*. The supplementary affidavit of documents filed in mid-December 1995, by the Crown, includes many more documents claimed as privileged.

ments dont la Cour ne pouvait contraindre la production aux termes de l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*³ et une attestation établie en vertu de cet article a été déposée le 16 décembre 1994. Cette attestation a fait l'objet d'une requête, de plaidoiries et d'une décision distinctes.

8 Finalement, je note que le ou vers le 15 décembre 1995, d'autres affidavits de documents ont été déposés par toutes les parties conformément aux directives de la Cour. Les annexes jointes à ces affidavits, particulièrement celles déposées au nom de la Couronne, sont assez volumineuses. Cela n'a pas mis fin pour autant à la production des documents par la Couronne, qui se poursuit toujours.

9 Dans les premiers affidavits déposés en mai et juin 1994, un privilège était revendiqué pour au moins 1 000 documents. La plupart de ces documents, que l'avocat de la Couronne décrit comme des documents tirés des dossiers juridiques ayant trait à des communications entre les avocats du ministère de la Justice ou d'ailleurs et les responsables du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) ou d'autres ministères, ont été classés comme privilégiés par la Couronne sans autre forme d'examen ou d'analyse. Par la suite, après les avoir passés en revue, l'avocat de la Couronne a fait valoir que bon nombre des documents figurant dans les listes originales portaient sur des questions étrangères aux questions soulevées dans les présentes actions et qu'ils n'avaient donc aucune pertinence en l'espèce. Près de la moitié des documents classés comme privilégiés dans les premiers affidavits sont ainsi décrits, c'est-à-dire qu'ils n'auraient rien à voir avec les présentes actions, dans l'une des annexes séparées jointes à l'affidavit modifié déposé le 20 octobre 1994. Il reste néanmoins dans l'affidavit du 20 octobre 1994 un bon nombre de documents pertinents et privilégiés qui n'ont pas encore été communiqués aux demandeurs, et qui ne sont pas assujettis à l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'affidavit de documents supplémentaire déposé à la mi-décembre 1995 par la Couronne mentionne bon nombre d'autres documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué.

10 This Court has indicated that if there is dispute about the relevance of a document originally listed as privileged and later claimed by the Crown as irrelevant to the issues here, the Court will examine the document and resolve the matter. In the same way the Court recognizes the responsibility noted by the Court of Appeal,⁴ as earlier set out by Dickson J., as he then was, in *Solosky v. The Queen*,⁵ that “privilege can only be claimed document by document”. Where there is dispute about a claim of privilege the Court can only recognize the privilege claimed after examining the document or documents in dispute.

11 There is no real difference in principle between the parties in relation to claims of privilege for documents relating to communications between solicitor and client concerning litigation or contemplated litigation. The only difference may be in regard to the descriptive detail the Crown should be directed to disclose to provide for the plaintiffs a basis for assessing whether a claim of privilege on this ground should be challenged. The descriptive detail may provide the Court some basis for declining to examine documents if any challenge to a claim for litigation privilege appears unwarranted, or if a challenge should warrant examination of a document, then the affidavit setting out the basic claim of litigation privilege is a matter of evidence for the Court’s consideration in assessing if the document is to be treated as privileged.⁶ Since the range of information to be provided for each document claimed as privileged is a matter of dispute I propose to deal with this after referring to the decision of the Court of Appeal on the matter of privilege in this case.

The issues

12 The parties raise three basic issues in argument about the implications of the decision of the Court of Appeal. These are, first, whether any documents

La Cour a indiqué que, si les parties ne s’entendent pas sur la pertinence d’un document initialement classé comme privilégié et ensuite écarté par la Couronne comme n’étant pas pertinent aux questions soulevées en l’espèce, elle examinera le document et tranchera la question. De la même façon, la Cour reconnaît la responsabilité mentionnée par la Cour d’appel⁴, dont le principe a été énoncé par le juge Dickson, alors juge puîné, dans l’arrêt *Solosky c. La Reine*⁵, selon laquelle «de privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement». En cas de différend au sujet d’une revendication de privilège, la Cour ne peut reconnaître le privilège invoqué qu’après avoir examiné le ou les documents en question.

11 Il n’y a pas de véritable divergence de principe entre les parties au sujet du privilège revendiqué pour les documents ayant trait aux communications entre avocat et client dans le cadre de la préparation d’une instance en cours ou envisagée. La seule différence se trouve peut-être dans les renseignements descriptifs que la Couronne devrait être tenue de communiquer aux demandeurs pour leur permettre d’évaluer s’il y a lieu de contester le privilège ainsi revendiqué. Ces renseignements descriptifs pourraient fonder jusqu’à un certain point le refus de la Cour d’examiner des documents s’il lui semble qu’une contestation du privilège des communications liées à une instance n’est pas justifiée, ou alors, si une telle contestation justifie l’examen du document, l’affidavit énonçant le fondement du privilège des communications liées à une instance constituerait un élément de preuve dont la Cour pourrait tenir compte pour déterminer si le document doit être considéré comme privilégié⁶. Étant donné que le détail des renseignements à fournir pour chacun des documents à l’égard desquels le privilège est revendiqué fait partie des points en litige, je me propose d’en traiter après avoir fait référence à la décision de la Cour d’appel au sujet du privilège invoqué en l’espèce.

Les questions en litige

12 Les parties soulèvent trois questions fondamentales au sujet des répercussions de la décision de la Cour d’appel. Elles se demandent, premièrement, si

claimed as privileged by the Crown should be ordered to be produced in light of the special trust-like relationship of the Crown to the plaintiffs; second, where the onus lies in establishing that a document is privileged; and third, what information is to be provided in this case in the list of privileged documents about each one so claimed.

The decision of the Court of Appeal

13 In its decision the Court of Appeal stated, in part:⁷

... before us, the respondents, while obviously supporting the order of the Motions Judge, did so essentially on the basis of the “trust principle”.

In order for the trust principle to apply at the discovery stage of an action for breach of duty in the administration of a trust, two conditions, in our view, must be fulfilled: the alleged trust relationship must be established on a *prima facie* basis, and the documents allegedly belonging to the beneficiaries must be documents obtained or prepared by the trustee in the administration of the trust and in the course of the trustee carrying out his duties as trustee. We have here little concern with respect to the first condition. Our concern is, rather, with the second one.

We are prepared, because of the very special relationship between the Crown and the Indians (see *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, and because the Crown is to be held to “a high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal peoples of Canada as suggested by *Guerin et al. v. The Queen et al.*” (see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1109), to accept that whatever may be the precise nature of the relationship between the Crown and the Indians, it would *prima facie* qualify as a trust-type relationship for the purposes of the application of the trust principle at the discovery stage.

That being said, however, it does not necessarily flow that the rules and practices developed with respect to private trusts apply automatically to Crown “trusts” such as those alleged in the present proceedings.

The basis of the trust principle, as appears from Mr. Justice Lederman’s reasons in *Re Ballard Estate*, is the assumption, in cases of private trusts, that legal advice sought by the trustee belongs to the beneficiaries “because

les documents au sujet desquels la Couronne revendique un privilège doivent être produits au vu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existe entre la Couronne et les demandeurs; deuxièmement, à quelle partie incombe la charge d’établir qu’un document est privilégié; et troisièmement, quels renseignements doivent être communiqués en l’espèce pour chacun des documents énumérés dans la liste des documents à l’égard desquels un privilège a été revendiqué.

La décision de la Cour d’appel

Dans sa décision, la Cour d’appel déclare en 13 partie ce qui suit⁷:

De fait, devant nous, les intimés qui appuient l’ordonnance du juge des requêtes l’ont défendue essentiellement en invoquant le «principe de la fiducie».

Selon nous, le principe de la fiducie ne peut s’appliquer au stade de l’enquête préalable, dans une action pour violation d’une obligation dans l’administration d’une fiducie, que si deux conditions sont respectées: le prétendu rapport fiduciaire doit être établi à première vue et les documents qui appartiendraient aux bénéficiaires doivent être des documents obtenus ou préparés par le fiduciaire dans l’administration de la fiducie et dans le cours de l’exécution de ses devoirs de fiduciaire. En l’espèce, la première condition ne pose pas vraiment de problème. C’est plutôt la deuxième qui nous préoccupe.

Compte tenu du rapport très particulier qui lie la Couronne aux Indiens (voir: *Guerin et autres c. La Reine et autres*, [1984] 2 R.C.S. 335) et du fait que la Couronne doit être tenue au respect «d’une norme élevée—celle d’agir honorablement—dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada, comme le laisse entendre l’arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autres*» (voir: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1109), nous sommes disposés à reconnaître que, peu importe la nature exacte du rapport existant entre la Couronne et les Indiens, il pourrait être considéré à première vue comme un rapport de nature fiduciaire aux fins de l’application du principe de la fiducie à l’étape de l’enquête préalable.

Cela dit, il ne s’ensuit toutefois pas que les règles et les pratiques établies relativement aux fiducies privées s’appliquent automatiquement aux «fiducies» de la Couronne, telle celle alléguée en l’espèce.

Si l’on se reporte aux motifs du juge Lederman dans l’affaire *Re Ballard Estate*, le fondement du principe de la fiducie est la présupposition, dans le cas des fiducies privées, que les conseils juridiques demandés par le fidu-

the very reason that the solicitor was engaged and advice taken by the trustees was for the due administration of the estate and for the benefit of all beneficiaries who take or may take under the will or trust" ([*Ballard Estate* (1994), 20 O.R. (3d) 350 (Gen. Div.)], *supra*, . . . at p. 353).

That assumption cannot be applied to Crown "trusts". The Crown can be no ordinary "trustee". It wears many hats and represents many interests, some of which cannot but be conflicting. It acts not only on behalf or in the interest of the Indians, but it is also accountable to the whole Canadian population. It is engaged in many regards in continuous litigation. It has always to think in terms of present and future legal and constitutional negotiations, be they with the Indians or with the provincial governments, which negotiations, it might be argued, can be equated in these days and ages with continuous litigation. Legal advice may well not have been sought or obtained for the exclusive or dominant benefit of the Indians, let alone that of the three bands involved in these proceedings. Legal advice may well relate to policy decisions in a wide variety of areas which have nothing or little to do with the administration of the "trusts". It is doubtful that payment of the legal opinions given to the Crown is made out of the "private" funds of the "trusts" it administers. . . .

There being many possible "clients" or "beneficiaries", there being many possible reasons for which the Crown sought legal advice, there being many possible effects in a wide variety of areas deriving from the legal advice sought, it is simply not possible at this stage to assume in a general way that all documents at issue, in whole and in part, are documents which were obtained or prepared by the Crown in the administration of the specific "trusts" alleged by the respondents and in the course of the Crown carrying out its duties as "trustee" for the respondents.

As noted by Dickson J. (as he then was) in *Solosky* (*supra* [[1980] 1 S.C.R. 821], at p. 837), "privilege can only be claimed document by document". We have not seen the documents at issue; we do not know what argument nor what line of argument, if any, may be developed by the parties with respect to each of the documents and, eventually, to a class of them. Furthermore, we cannot rely on any practical precedent in the case law, for this is an approach to the law of privilege which is peculiar to the yet unsettled relationship between the Crown and the Indians. It is not possible in the abstract to resolve the conflict between the alleged right of the Crown to privilege and the alleged right of the respondents to disclosure

clair appartiennent aux bénéficiaires «parce que la véritable raison pour laquelle les services de l'avocat ont été retenus et ses conseils ont été reçus par les fiduciaires était la bonne administration de la succession, dans l'intérêt de tous les bénéficiaires qui bénéficient ou peuvent bénéficier du testament ou de la fiducie.» ([*Re Ballard Estate* (1994), 20 O.R. (3d) 350 (Div. gén.)], *supra*, . . . à la p. 353)

Cette présupposition ne peut s'appliquer aux «fiducies» de la Couronne. La Couronne ne saurait être un «fiduciaire» ordinaire. Elle agit à plusieurs titres et elle représente de nombreux intérêts, dont certains sont nécessairement opposés. Non seulement agit-elle au nom ou dans l'intérêt des Indiens, mais encore doit-elle rendre compte à l'ensemble de la population canadienne. Elle participe, à de nombreux égards, à des litiges en instance. Elle doit toujours tenir compte des négociations juridiques et constitutionnelles en cours et à venir, avec les Indiens ou avec les gouvernements provinciaux, et on peut soutenir que ces négociations peuvent, à notre époque, être assimilées à des litiges en instance. Les conseils juridiques en cause peuvent très bien ne pas avoir été demandés, ni obtenus, dans l'intérêt exclusif ou principal des Indiens, et encore moins dans celui des trois bandes qui sont parties à l'instance. Il se peut très bien que ces conseils juridiques soient liés à des décisions en matière de politique, dans une grande diversité de secteurs qui n'ont que peu ou pas de liens avec l'administration des «fiducies». Il est peu probable que le paiement des opinions juridiques données à la Couronne ait été prélevé sur les fonds «privés» des «fiducies» qu'elle administre. . . .

Compte tenu des nombreux «clients» ou «bénéficiaires» possibles, des nombreux motifs pour lesquels la Couronne a pu demander des conseils juridiques, des nombreux effets possibles, dans une grande variété de secteurs, des conseils juridiques obtenus, il est tout simplement impossible à ce stade de l'instance de présumer de façon générale que tous les documents en cause sont, en tout ou en partie, des documents qui ont été obtenus ou préparés par la Couronne dans l'administration des «fiducies» particulières alléguées par les intimés et dans l'exécution, par la Couronne, de ses devoirs de «fiduciaire» au profit des intimés.

Comme l'a précisé le juge Dickson (alors juge puîné) dans *Solosky* (*supra* [[1980] 1 R.C.S. 821], à la p. 837), «le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement». Nous n'avons pas vu les documents en cause; nous ne connaissons pas la plaidoirie, ni l'orientation de la plaidoirie que les parties pourraient élaborer, le cas échéant, relativement à chaque document et, peut-être, à une catégorie de documents. De plus, nous ne pouvons nous en remettre en pratique à aucun précédent, car la façon d'aborder le droit des privilèges en l'espèce est particulière aux rapports entre les Indiens et la Couronne, dont la nature n'a pas encore été établie. Il n'est pas possible de trancher hors contexte le conflit qui

otherwise than in the manner suggested by the Supreme Court in *Descôteaux* (*supra* [*Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860]), i.e. in favour of protecting privilege.

It would be ill-advised for a court of appeal, in the circumstances, to blindly order the production by the Crown of the documents listed in class E, albeit in the presence of a confidentiality order. We would rather err on the side of caution, particularly so when one considers that the respondents will have the opportunity before a motions judge to challenge the claim of privilege document by document.

The Court then set out the amended terms for Schedules IIC and IIE of the order earlier issued.

The position of the parties

- 14 For the plaintiffs, in reliance upon the first portion of that passage in the decision of the Court, in particular the first four paragraphs, it is urged that the Court of Appeal recognizes the trust-like relationship between the Crown and the plaintiffs as Indian peoples and bands, and that because of the relationship the Crown is bound by fiduciary duties like those of a trustee when it acts in the administration and discharge of those duties, in the interests of the plaintiffs as beneficiaries. The plaintiffs, it is urged, have a shared or joint interest in legal advice sought by or given to the Crown in the discharge of its fiduciary duties for the benefit of the plaintiffs. Legal advice to the defendants cannot be privileged in these circumstances it is urged.

- 15 That position is said to be strengthened by the decision of the Supreme Court of Canada rendered in *Apsassin*⁸ on the day this matter was argued. In that case Mr. Justice Gonthier, speaking for the majority, with La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. concurring, said in part,⁹ in relation to a 1945 surrender of Indian reserve lands to the Crown:

oppose le prétendu droit de la Couronne à un privilège et le prétendu droit des intimés à la divulgation, si ce n'est conformément à l'arrêt *Descôteaux* (*supra* [*Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860]) de la Cour suprême, c'est-à-dire en faveur du respect du privilège.

Malgré l'existence d'une ordonnance de confidentialité, une cour d'appel serait mal avisée d'ordonner aveuglément, dans les circonstances, la production par la Couronne des documents énumérés dans la catégorie E. Nous préférons pécher par excès de prudence, plus particulièrement si l'on tient compte que les intimés auront la possibilité de contester la revendication du privilège pour chaque document pris individuellement devant un juge des requêtes.

La Cour énonce ensuite les conditions modifiées relativement aux annexes IIC et IIE de l'ordonnance antérieure.

La position des parties

- 14 Au nom des demandeurs, on fait valoir, en s'appuyant sur la première partie de ce passage de la décision de la Cour, plus particulièrement les quatre premiers paragraphes, que la Cour d'appel reconnaît le rapport de nature fiduciaire qui existe entre la Couronne et les demandeurs en tant que peuples autochtones et bandes indiennes, et qu'en raison de ce rapport la Couronne est liée par des obligations fiduciaires semblables à celles qui incombent à un fiduciaire dans l'administration de la fiducie et dans le cours de l'exécution de ses devoirs dans l'intérêt des demandeurs qui en sont les bénéficiaires. Les demandeurs prétendent avoir un intérêt conjoint avec la Couronne pour ce qui concerne les conseils juridiques qu'elle a demandés ou qui lui ont été fournis dans l'exécution des ses devoirs de fiduciaire au profit des demandeurs. Un privilège ne peut donc être revendiqué à l'égard de ces conseils juridiques donnés aux défendeurs.

- 15 Selon les demandeurs, cette position est renforcée par la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Apsassin*⁸ le jour même où cette question a été débattue. Dans cet arrêt, le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la majorité, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka souscrivant à ses motifs, déclare⁹ en partie ce qui suit, relativement à la cession des terres des réserves indiennes à la Couronne en 1945:

The Band understood that by agreeing to the 1945 surrender, they would be transferring all their rights in I.R. 172 to the Crown in trust, and that the Crown would either sell or lease those rights for the benefit of the Band.

He found that mineral rights were included in the surrender and continued, (with the emphasis here, by underlining, reproduced from the text published by the Supreme Court on December 14, 1995):

... I think that the true nature of the 1945 dealings can best be characterized as a variation of a trust in Indian land. In 1940, the Band transferred the mineral rights in I.R. 172 to the Crown in trust, requiring the Crown to lease those rights for the benefit of the Band. The 1945 agreement was also framed as a trust, in which the Band surrendered all of its rights over I.R. 172 to the Crown "to sell or lease". The 1945 agreement subsumed the 1940 agreement, and expanded upon it in two ways: first, while the 1940 surrender concerned mineral rights only, the 1945 surrender covered all rights in I.R. 172, including both mineral rights and surface rights; and second, while the 1940 surrender constituted a trust "for lease", the 1945 surrender gave the Crown, as trustee, the discretion "to sell or lease". This two-pronged variation of the 1940 trust agreement afforded the Crown considerably greater power to act as a fiduciary on behalf of the Band. Of course, under the terms of the trust, and because of the Crown's fiduciary role in the dealings, the DIA was required to exercise its enlarged powers in the best interests of the Band.

I should add that my reasons should not be interpreted to equate a trust in Indian land with a common law trust. I am well aware that this issue was not resolved in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, and I do not wish to pronounce upon it in this case. However, this Court did recognize in *Guerin* that "trust-like" obligations and principles would be relevant to the analysis of a surrender of Indian lands. In this case, both the 1940 and 1945 surrenders were framed as trusts, and the parties therefore intended to create a trust-like relationship. Thus, for lack of a better label, I think that it is appropriate to refer to these surrenders as trusts in Indian land.

La bande comprenait, d'une part, qu'en acceptant la cession de 1945 elle transférerait à la Couronne, en fiducie, tous les droits qu'elle avait dans la R.I. 172, et, d'autre part, que la Couronne vendrait ou louerait ces droits au profit de la bande.

Il conclut que les droits miniers étaient inclus dans la cession et poursuit (le soulignement apparaît dans le texte original publié par la Cour suprême le 14 décembre 1995):

... je crois que la meilleure façon de décrire la nature véritable des opérations de 1945 est de les qualifier de modification d'une fiducie visant des terres indiennes. En effet, en 1940, la bande a transféré à la Couronne, en fiducie, les droits miniers afférents à la R.I. 172, exigeant de cette dernière qu'elle les loue au profit de la bande. L'accord de 1945 visait également une fiducie, dans laquelle la bande cédait à la Couronne tous les droits qu'elle détenait sur la R.I. 172 à des fins de vente ou de location. L'accord de 1945 subsumait celui de 1940, et il en élargissait la portée à deux points de vue: premièrement, alors que la cession de 1940 ne visait que les droits miniers, celle de 1945 englobait tous les droits afférents à la R.I. 172, y compris les droits miniers et les droits de superficie; deuxièmement, tandis que la cession de 1940 constituait une fiducie [TRADUCTION] «aux fins de [. . .] location», celle de 1945 conférait à la Couronne, en qualité de fiduciaire, le pouvoir discrétionnaire «de vendre ou de louer» les terres visées. Cette double modification de l'acte de fiducie de 1940 conférait à la Couronne un pouvoir beaucoup plus grand d'agir à titre de fiduciaire pour le compte de la bande. Certes, compte tenu des conditions de la fiducie et du rôle de fiduciaire qu'assumait la Couronne lorsqu'elle effectuait des opérations, le MAI était tenu d'exercer ses pouvoirs élargis dans l'intérêt de la bande.

Je tiens à ajouter qu'il ne faut pas interpréter mes motifs comme ayant pour effet d'assimiler les fiducies visant des terres indiennes aux fiducies en common law. Je suis bien conscient que cette question n'a pas été tranchée dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, et je ne désire pas le faire en l'espèce. Cependant, notre Cour a, dans cet arrêt, reconnu que des obligations et principes «semblable[s] à [ceux d']une fiducie» étaient pertinents dans le cadre de l'analyse d'une cession visant des terres indiennes. Dans le présent cas, tant la cession de 1940 que celle de 1945 étaient conçues comme des fiducies, et les parties avaient en conséquence l'intention de créer des rapports semblables à ceux créés par une fiducie. En conséquence, à défaut d'un meilleur qualificatif, j'estime approprié d'appeler ces cessions des fiducies visant des terres indiennes.

Gonthier's characterization of the arrangement there in issue as "a variation of a trust in Indian land" or as a "trust in Indian land", preferring to consider the arrangement in terms of the *sui generis* interest of the Band in light of the provisions of the *Indian Act* [R.S.C. 1927, c. 98], rather than by analogy to another area of law. Nevertheless, she did agree that the Crown, in her view by reason of the 1940 surrender of mineral rights in that case, was under a fiduciary duty to the Band with respect to the mineral rights, which, under the terms of the surrender, were to be leased for the benefit of the Band.¹⁰

17 In the view of the plaintiffs now before the Court, the surrenders of oil and gas mineral rights in their reserve lands in these cases are akin to the surrenders of similar rights in *Apsassin* and, as in that case, so in this, the surrenders created trust-like arrangements, which Mr. Justice Gonthier calls variations of a trust in Indian land, or trusts in Indian land. While there is no evidence before me at this stage of the nature of the surrenders in these cases, the pleadings make clear, in my view, the plaintiffs' claims to trust-like arrangements which created fiduciary obligations for the Crown, to manage the rights surrendered for the benefit of the bands,¹¹ the basis for the resulting claims of the plaintiffs in these cases. The defence pleaded includes general denials of facts alleged and denies that the Crown's duties were as the plaintiffs allege, and it denies wrongdoing or negligence in discharge of responsibilities of the Crown. As I understand the defence pleaded, the Crown does not dispute that there are responsibilities to be discharged for the benefit of the bands, though the responsibilities were not as the plaintiffs claim, and it denies any responsibilities owed exclusively to these bands.

18 For the Crown the significant portion of the decision of the Court of Appeal earlier quoted is the latter portion, the last four paragraphs quoted above.

manière dont le juge Gonthier décrit l'arrangement contesté en l'espèce, qu'il qualifie de «modification d'une fiducie visant des terres indiennes» ou de «fiducie visant des terres indiennes», et préfère considérer cet arrangement comme un droit *sui generis* de la bande au vu des dispositions de la *Loi des Indiens* [S.R.C. 1927, ch. 98], plutôt que de le qualifier par analogie avec d'autres domaines du droit. Néanmoins, elle accepte que la Couronne, à son avis du fait de la cession des droits miniers en 1940, avait une obligation de fiduciaire à l'égard de la bande concernant ces droits miniers qui, selon les termes de la cession, devaient être loués au profit de la bande¹⁰.

De l'avis des demandeurs en l'espèce, les cessions des droits miniers concernant le pétrole et le gaz sur les terres des réserves s'apparentent aux cessions de droits semblables dont il est question dans l'arrêt *Apsassin* et, dans cette cause comme en l'espèce, les cessions ont créé des arrangements de nature fiduciaire que le juge Gonthier qualifie de modifications d'une fiducie visant des terres indiennes ou de fiducies visant des terres indiennes. Bien qu'à ce stade la Cour ne soit saisie d'aucun élément de preuve concernant la nature des cessions consenties dans ces affaires, les plaidoiries indiquent clairement, à mon avis, que les allégations des demandeurs concernant les arrangements de nature fiduciaire qui ont créé des obligations fiduciaires pour la Couronne, l'obligeant à gérer les droits cédés au profit des bandes¹¹, constituent le fondement de leurs actions. La défense nie de façon générale les faits allégués, de même que la teneur des obligations que lui attribuent les demandeurs, et elle nie également qu'il y ait eu faute ou négligence de sa part dans l'exécution de ses responsabilités. D'après ce que je comprends de la défense, la Couronne ne conteste pas qu'elle a des responsabilités dont elle doit s'acquitter au profit des bandes, bien que ces responsabilités ne soient pas telles qu'elles sont alléguées par les demandeurs, et elle nie que ces responsabilités doivent être acquittées au profit exclusif de ces bandes.

Pour la Couronne, la partie importante de la décision de la Cour d'appel, citée précédemment, se trouve dans la dernière portion, c'est-à-dire les qua-

Thus it is urged that acknowledging a trust-like relationship here does not mean that the principles of the law of private trusts apply, in particular, the principle that legal advice sought by the trustee belongs to the beneficiaries jointly with the trustee, does not apply in this case, as it would if this were a private trust. It is urged that the client here seeking and accepting legal advice is the Crown in one or more of its executive manifestations; the client is not the band or the Indians. The Crown does not seek that advice, or accept it, simply as trustee for these three bands, but, wearing its many hats simultaneously, it seeks to discharge its responsibilities in a multitude of ways, for the benefit not merely of the plaintiffs, but of all native people and indeed of the people of Canada. The Crown seeks and accepts legal advice from its own legal advisers in the Department of Justice, or other lawyers retained for particular or continuing purposes, and it seeks and receives that advice in confidence.

tre derniers paragraphes. Elle fait donc valoir que la reconnaissance d'un rapport de nature fiduciaire en l'espèce ne signifie pas que les principes du droit des fiducies privées s'appliquent, et en particulier que le principe selon lequel les conseils juridiques demandés par le fiduciaire appartiennent conjointement aux bénéficiaires et au fiduciaire ne s'applique pas en l'espèce comme ce serait le cas s'il s'agissait d'une fiducie privée. Elle fait valoir que le client qui a demandé et accepté des conseils juridiques, c'est la Couronne agissant à plusieurs titres; ce ne sont ni la bande ni les Indiens. La Couronne ne demande pas ce genre de conseils, ou ne les accepte pas, simplement en sa qualité de fiduciaire pour ces trois bandes mais, comme elle agit simultanément à plusieurs titres, elle doit s'acquitter de ses responsabilités de multiples façons, au profit non seulement des demandeurs, mais de l'ensemble de la population autochtone et en fait de la population canadienne. La Couronne demande des conseils juridiques aux avocats du ministère de la Justice ou à d'autres avocats dont les services ont été retenus pour des fins particulières ou continues, et ces conseils sont demandés et fournis en toute confidentialité.

19 The affidavit of Bernard Hanssens, counsel with the Department of Justice serving with the Legal Services unit for the Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), responsible for providing ongoing legal advice to the latter department, describes the duties and advisory functions of himself and others in providing legal advice to DIAND. That advice is said to be sought and received on the understanding and belief that communications between counsel and the Department are confidential. The costs and funding of the advice is from federal government sources, not from the bands. The affidavit states in part:

6. With respect to DIAND, in some cases, the opinion or advice requested of, and provided by, the Department of Justice, specifically relates to the administration of legislation or policy in relation to a particular Indian Band or person and may indeed have been precipitated by an inquiry from such Band or person. In such cases, as in any other case, the Department of Justice will, in the ordinary course of business, receive a request for an opinion from the particular government official or depart-

L'affidavit de Bernard Hanssens, avocat au ministère de la Justice pour le compte des Services juridiques du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC), et chargé de fournir des conseils juridiques à ce ministère, décrit les fonctions générales et de conseiller que lui-même et d'autres personnes assument relativement à la prestation de conseils juridiques au MAINC. Selon lui, il est entendu et certain que ces conseils sont demandés et acceptés en fonction du principe que les communications entre l'avocat et le Ministère sont confidentielles. Les coûts et le financement de ces conseils sont pris en charge par le gouvernement fédéral, et non par les bandes. L'affidavit indique en partie ce qui suit:

[TRANSDUCTION] 6. En ce qui a trait au MAINC, il arrive que les avis ou conseils demandés au ministère de la Justice, et fournis par lui, traitent spécialement de l'application de la loi ou des politiques ayant trait à une bande indienne ou à un Indien en particulier et peuvent en fait découler d'une demande de renseignements présentée par cette bande ou cette personne. En pareils cas, comme dans tous les autres cas, le ministère de la Justice reçoit, dans le cours normal de ses activités, une demande d'avis

ment involved, and will provide an opinion to that person or department who may also consider the opinion in the administration and enforcement of legislation and policy in respect of other Bands and other issues. As in any other case, such opinions are never provided directly by the Department of Justice to the Band or person affected and are never paid for by the Band or person affected. Also, as in any other case, the communications between the Department of Justice lawyers and the interested government official or department are undertaken on the understanding and belief that they will be kept confidential and will not be disclosed to others.

20 Counsel also referred briefly to policy of DIAND which, from a policy directive revised in 1975, makes clear that the text or substance of a legal opinion shall not be communicated to anyone outside the Department. That directive was not formally before the Court as evidence and I note there had been no opportunity for cross-examination by plaintiffs of Mr. Hanssens on his affidavit.

21 I respect the role and function of legal advisers to Her Majesty. However, the fact that counsel and the operating department concerned may treat correspondence as confidential, and the fact that services to fund advice are paid out of ordinary government funds, are not in themselves determinative of whether legal advice requested or obtained in all circumstances applicable in these cases is privileged and not to be disclosed. Nor am I persuaded, without considering the purpose for which advice flows, that since Her Majesty is the client seeking and receiving legal advice, all of that advice, here claimed as privileged in a list of relevant documents, is not to be disclosed. If those factors were determinative, which is in essence the position of the Crown, the comments of the Court of Appeal concerning the possibility of disclosure of documents in discovery, in recognition of the special trust-like relationship between the plaintiffs and the Crown in this case, would have no meaning at all.

juridique du ministère ou du responsable intéressé et fournit une opinion à cette personne ou à ce ministère qui peut également en tenir compte dans l'application et l'exécution de la loi et des politiques relativement à d'autres bandes indiennes et à d'autres questions. Comme dans tous les autres cas, ces avis ne sont jamais fournis directement par le ministère de la Justice à la bande ou à la personne intéressée et ne sont jamais payés par la bande ou la personne intéressée. De même, comme dans tous les autres cas, les communications entre les avocats du ministère de la Justice et le responsable ou le ministère intéressé s'appuient sur l'entente et l'assurance que ces renseignements demeureront confidentiels et ne seront communiqués à personne.

L'avocat fait brièvement référence à la politique 20 du MAINC qui, d'après une directive d'orientation révisée en 1975, indique clairement que le texte ou la teneur d'un avis juridique ne peut être communiqué à aucune personne extérieure au Ministère. Cette directive n'a pas été déposée formellement devant la Cour comme élément de preuve et je fais observer que les demandeurs n'ont pas eu la possibilité de contre-interroger M. Hanssens au sujet de son affidavit.

Je respecte le rôle et la fonction des conseillers 21 juridiques de Sa Majesté. Toutefois, le fait que les avocats et le ministère concernés puissent traiter leur échange de correspondance de façon confidentielle, et le fait que le financement de ces services provienne des fonds ordinaires du gouvernement ne sont pas en eux-mêmes des éléments qui permettent de déterminer si les conseils juridiques demandés ou obtenus dans toutes les circonstances applicables en l'espèce sont privilégiés et ne peuvent être communiqués. Je ne suis pas non plus convaincu, abstraction faite de la fin pour laquelle les conseils sont demandés, que, puisque Sa Majesté est le client qui demande et reçoit les conseils juridiques, la totalité de ces conseils à l'égard desquels un privilège est revendiqué dans une liste de documents pertinents, ne doit pas être communiquée. Si ces facteurs étaient déterminants, comme le prétend essentiellement la Couronne, les observations de la Cour d'appel concernant la possibilité que des documents soient communiqués à l'étape de l'enquête préalable, compte tenu du rapport spécial de nature fiduciaire qui existe en l'espèce entre les demandeurs et la Couronne, seraient vides de sens.

22 In part reflecting their different readings of the decision of the Court of Appeal, the parties also have different submissions regarding the onus on the Crown to establish the privilege claimed and they differ also on the detail or information to be provided about each document claimed as privileged. I return to these differences after dealing with the key issue, whether any documents claimed as privileged should here be ordered to be produced, on the principle, by analogy, that the interests of the Crown and the plaintiff bands, in legal advice sought or received by the Crown, are shared or joint interests, so that documents containing such advice may not be withheld from the plaintiffs as beneficiaries of a trust-like relationship with the Crown.

23 I sum up the views of the parties in regard to the issue of disclosure of certain documents. The plaintiffs read the decision of the Court of Appeal as supporting substantial disclosure in discovery of documents here classed as privileged legal advice because of the special trust-like relationship between the Crown and the plaintiffs which the decision recognizes. In the Crown's view there is no aspect of the relationship between the Crown and the plaintiffs that would warrant an order to produce any documents claimed as privileged. Both parties avoid defining any special trust-like arrangements here at issue although the plaintiffs urge that the decision in *Apsassin* is a basis for finding trust arrangements arising from the 1946 surrenders. Unless there be some definition of the trust arrangements, the Court has little guidance in determining, either at this stage or in any examination of documents, which, among all the documents claimed as privileged, "in whole and in part, are documents which were obtained or prepared by the Crown in the administration of the specific 'trusts' alleged by the [plaintiffs] and in the course of the Crown carrying out its duties as 'trustee' for the [plaintiffs]"; to turn to the words of the Court of Appeal.¹²

L'interprétation différente que les parties donnent de la décision de la Cour d'appel se reflètent également sur les arguments qu'elles font valoir à propos de la charge qui incombe à la Couronne d'établir l'application du privilège qu'elle invoque; elles ne s'entendent pas non plus sur les détails ou les renseignements qui doivent être fournis au sujet de chaque document à l'égard duquel le privilège est invoqué. Je reviendrai sur ces différends après avoir traité de la question fondamentale, c'est-à-dire la question de savoir s'il convient d'ordonner que soient produits les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué, en application du principe, par analogie, que la Couronne et les bandes demanderesse ont un intérêt conjoint en ce qui concerne les conseils juridiques demandés ou reçus par la Couronne, de sorte que les documents renfermant ces conseils ne peuvent pas être soustraits à la connaissance des bandes demanderesse parce qu'elles sont les bénéficiaires du rapport de nature fiduciaire qui existe entre elles et la Couronne.

Je résume les opinions des parties sur la question de la communication de certains documents. D'après les demandeurs, la décision de la Cour d'appel est favorable à l'étape de l'enquête préalable à une très large communication de documents, classés en l'espèce comme des conseils juridiques privilégiés à cause du rapport spécial de nature fiduciaire qui existe entre la Couronne et les demandeurs, et qui est reconnu dans la décision. De l'avis de la Couronne, aucun des aspects du rapport qui existe entre elle et les demandeurs ne justifie une ordonnance de produire des documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué. Les deux parties évitent de définir les arrangements spéciaux de nature fiduciaire en cause, bien que les demandeurs fassent valoir que l'arrêt *Apsassin* constitue le fondement permettant de conclure à l'existence d'une fiducie découlant des cessions de 1946. À moins que ces arrangements fiduciaires ne soient définis d'une manière quelconque, la Cour dispose de peu d'éléments pour déterminer, soit à ce stade, soit au cours de l'examen des documents, lesquels parmi l'ensemble des documents en cause «sont, en tout ou en partie, des documents qui ont été obtenus ou préparés par la Couronne dans l'administration des "fidu-

The surrenders and a variation of a trust in Indian land

24 In my opinion, the decision of the Court of Appeal warrants directions by this Court which take into account the “variation of a trust in Indian land”, to use the description of Mr. Justice Gonthier in *Apsassin*, which the respective surrenders of mineral rights by the plaintiff bands to Her Majesty created. For purposes of determination of issues relating to discovery, of documents and by examination, that particular trust-like arrangement may be taken to provide for the Crown the responsibility to manage the assets surrendered, the mineral rights, and derivatives from them, for the benefit of the bands. The bands and the peoples concerned in each case were in this sense beneficiaries of the Crown’s management, and there were no other beneficiaries, at least none others so far claimed or acknowledged. At least in relation to the Crown’s discharge of its responsibilities in relation to these trust-like arrangements, legal advice sought and received by the Crown, in the administration and in carrying out its duties as “trustee”, was advice in which the plaintiff bands and peoples have a joint interest, an interest which the Crown, in my opinion, cannot deny, and which no one else could claim, an interest akin to that of a beneficiary of a private trust.

25 That interest of the plaintiffs as beneficiaries of specific trust-like arrangements with the Crown warrants disclosure of any document in the nature of legal advice sought or received by the Crown in the administration of the assets, the management of revenues from their exploitation, or decisions on programs and services as those may have been affected by reference to the existence of the assets surrendered and the revenues derived from those

cies” particulières alléguées par les [demandeurs] et dans l’exécution, par la Couronne, de ses devoirs de “fiduciaire” au profit des [demandeurs]», pour reprendre le texte de la Cour d’appel¹².

Les cessions et une modification d’une fiducie visant des terres indiennes

24 À mon avis, la décision de la Cour d’appel justifie que la présente Cour émette des directives qui tiennent compte de la «modification d’une fiducie visant des terres indiennes», pour reprendre l’expression utilisée par le juge Gonthier dans l’arrêt *Apsassin*, qui a été créée par les cessions respectives des droits miniers des bandes demanderesse à Sa Majesté. Pour répondre aux questions qui se posent au stade de l’enquête préalable, concernant la communication des documents et leur examen, ces arrangements particuliers de nature fiduciaire peuvent être réputés mettre à la charge de la Couronne la responsabilité de gérer les biens cédés, les droits miniers et les revenus tirés de ces cessions et droits au profit des bandes. Les bandes et leurs membres intéressés dans chacune des actions sont dans ce sens les bénéficiaires des activités de gestion de la Couronne, et il n’y a pas, du moins à ce stade, d’autres bénéficiaires connus ou présumés. Pour ce qui a trait, à tout le moins, à l’exécution des responsabilités de la Couronne relativement à ces arrangements de nature fiduciaire, les conseils juridiques qu’elle a demandés et reçus dans l’administration et l’exécution de ses devoirs de «fiduciaire» étaient des conseils à l’égard desquels les bandes demanderesse et leurs membres ont un intérêt conjoint que la Couronne, à mon avis, ne peut nier et que personne d’autre ne peut revendiquer, c’est-à-dire un intérêt qui s’apparente fort à celui du bénéficiaire d’une fiducie privée.

25 Cet intérêt des demandeurs à titre de bénéficiaires d’arrangements particuliers de nature fiduciaire passés avec la Couronne justifie la communication de tout document qui est de la nature de conseils juridiques demandés ou reçus par la Couronne relativement à l’administration des biens, à la gestion des revenus tirés de leur exploitation ou aux décisions concernant des programmes et des services dont le financement a pu être inférieur à ce qu’il aurait dû

assets.

26 For this reason I issue an order directing that the Crown shall produce any document constituting or referring to communications in the nature of legal advice, as defined in the order, that wholly or in part concerns the administration of the specific assets, i.e., mineral rights on reserve lands, surrendered to Her Majesty, or that concerns the administration and management of royalties derived from leases, sales or production from those assets. That order provides for disclosure for purposes of discovery. Subsection 448(5) of the Court's Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/90-846, s. 15)] provides that disclosure of a document in discovery "shall not be taken as an admission of its authenticity or admissibility in the action".

27 In addition, the order directs production of documents relating to programs and services under the aegis of the Crown which documents include reference to the oil and gas mineral assets, or financial resources therefrom, resulting from the surrenders. To the extent that those were factors in considering programs and services for the plaintiff bands, the legal advice provided concerns the administration of the Crown's trustee responsibilities and is a matter in which the plaintiffs as beneficiaries have a joint interest. In its statement of defence to amended statement of claim in these actions the Crown pleads that it has fulfilled all its treaty, statutory or other obligations owed to the bands and that "any distinction between the plaintiffs and other aboriginal peoples with respect to the provision of programs and services, was with respect to the provision of discretionary funding, programs and services. In such cases greater discretionary funding, programs and services were provided to those aboriginal peoples with the greatest need". In my opinion, the plaintiffs are entitled to access to any legal advice obtained by the Crown in relation to programs and services which advice makes reference to the mineral assets surrendered by these bands or moneys derived therefrom. The Crown in its role of trustee

être du fait de la valeur présumée des biens cédés et des revenus tirés de ces biens.

26 Pour cette raison, j'émetts une ordonnance enjoignant à la Couronne de produire tous les documents constituant des communications de la nature de conseils juridiques, ou faisant référence à ce type de communications, selon la définition de l'ordonnance, qui concernent en tout ou en partie l'administration de biens particuliers, c'est-à-dire les droits miniers sur les terres des réserves cédées à Sa Majesté, ou qui concernent l'administration et la gestion des redevances provenant de la location, de la vente ou de l'exploitation de ces biens. L'ordonnance porte sur la communication des documents pour les fins de l'enquête préalable. Le paragraphe 448(5) des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/90-846, art. 15)] dispose que la divulgation d'un document à ce stade «ne constitue pas une reconnaissance de son authenticité ou de son admissibilité dans le cadre de l'action».

27 En outre, l'ordonnance enjoint à la Couronne de produire des documents ayant trait aux programmes et services offerts sous l'égide de la Couronne, dans lesquels il est fait référence aux ressources minérales de pétrole et de gaz, ou aux ressources financières en provenant, et qui résultent des cessions. Dans la mesure où ces ressources ont été prises en compte dans l'examen des programmes ou des services à offrir aux bandes demanderesse, les conseils juridiques fournis ont trait à l'administration des responsabilités de fiduciaire de la Couronne et constituent donc une question à l'égard de laquelle les demandeurs ont un intérêt conjoint à titre de bénéficiaires. Dans sa défense à la déclaration modifiée dans les présentes actions, la Couronne fait valoir qu'elle s'est acquittée de toutes les obligations qui lui incombaient en vertu de traités, de lois ou autrement envers les bandes et que [TRADUCTION] «toute distinction entre les demandeurs et les autres peuples aborigènes pour ce qui a trait à la mise en œuvre de programmes et la prestation de services a été faite dans le cadre du financement, des programmes et des services discrétionnaires. En pareils cas, le financement, les programmes et les services discrétionnaires ont été accordés en plus grande quantité aux peuples aborigènes qui en avaient le plus be-

for the plaintiff bands had certain responsibilities. Legal advice, if there was any, about meeting those responsibilities, and any possible conflicting responsibilities of the Crown as provider of programs and services under treaty and statute, in my view, should be disclosed to the plaintiffs as beneficiaries of the Crown's trustee responsibilities arising from the 1946 surrenders.

28 Where a document heretofore claimed as privileged refers only in part to the specific trust-like arrangements as defined above, this Court would order production of that part, severed from the rest of the document, unless the portion that would be produced is insignificant in the context of the issues raised in these cases.

29 Counsel for the Crown stresses that most of the documents classed as privileged concern legal advice in generic terms, not specifically related to the bands in these actions, or to administration of responsibilities of the Crown with particular reference to these bands or their interests. I note the affidavit of Bernard Hanssens, earlier quoted, refers to the possibility of adapting advice, offered with particular reference to one band, to the circumstances of another. Generic legal advice, not referable specifically to the plaintiff bands or the "assets" here surrendered or revenues derived from those assets, and legal advice with reference to some other band would not be affected by any direction hereby made. Disclosure is ordered only in relation to any document relating to legal advice that refers specifically to administration of the mineral assets surrendered, that is, the oil and gas interests administered for the plaintiff bands under the respective surrenders, or management of the moneys derived from

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

Lorsqu'un document à l'égard duquel un privilège est revendiqué ne réfère qu'en partie aux arrangements particuliers de nature fiduciaire définis ci-dessus, la Cour ordonne la production de cette portion du document, à l'exclusion du reste, à moins que cette portion n'ait aucune importance dans le contexte des questions soulevées dans les présentes actions.

L'avocat de la Couronne insiste sur le fait que la plupart des documents classés dans la catégorie des documents privilégiés portent sur des conseils juridiques généraux, ne faisant pas précisément référence aux bandes qui ont intenté les présentes actions, ni à l'exécution des responsabilités particulières de la Couronne ayant trait aux bandes ou à leurs intérêts. Je note que l'affidavit de Bernard Hanssens, dont il a été question précédemment, mentionne la possibilité que ces conseils, fournis au sujet d'une bande en particulier, soient adaptés à la situation d'une autre bande. La présente directive ne portera aucunement atteinte aux conseils juridiques de nature générale, qui ne peuvent être associés précisément aux bandes demanderesse, aux «biens» ou aux revenus tirés de ces biens, non plus qu'aux conseils juridiques faisant référence à toute autre bande. Ne doivent être communiqués que les documents renfermant des conseils juridiques qui traitent précisément de l'administration des ressources minérales cédées, c'est-à-dire les

those assets, or programs and services which are discussed with any reference to the oil and gas interests or the royalties derived therefrom administered for the benefit of the plaintiff bands under the trusts in Indian land resulting from the surrenders in 1946.

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

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

The onus on the defendants claiming privilege

32 The plaintiffs urge that the decision of the Court of Appeal accepted that for purposes of examination

droits pétroliers et gaziers administrés pour les bandes demandereses en vertu des cessions respectives, ou de la gestion des fonds provenant de l'exploitation de ces ressources, ou de programmes et de services dont la mise en œuvre ou la prestation est discutée au regard des droits pétroliers et gaziers ou des redevances perçues sur ces droits et qui sont administrés au profit des bandes demandereses en vertu des fiducies relatives à des terres indiennes qui découlent des cessions de 1946.

Pour les fins de la communication de ces documents, les bandes et nations demandereses seront traitées de façon comparable aux bénéficiaires d'une fiducie privée et elles pourront avoir accès aux conseils juridiques qui ont été obtenus par la Couronne à titre de «fiduciaire». La raison en est qu'en tant que bénéficiaires d'une modification d'une fiducie visant des terres indiennes, les demandeurs ont intérêt à prendre connaissance de ces conseils, au même titre que la Couronne qui est responsable de l'administration et de la gestion des ressources minérales et des revenus tirés de ces ressources au profit exclusif des bandes et nations demandereses. 30

Les demandeurs font également valoir que le rapport fiduciaire général qui lie les Indiens et la Couronne, au vu des responsabilités de cette dernière découlant des traités, de lois ou de contrats, comporte des devoirs de nature fiduciaire qui justifient un examen minutieux de toute revendication de privilège touchant des documents pertinents. Je ne suis pas convaincu à ce stade que le rapport général qui existe entre les parties, abstraction faite des rapports qui découlent de la modification spécifique d'une fiducie visant des terres indiennes créée par les cessions des ressources naturelles, et les responsabilités qui découlent de ces cessions justifient l'émission d'une ordonnance de portée plus générale que la présente concernant la production de documents. 31

La charge incombant aux défendeurs qui revendiquent un privilège

Les demandeurs font valoir que la décision de la Cour d'appel reconnaît que, pour les fins de l'inter- 32

for discovery the special relationship between the Crown and the plaintiff bands is a trust relationship. Further, it is urged that in regard to documents said to be relevant by the defendants, the onus is on the Crown to establish that there is not a joint interest in the subject-matter of the communications, and to establish that documents were not obtained or prepared by the Crown in administration of its trustee's duties or in the discharge of its responsibilities to the plaintiffs. Otherwise the documents ought to be ordered to be produced, so it is urged.

rogatoire préalable, le rapport spécial qui existe entre la Couronne et les bandes demandresses est un rapport de fiducie. En outre, ils prétendent que, pour ce qui a trait aux documents que les défendeurs prétendent être pertinents, c'est à la Couronne qu'il incombe d'établir qu'ils n'ont pas d'intérêt conjoint à connaître l'objet de ces communications et que les documents n'ont pas été obtenus ou préparés par la Couronne dans l'exécution de ses devoirs de fiduciaire ou de ses responsabilités envers les demandeurs. Autrement, ces derniers font valoir que l'ordonnance devrait enjoindre à la Couronne de produire ces documents.

33 It is true that the onus of proof is on the party claiming privilege. But that onus is generally discharged by that party filing an affidavit that is sufficient in identifying the relevant documents and setting forth, for each document, the particular basis on which the claim of privilege rests.¹³ That affidavit is evidence before the Court. If it is challenged by any evidence offered by the other side, whether from cross-examination of the affiant of an affidavit of documents or otherwise, the Court must examine the document in question. In doing so it must weigh the evidence and if there is any doubt it must determine whether the document is privileged on a balance of probabilities, and in light of the principles enunciated by Mr. Justice Lamer, as he then was, in *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*,¹⁴ as relied upon by the Court of Appeal.¹⁵ In my view, there is no ultimate onus on the defendant here claiming privilege to establish, in this case, reasons why a document so claimed is not to be assumed to be disclosed. There is no presumption favouring disclosure of any legal advice sought or received by the Crown arising from its general relationship with the plaintiffs. It is otherwise, in my view, for documents I have ordered produced which are related to the special trust-like arrangements arising from the 1946 surrenders.

Il est vrai que la charge de la preuve incombe à la partie qui revendique le privilège. Toutefois, cette partie peut généralement s'en acquitter en déposant un affidavit qui décrit avec suffisamment de détails les documents pertinents et qui énonce, pour chaque document, le fondement particulier de la revendication¹³. Cet affidavit constitue un élément de preuve produit devant la Cour. Si la partie adverse conteste cet affidavit par une contre-preuve, que ce soit au moyen du contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit de documents ou autrement, la Cour doit examiner le document en question. Ce faisant, elle doit sopeser les éléments de preuve et s'il existe un doute dans son esprit, elle doit déterminer si le document est privilégié d'après la prépondérance des probabilités et au vu des principes énoncés par le juge Lamer, maintenant juge en chef, dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*¹⁴, comme l'a fait la Cour d'appel¹⁵. À mon avis, la défenderesse, qui revendique le privilège en l'espèce, n'est pas tenue, au bout du compte, d'établir les motifs pour lesquels il ne faut pas présumer qu'un document visé par la revendication doit être communiqué. Il n'y a pas de présomption qui favorise la divulgation de conseils juridiques demandés ou reçus par la Couronne du fait de ses rapports généraux avec les demandeurs. Il en est autrement, selon moi, des documents dont j'ai ordonné la production et qui ont trait aux arrangements spéciaux de nature fiduciaire découlant des cessions de 1946.

Information concerning documents claimed as privileged

34 Also arising from the special relationship between the parties which the plaintiffs urge the Court of Appeal has recognized, they claim that in the circumstances of this case the Crown should be directed to provide somewhat more than the usual detail describing each document claimed as privileged, so that they may have a proper basis on which to assess the privilege claimed and to object to that claim where that would seem appropriate.

35 The plaintiffs urge that they should be given the following details about each document claimed as privileged. In so far as the defendants do not agree that the information requested should be provided, that matter on the list is underlined as a means of readily identifying matters on which there is no agreement.

1. The date of the document.
2. A description of the document.
3. A detailed description of the claim of privilege including the factual basis upon which the claim for privilege is grounded.
4. The reason for the request for or the providing of the legal advice.
5. The name and status of the person who prepared the document.
6. The name and status of the person who signed the document.
7. The name and status of the person to whom the document was sent.
8. If the document includes legal advice, the name and status of the person who provided the legal advice.
9. The reason for requesting or receiving the document or legal advice.
10. The general subject matter of the document or legal advice.
11. The person or persons for whose benefit the legal advice was obtained.

Renseignements concernant les documents visés par la revendication de privilège

34 Du fait également du rapport spécial qui existe entre les parties et qui, selon les demandeurs, a été reconnu par la Cour d'appel, ces derniers prétendent que dans les circonstances de l'espèce la Couronne devrait être tenue de fournir un peu plus que les détails habituels pour décrire chaque document à l'égard duquel un privilège est revendiqué, de façon à ce qu'ils disposent d'un fondement approprié pour évaluer ce privilège et s'y opposer lorsqu'il leur semble approprié de le faire.

35 Les demandeurs prétendent que les détails suivants devraient être fournis au sujet de chaque document visé par la revendication. Comme les défendeurs n'acceptent pas que les renseignements demandés devraient être fournis, certains éléments de la liste ci-dessous ont été soulignés pour identifier facilement les points sur lesquels les parties ne s'entendent pas.

1. La date du document.
2. Une description du document.
3. Une description détaillée de la revendication de privilège, notamment le fondement factuel sur lequel elle repose.
4. La raison pour laquelle les conseils juridiques ont été demandés ou fournis.
5. Le nom et le titre de la personne qui a préparé le document.
6. Le nom et le titre de la personne qui a signé le document.
7. Le nom et le titre de la personne à qui le document a été envoyé.
8. Si le document renferme des conseils juridiques, le nom et le titre de la personne qui a fourni ces conseils.
9. La raison pour laquelle le document ou les conseils juridiques ont été demandés ou reçus.
10. Le sujet général du document ou des conseils juridiques.
11. La ou les personnes au profit desquelles les conseils juridiques ont été obtenus.

12. Whether the legal advice was obtained by the Crown in relation to the administration of monies, oil and gas properties, or programs and services in relation to the plaintiff bands or any other Indian Bands.
13. Whether the legal advice was obtained by the Crown in its role as trustee or fiduciary to the plaintiff bands or any other Indian Bands. If not, what was the role of the Crown in obtaining legal advice.
14. Whether the plaintiff bands had or have a joint interest with the Crown in the subject matter of the communication.
15. Whether the legal advice was obtained by the Crown in the course of its carrying out its duties as trustee or fiduciary related to the plaintiff bands or any other Indian Bands.
16. Whether the legal advice was given in relation to or in contemplation of litigation and if so, a description of the litigation.
17. Particulars as to when the document was being prepared it was intended that it remain in confidence or whether it was intended to be given either in part or in whole to any of the plaintiff bands or any other Indian Bands.
18. Whether the document or any information in the document was given to any of the plaintiff bands or any other Indian Bands.
12. Si les conseils juridiques ont été obtenus par la Couronne relativement à la gestion des fonds, des droits pétroliers et gaziers, ou des programmes et services ayant trait aux bandes demandereses ou à toute autre bande indienne.
13. Si les conseils juridiques ont été obtenus par la Couronne à titre de fiduciaire des bandes demandereses ou de toute autre bande indienne. Dans la négative, à quel titre la Couronne a obtenu ces conseils juridiques.
14. Si les bandes demandereses avaient ou ont un intérêt conjoint avec la Couronne relativement à l'objet de la communication.
15. Si les conseils juridiques ont été obtenus par la Couronne dans le cours de l'exécution de ses devoirs de fiduciaire relativement aux bandes demandereses ou à toute autre bande indienne.
16. Si les conseils juridiques ont été fournis aux fins d'une instance en cours ou envisagée et, dans l'affirmative, une description de l'instance.
17. Des détails précisant si, à la date à laquelle les documents ont été préparés, les parties avaient l'intention qu'ils demeurent confidentiels ou qu'ils soient communiqués en totalité ou en partie à l'une ou l'autre des bandes demandereses ou à toute autre bande indienne.
18. Si le document ou les renseignements contenus dans le document ont été donnés à l'une ou l'autre des bandes demandereses ou à toute autre bande indienne.

36 The defendants say that items 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, and 15 would provide information considered to be privileged, or in some cases would call for a judgment or conclusion without standards or definition; for item 3 the Crown would provide an "adequate" description; item 5 might be impossible to determine where the preparer and the signatory, as sought in item 6, are different; item 16 so far as it seeks a description of litigation is privileged information in relation to any contemplated litigation; items 17 and 18 may be impossible to determine, they seek privileged information and to the extent documents or information in them was provided to the plaintiff bands the latter are in the best position to know.

Les défendeurs prétendent que les points 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14 et 15 auraient pour effet de divulguer des renseignements considérés comme privilégiés ou, dans certains cas, les obligerait à porter un jugement ou à tirer une conclusion sans disposer de normes ou d'une définition appropriées; pour ce qui est du point 3, la Couronne fournirait une description «adéquate»; quant au point 5, il pourrait être impossible de s'y conformer lorsque la personne qui a préparé les documents et le signataire, dont il est question au point 6, ne sont pas la même personne; le point 16, dans lequel on demande une description de l'instance, porte sur des renseignements privilégiés étant donné qu'ils sont préparés en vue d'une instance; les points 17 et 18 pourraient être impossibles à déterminer puisqu'ils portent sur des renseignements privilégiés; qui plus est, dans la mesure où les renseignements qu'ils contiennent ont été fournis

36

37 I note that in accord with the directions of the order issued herewith, some of the information sought by plaintiffs, in items 12, 13, 14, 15, would be produced, in so far as the legal advice sought or received relates to the administration of the trusts in Indian land created by the surrenders of 1946, the resources derived therefrom or programs and services affected by those assets or resources. In so far as the plaintiffs seek under any of those items legal advice in relation to any other Indian bands, unless part of the advice relates specifically to the plaintiffs, the advice would be generic and beyond the terms of the order.

38 The Crown, indicating the information it is supplying in relation to privileged documents, submits that, in providing information about those, it has complied with the requirements set by jurisprudence, numbering the document, describing its nature or type, the maker and recipient of the document and the basis of the claim for privilege. It points to the affidavit of Mr. Hanssens as indicating that documents claimed under the legal advice privilege are documents relating to the provision of legal advice in the ongoing relations of solicitors to the Crown and it points also to the then draft (now filed) affidavit of Lynda J. Sturney, a research consultant responsible for review and production of the Crown's documents, who describes the process followed, the departments searched, and the measure of completion of document production from DIAND. In accord with this Court's Rule 448 [as am. *idem*], her affidavit includes a schedule II listing relevant documents claimed as privileged, *inter alia*, by either the litigation privilege or a legal advice privilege. All of the legal opinions described in that schedule are said to have been obtained by the Crown from Department of Justice lawyers who gave the opinions in the ordinary course of their duties.

aux bandes demandresses, celles-ci sont les mieux placées pour le savoir.

Je note que, conformément aux directives contenues dans l'ordonnance émise aux termes des présentes, certains des renseignements réclamés par les demandeurs, aux points 12, 13, 14 et 15, seraient produits si les conseils juridiques demandés ou reçus ont trait à l'administration des fiducies visant des terres indiennes créées par les cessions de 1946, des ressources provenant de ces cessions ou des programmes et services financés en fonction de la valeur de ces biens ou de ces ressources. Toutefois, si les demandeurs cherchent à obtenir, sous l'un ou l'autre de ces points, des conseils juridiques ayant trait à toute autre bande indienne, à moins qu'une partie de ces conseils n'ait trait précisément aux demandeurs, les conseils seraient généraux et iraient au-delà de la portée de l'ordonnance.

Au sujet des renseignements qu'elle fournit relativement aux documents privilégiés, la Couronne prétend s'être conformée aux conditions établies par la jurisprudence, c'est-à-dire qu'elle a numéroté les documents, en a décrit la nature, en a désigné l'auteur et le destinataire et a indiqué le fondement du privilège revendiqué. Elle signale que l'affidavit de M. Hanssens précise que les documents visés par le privilège des conseils juridiques ont trait à la fourniture de conseils juridiques dans le cadre des relations continues des avocats avec la Couronne et elle fait également référence à l'affidavit (maintenant déposé) de Lynda J. Sturney, conseillère en recherche responsable de l'analyse et de la production des documents de la Couronne, qui décrit la procédure suivie, les ministères visés par les recherches et le pourcentage de documents produits par le MAINC. Conformément à la Règle 448 [mod., *idem*] de la Cour, son affidavit comporte une annexe II dressant la liste des documents pertinents à l'égard desquels un privilège est revendiqué, soit le privilège des communications liées à une instance ou le privilège des conseils juridiques. La Couronne aurait obtenu tous les avis juridiques dont la liste est dressée dans cette annexe des avocats du ministère de la Justice dans l'exercice normal de leurs fonctions.

37

38

39 For the Crown it is said a list of counsel in the Department of Justice advising DIAND or others has been provided to counsel for the plaintiffs in identifying at least those counsel involved whose names appear in Schedule II. I understand the Crown has no objection to providing the name, and status or office, of any person sending or receiving the documents listed. For the defendants, however, giving of further information beyond that now provided is resisted on the ground that this would provide information from privileged documents, matters not to be disclosed unless the Court determines the document in issue is not to be privileged. In sample listings, the Crown indicates for each document claimed as privileged—a date, a file name, a locator number, a one or two word description (e.g. memoranda, legal opinions, letter), to whom the document was sent, and from whom.

40 Obviously, some descriptions relate to more than one document. Bundles of similar documents may be listed as a single document under a general description, provided “the documents are all of the same nature . . . and the bundle is described in sufficient detail to enable another party to clearly understand its contents”.¹⁶ A description of “Legal Opinions” all classed under file name “Signing authority—Delegation of Authorities”, a description included in the sample list provided by the Crown, may meet that requirement. I note that in *Creaser v. Warren and Warren*¹⁷ the Nova Scotia Court of Appeal affirmed that a listing of bundled documents does not fully meet the requirement, under the rules there applicable, for listing each document.

41 On the basis of the jurisprudence referred to by counsel and examined by the Court,¹⁸ I am persuaded that the information here provided by the Crown about documents claimed to be privileged meets the normal requirements with the possible exception of setting out the basis for the claim of privilege for each document. If that has not yet been

L’avocat de la Couronne prétend qu’une liste des avocats du ministère de la Justice qui ont conseillé le MAINC ou d’autres personnes a été remise aux avocats des demandeurs et qu’à tout le moins le nom des avocats qui ont donné ces conseils figure à l’annexe II. À mon avis, la Couronne ne refuse pas de donner le nom et le titre ou le poste de toute personne qui a envoyé ou reçu les documents énumérés dans la liste. Toutefois, elle refuse de donner des renseignements plus détaillés que ceux qui ont été fournis jusqu’ici au motif qu’il s’agit de renseignements tirés de documents privilégiés, et donc qu’il s’agit de renseignements qui ne peuvent être divulgués à moins que la Cour statue que le document en question n’est pas privilégié. Prenant des listes au hasard, la Couronne indique que chaque document à l’égard duquel elle revendique un privilège est assorti d’une date, d’un nom de dossier, d’un numéro de repère, d’une courte description (p. ex. note de service, avis juridique, lettre), et du nom du destinataire et de l’auteur du document.

De toute évidence, certaines descriptions s’appliquent à plus d’un document. Des liasses de documents semblables peuvent être répertoriées comme un seul document si «les documents sont tous de même nature [et que] la liasse est décrite avec suffisamment de détail, pour qu’une autre partie puisse en comprendre facilement le contenu»¹⁶. Une description des «avis juridiques» tous répertoriés sous le nom de dossier «Pouvoir de signer—Délégation de pouvoirs», faisant partie de la liste d’échantillons fournie par la Couronne, peut en être un exemple. Je note cependant que, dans l’arrêt *Creaser v. Warren and Warren*¹⁷, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a statué qu’une liste de documents enliassés ne respecte pas entièrement l’exigence, en vertu des règles applicables dans cette province, concernant l’énumération de chaque document.

D’après la jurisprudence citée par les avocats et examinée par la Cour¹⁸, je suis convaincu que les renseignements fournis en l’espèce par la Couronne au sujet des documents à l’égard desquels un privilège est revendiqué répondent aux exigences normales, à l’exception peut-être de la déclaration exposant le fondement de la revendication pour chacun d’eux.

done in regard to documents claimed as privileged in the first affidavits filed in the spring of 1994 or in that filed in December 1995, it should be done forthwith, in accord with paragraph 448(2)(b) of the Rules.

Si cela n'a pas encore été fait au sujet des documents à l'égard desquels un privilège a été revendiqué dans les premiers affidavits qui ont été déposés au printemps de 1994 ou dans ceux qui ont été déposés en décembre 1995, ce fondement devrait être énoncé sans délai, conformément à l'alinéa 448(2)b) des Règles.

42 Does the special relationship of the Crown to the plaintiffs here warrant the disclosure of additional information? The plaintiffs argue that it does, that they should be put in a position to argue, document by document, if appropriate, that those claimed as privileged should not be so recognized. They submit that the Court of Appeal's decision in effect means that privilege should not be determined in a general way but only on a document by document basis. I accept that submission, at least for any document claimed as privileged which is questioned by plaintiffs. This does not mean, in my opinion, that detailed information here sought by plaintiffs should be provided for all documents claimed as privileged.

Le rapport spécial qui existe entre la Couronne et les demandeurs en l'espèce justifie-t-il la communication d'autres renseignements? Les demandeurs prétendent que tel est le cas et qu'ils devraient être en mesure de faire valoir, pour chaque document pris individuellement s'il y a lieu, que les documents visés par la revendication ne doivent pas être considérés comme privilégiés. Ils font valoir que la décision de la Cour d'appel signifie en fait que le privilège ne peut être reconnu de façon générale, mais uniquement pour chaque document pris individuellement. J'accepte cet argument, du moins pour ce qui a trait aux documents visés par la revendication de privilège qui sont contestés par les demandeurs. Cela ne signifie pas, à mon avis, que les renseignements détaillés que réclament en l'espèce les demandeurs devraient être fournis pour tous les documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué. 42

43 An affidavit of documents, or related affidavits, must provide sufficient factual basis for the specific claim of privilege, for each document,¹⁹ i.e., whether the party claiming privilege relies upon the litigation privilege where the dominant purpose of the document is related to litigation, actual or contemplated, or upon the legal advice privilege in that it is directly related to the seeking, formulating or giving of legal advice within the continuum of communication in which the solicitor tenders advice. It is in the latter context that the affidavit of Mr. Hanssens, describing the role of counsel in advising DIAND, is here adduced.

Un affidavit de documents, ou des affidavits connexes, doivent fournir un fondement factuel suffisant pour justifier le privilège revendiqué à l'égard de chaque document¹⁹, c'est-à-dire indiquer si la partie qui revendique le privilège s'appuie sur le privilège des communications préparées principalement en vue de la poursuite d'une instance en cours ou envisagée, ou sur le privilège des conseils juridiques en ce sens que ce document est directement lié à la demande, à la formulation ou à la prestation de conseils juridiques dans le cadre d'une communication continue au cours de laquelle l'avocat fournit des conseils. C'est dans ce dernier contexte que l'affidavit de M. Hanssens, décrivant le rôle des avocats qui ont conseillé le MAINC, a été produit en l'espèce. 43

44 If the factual basis for the claim of privilege is adequately set out by affidavit, it may be contested, as any other affidavit evidence, on the basis of evidence adduced by the plaintiffs, either evidence

Si le fondement factuel du privilège revendiqué est adéquatement énoncé dans l'affidavit, il peut être contesté, comme toute autre preuve par affidavit, par une contre-preuve des demandeurs, soit au moyen 44

that has come to their attention by some other means or evidence of the deponent on cross-examination that may call into question what is set out in his or her affidavit. Obviously the plaintiffs in this case will be at some disadvantage in arguing against the privilege claimed. Whether a document is ultimately determined, when questioned, to be privileged must ultimately be resolved by the Court on the basis of the evidence before it. The affidavit should set forth "a sufficient statement of facts so that a judge may say that, if the facts are true, then as a matter of law the documents are privileged".²⁰ As in all other matters where the Court depends upon affidavit evidence it relies on the due diligence of counsel, as an officer of the Court, advising the client upon documents to be listed in full disclosure and upon which ones and for what grounds a claim of privilege may be advanced in an affidavit of documents.

45 In *Pocklington Foods Inc.*,²¹ a case concerned with privilege claimed for Cabinet documents of Alberta, not with solicitor and client privilege, Mr. Justice Côté commented:

... the law does not call on the Chambers judge to inspect on the theory that he must then answer without more. For example, many documents contain no clue whatever as to when or why they were created. By themselves, they do nothing to prove or disprove privilege. That is why the law has always called for affidavits of documents, or affidavits or certificates by Ministers, giving the facts founding privilege. That is why the more modern law allows the party resisting privilege to cross-examine and to lead evidence of his own. The document itself never need proclaim, let alone prove, its own privilege. Where there is not enough outside evidence of privilege, the court does not even get to inspection. Inspection only arises where there is already enough proof of privilege, by an adequate affidavit or certificate by a Minister. The onus of proof is on the party claiming privilege. So if she does not file a sufficient affidavit or certificate, no inspection is necessary. The document is simply producible for want of evidence that it is not.

d'éléments de preuve portés à leur attention de quelque autre façon, soit par le contre-interrogatoire de l'auteur de l'affidavit qui fera ressortir les éléments qui remettent en question ce qui est énoncé dans son affidavit. De toute évidence, en l'espèce, les demandeurs seront quelque peu désavantagés pour s'opposer au privilège revendiqué. La décision finale établissant qu'un document contesté est privilégié est une décision qui doit, au bout du compte, être tranchée par la Cour d'après la preuve dont elle est saisie. L'affidavit doit énoncer [TRADUCTION] «des faits suffisants pour permettre à un juge de déclarer que, si les faits sont authentiques, alors, en droit, les documents sont privilégiés»²⁰. Comme dans tous les autres cas où la Cour s'appuie sur une preuve par affidavit, elle compte sur la diligence raisonnable des avocats, en leur qualité d'auxiliaires de la Cour, pour informer leur client des documents qui doivent être communiqués intégralement et de ceux à l'égard desquels un privilège peut être revendiqué, avec les motifs pertinents, dans un affidavit de documents.

Dans l'arrêt *Pocklington Foods Inc.*²¹, traitant d'une revendication de privilège touchant des documents du Cabinet de l'Alberta, et non pas d'une revendication de privilège touchant les communications entre avocat et client, le juge Côté fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] ... la loi n'exige pas du juge en chambre qu'il fasse un examen en s'appuyant sur le principe qu'il doit ensuite fournir une réponse sans plus. Par exemple, bon nombre de documents ne contiennent aucun élément permettant de déterminer la raison pour laquelle ils ont été préparés, ou la date à laquelle ils l'ont été. En eux-mêmes, ces documents ne peuvent justifier ou contredire le privilège revendiqué. C'est pourquoi la loi a toujours exigé que les affidavits de documents, de même que les affidavits ou les attestations déposés par les ministres responsables, énoncent les faits servant de fondement au privilège. C'est pourquoi le droit actuel autorise la partie qui s'oppose au privilège à contre-interroger et à produire ses propres éléments de preuve. Il n'est jamais nécessaire que le document en lui-même démontre, et encore moins prouve, le privilège qui est invoqué à son égard. Quand il n'y a pas suffisamment d'éléments de preuve extrinsèques pour justifier un privilège, la Cour ne se rend pas à l'étape de l'examen. Celui-ci n'est effectué que lorsqu'il y a suffisamment d'éléments de preuve pour établir le privilège, soit par un affidavit approprié, soit par une attestation adéquate fournie par le ministre. Le fardeau de la preuve

Why do judges sometimes inspect the documents? Only to guard against the possibility that the affidavit or other evidence for privilege is not accurate, whether because of clerical error, dishonesty, or misunderstanding of the law. For example, suppose that the Crown claimed privilege (immunity) for Cabinet minutes and high-level policy papers leading to them; but among them the Chambers judge found a month's weighscale records from one branch office of the highway patrol. Then almost certainly something would be wrong. The new evidence yielded by inspection would strongly contradict the affidavit or certificate.

But often the wording of a document itself offers no real guidance as to privilege. The result then is not a mystery. It simply means that the judge ruling on privilege must rely upon the affidavit or certificate claiming privilege, and on any other outside evidence by either side. The judge's inspection is like an external physical examination by a physician. It is a useful check. But it is not a substitute for a careful history or lab test, and the external sights and sounds will often be inconclusive.

incombe à la partie qui revendique le privilège. Donc, si elle ne dépose pas une attestation ou un affidavit suffisant, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen. Le document devra tout simplement être produit puisqu'il n'y a pas de preuve justifiant qu'il ne le soit pas.

Pourquoi les juges procèdent-ils quelquefois à l'examen des documents? Simplement pour éviter la possibilité que l'affidavit ou d'autres éléments de preuve en faveur du privilège ne soient pas exacts, à cause soit d'une erreur administrative, soit d'un acte malhonnête ou d'une mauvaise interprétation de la loi. Par exemple, supposons que la Couronne revendique un privilège (l'immunité) pour les actes ministériels du Cabinet et les exposés de principes de haut niveau qui s'y rapportent, et que parmi ces documents, le juge en chambre trouve les dossiers de pesée d'un bureau régional de la police routière pour un mois. Très certainement, il en conclurait que quelque chose ne vas pas. Les nouveaux éléments de preuve révélés par l'examen contrediraient fortement l'affidavit ou l'attestation.

Mais bien souvent, le texte même d'un document n'offre pas de véritable indice en faveur du privilège revendiqué. Le résultat qui s'ensuit ne tient pas du mystère. Cela signifie simplement que le juge qui se prononce sur le privilège revendiqué doit s'appuyer sur l'affidavit ou l'attestation dans lequel le privilège est invoqué, et sur tout autre élément de preuve extrinsèque produit par les deux parties. L'examen auquel se livre le juge est semblable à un examen physique externe effectué par un médecin. C'est une vérification utile. Mais cela ne remplace pas un interrogatoire minutieux ou des tests de laboratoire, et les manifestations et bruits externes ne mènent bien souvent à aucune conclusion significative.

46 In my view the cases make clear that the affidavit of documents which includes a claim for privilege must set out the factual basis for that claim with respect to each document claimed. The primary purpose of that aspect of the affidavit is to provide the Court with evidence to assess the claim for privilege if the claim is challenged. The plaintiffs and the Court ultimately rely on the proper preparation of the affidavit on the advice of the solicitor of the Crown as an officer of the Court, in the same way that the Crown and the Court must do in relation to the affidavit produced by the plaintiffs.

À mon avis, la jurisprudence indique clairement que l'affidavit de documents dans lequel un privilège est revendiqué doit énoncer le fondement factuel de ce privilège à l'égard de chaque document visé. L'objectif premier de cet aspect de l'affidavit est de fournir à la Cour les éléments de preuve à partir desquels elle pourra évaluer le privilège revendiqué en cas de contestation. Les demandeurs et la Cour se fient au bout du compte à la préparation adéquate de l'affidavit d'après les conseils donnés par l'avocat de la Couronne en sa qualité d'auxiliaire de la Cour, de la même façon que la Couronne et la Cour doivent pouvoir le faire à l'égard des affidavits produits par les demandeurs. 46

Conclusions

Conclusion

47 The plaintiffs submit the process would be expedited by directing that the particulars they seek

Les demandeurs font valoir que la procédure serait accélérée si la Cour ordonnait que les détails qu'ils 47

be provided for each document claimed as privileged. I am persuaded that to do so would undermine the Crown's claim to privilege by directing that information properly protected from disclosure as privileged be divulged.

48 If that course is not directed plaintiffs say that there are two possible courses to progress in resolving issues concerning privileged documents. First the Court could examine all the documents claimed as privileged which are questioned by plaintiffs, or second, it could do so in relation to documents questioned by plaintiffs after they have examined the deponents of affidavits here filed by the Crown. Of course, the plaintiffs may examine the deponents of affidavits. It may be that course is likely to yield little evidence, presuming the deponent may object to answering questions about privileged documents where the questioner seeks information beyond that provided in the affidavit of documents. There may be greater likelihood of progress in an examination of the questioned documents by the Court and determination as to which documents, or parts of documents are to be considered privileged.

49 That task may be lesser in extent if the directions now issued to defendants to produce certain documents are accepted, or are upheld if appealed. Moreover, the task of examining documents claimed as privileged, in my view, arises only where the claim is questioned by the plaintiffs. If it is not questioned, then, as in the usual case, the Court has no responsibility to conduct a review of documents on its own initiative. It is true that *Solosky*²² indicates privilege can only be claimed document by document, and that the Court of Appeal in *Procter & Gamble Co. v. Nabisco Brands Ltd.*,²³ in reliance on *Solosky*, held that in that case a claim of privilege could not be upheld where the Court did not first examine the document in which privilege was claimed. In both cases the claim to privilege was

réclament soient fournis pour chacun des documents à l'égard desquels le privilège est revendiqué. Je suis convaincu qu'en agissant ainsi je porterais atteinte au privilège revendiqué par la Couronne puisqu'en fait des renseignements, qui sont à bon droit protégés contre la communication parce qu'ils sont privilégiés, seraient divulgués.

48 Si mes directives ne vont pas dans ce sens, les demandeurs prétendent que deux autres lignes de conduite pourraient accélérer le règlement des questions concernant les documents privilégiés. D'abord, la Cour pourrait examiner tous les documents à l'égard desquels le privilège est revendiqué et qui sont contestés par les demandeurs, ou alors, elle pourrait examiner les documents contestés par les demandeurs après que les auteurs des affidavits déposés en l'espèce par la Couronne auront été interrogés. Bien entendu, les demandeurs peuvent interroger les auteurs des affidavits. Il se peut que cette façon d'agir fournisse peu d'éléments de preuve, parce que l'auteur de l'affidavit peut refuser de répondre à des questions au sujet des documents privilégiés si l'avocat qui l'interroge cherche à obtenir des renseignements qui vont au-delà de ce qui a été fourni dans l'affidavit de documents. La situation pourrait avancer plus rapidement si la Cour procédait à un examen des documents contestés et décidait de ceux qui doivent être considérés, en tout ou en partie, comme privilégiés.

49 La tâche peut être allégée si les défendeurs acceptent les directives leur enjoignant de produire certains documents, ou si ces directives sont confirmées en appel. En outre, l'examen des documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué ne doit être effectué, à mon avis, que lorsque le privilège est contesté par les demandeurs. S'il ne l'est pas, la Cour, comme dans toute autre situation normale, n'est aucunement tenue d'effectuer, de sa propre initiative, un examen des documents. Il est vrai que l'arrêt *Solosky*²² indique que le privilège ne peut être invoqué que pour chaque document pris individuellement, et que la Cour d'appel dans *Procter & Gamble Co. c. Nabisco Brands Ltd.*,²³ s'appuyant sur *Solosky*, a statué que le privilège ne pouvait être reconnu si la Cour n'examinait pas tout d'abord les

questioned. If the plaintiffs here question the privilege claimed for any document, the Court would examine it in light of the evidence, including the affidavits of documents or other supporting affidavits.

documents visés par la revendication. Dans les deux cas, la revendication de privilège avait été contestée. Si, en l'espèce, les demandeurs contestent le privilège revendiqué pour chaque document, la Cour examinera ces documents au vu de la preuve, notamment au vu des affidavits de documents ou d'autres affidavits déposés à l'appui du privilège.

50 In order that progress may be made even pending consideration by the parties of an appeal in relation to the order now issued, directions are also issued that the parties consult with the Court in continuing pre-trial discussions about the following:

Pour faire avancer la situation, même avant l'expiration du délai d'appel, d'autres directives sont aussi émises pour que les parties consultent la Cour au cours des entretiens préalables à l'instruction au sujet des points suivants: 50

51 1) Whether the defendants should be instructed to prepare a separate list, comparable to Schedule IIC as discussed and directed by the Court of Appeal, to include all documents claimed to be privileged under the litigation privilege, such list to be filed at a date to be fixed. Any objection to privilege for any or all such documents could be determined by examination by the Court at its early convenience;

1) Pour savoir si la Cour devrait donner instruction aux défendeurs de préparer une liste séparée, comparable à l'annexe IIC dont la production a été discutée et ordonnée par la Cour d'appel, qui inclurait tous les documents à l'égard desquels le privilège des communications liées à une instance a été revendiqué, et qui devrait être déposée à une date qui n'est pas encore fixée. Toute opposition au privilège invoqué touchant une partie ou la totalité des documents figurant sur la liste pourrait être examinée par la Cour dès qu'il lui sera possible de le faire; 51

52 2) Whether the defendants should be instructed to prepare a separate list for documents thus far claimed under the legal advice privilege which would be produced to plaintiffs if the order for production now made is accepted or upheld on appeal. If there be no appeal by defendants, that list would be filed after expiry of the appeal period and the documents so listed would be produced to the plaintiffs forthwith. If that separate list were prepared the balance of documents claimed as privileged, i.e., the rest of the documents that would be classed within Schedule IIE as that was discussed by the Court of Appeal, should also be listed by the defendants, and examination by the Court of any on this list that are questioned by the plaintiffs might begin as soon as that list is filed following the period fixed for an appeal of the order now issued;

2) Pour savoir s'il faut donner instruction aux défendeurs de préparer une liste séparée pour les documents à l'égard desquels elle a revendiqué jusqu'ici le privilège des conseils juridiques et qui serait produite si le présent ordre de production est accepté par les défendeurs ou confirmé en appel. Si les défendeurs décident de ne pas interjeter appel, la liste séparée pourrait être déposée après l'expiration du délai d'appel, et les documents faisant partie de la liste seraient ensuite remis sans délai aux demandeurs. Si cette liste est préparée, le reste des documents visés par le privilège, c'est-à-dire ceux qui seraient classés à l'annexe IIE, selon l'analyse qui en a été faite par la Cour d'appel, devraient également faire l'objet d'une liste séparée, et l'examen par la Cour de tout document figurant sur cette liste, lorsque le privilège est contesté par les demandeurs, pourrait commencer aussitôt que la liste aura été déposée après l'expiration du délai d'appel relatif à l'ordonnance présentement émise; 52

53 3) Whether the plaintiffs question the classification of documents by the Crown as irrelevant, upon review by the Crown of the claims for privilege made with original affidavits of documents, which documents are included in a list as Schedule IID to the affidavit of Gregor MacIntosh, filed October 20, 1994.

54 The order now issued includes directions consistent with these reasons.

¹ *Buffalo et al. v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development) et al.* (1994), 86 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

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

³ R.S.C., 1985, c. C-5.

⁴ *Supra*, note 2, at p. 775.

⁵ [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 837.

⁶ See Côté J. A. in *Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer)* (1993), 135 A.R. 363 (C.A.), at p. 370, quoted in the following text and referred to at note 21, below.

⁷ *Supra*, note 2, at pp. 773-776.

⁸ I.e., *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344.

⁹ *Idem.* at pp. 360-362.

¹⁰ *Idem.* at pp. 394-396.

¹¹ Perhaps the most specific statement of claim as amended is that in the action by the Samson Band and Nation (T-2022-89) which sets out, in paragraphs 27A and 28, explicit conditions said to be express and implied under the surrenders of natural resources by the Band in its reserve lands in 1946, which conditions are said to have been accepted by the Crown by Order in Council P.C. 2662-1946 on June 28, 1946. In its defence to the amended statement of claim the Crown generally traverses all allegations in the amended statement of claim. It does not deal specifically with the plaintiffs' paragraphs 27A and 28, but the Crown states that the relationship between it and the Samson Band, and the extent of the duties flowing therefrom, are not as the plaintiffs allege. Further it is claimed the Crown has no obligation to consider the interests of the Samson Band to the exclusion of all other considerations in performing its functions. Nevertheless, the Crown acknowledges the surrender of minerals in 1946, reciting, apparently from the surrender document itself, the Crown's obligation to take and hold the minerals "in trust" on terms the Government of Canada may deem most conducive to the welfare of the people of the Band.

3) Pour faire savoir si les demandeurs contestent l'allégation de non-pertinence avancée par la Couronne, après qu'elle aura examiné le bien-fondé du privilège invoqué dans les premiers affidavits de documents, ces documents étant inclus dans une liste produite sous l'annexe IID jointe à l'affidavit de Gregor MacIntosh, déposé le 20 octobre 1994.

L'ordonnance maintenant émise inclut des directives conformes aux présents motifs.

¹ *Buffalo et al. c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien) et al.* (1994), 86 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.).

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

³ L.R.C. (1985), ch. C-5, mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. II, n^o 5.

⁴ Précité, note 2, à la p. 775.

⁵ [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 837.

⁶ Voir le juge Côté, J.C.A., dans *Pocklington Foods Inc. v. Alberta (Provincial Treasurer)* (1993), 135 A.R. 363 (C.A.), à la p. 370, reproduit ci-dessous à la note 21.

⁷ Précité, note 2, aux p. 773 à 776.

⁸ C.-à-d. *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344.

⁹ *Idem.* aux p. 360 à 362.

¹⁰ *Idem.* aux p. 394 à 396.

¹¹ La déclaration modifiée la plus spécifique à cet égard est peut-être celle qui a été déposée dans l'action de la Bande et de la Nation des Indiens Samson (T-2022-89) qui énonce, aux paragraphes 27A et 28, les conditions explicites qui auraient été formulées expressément et implicitement en vertu des cessions des ressources naturelles par la bande sur les terres de la réserve en 1946, conditions qui auraient été acceptées par la Couronne par le décret en conseil C.P. 2662-1946, le 28 juin 1946. Dans sa défense à la déclaration modifiée, la Couronne nie l'ensemble des allégations qui y sont avancées. Elle ne traite pas spécifiquement des paragraphes 27A et 28 de la déclaration des demandeurs, mais déclare que le rapport qui existe entre elle et la bande des Indiens Samson, et l'étendue des obligations qui en découlent, ne sont pas celles qui sont alléguées par les demandeurs. Elle prétend de plus qu'elle n'est nullement obligée de tenir compte des intérêts de la bande Samson à l'exclusion de toutes autres considérations dans l'exercice de ses fonctions. Néanmoins, la Couronne reconnaît qu'il y a eu cession des minéraux en 1946 et reprend, apparemment d'après le texte de l'acte de cession lui-même, l'obligation qui est faite à la Couronne de détenir les ressources minérales «en

- ¹² *Supra*, note 2, at p. 775.
- ¹³ *Pocklington Foods Inc.*, *supra*, note 6.
- ¹⁴ [1982] 1 S.C.R. 860, at p. 875.
- ¹⁵ *Supra*, note 2, at pp. 770 and 775.
- ¹⁶ *Federal Court Rules*, R. 448(3).
- ¹⁷ (1987), 77 N.S.R. (2d) 429 (C.A.).
- ¹⁸ See: *Roy v. Krilow*, [1995] 7 W.W.R. 130 (Alta. Q.B.); *Visa International Service Assn. v. Block Brothers Realty Ltd.* (1983), 64 B.C.L.R. (2d) 390 (C.A.); *Woreta v. Chang* (1994), 156 A.R. 49 (Q.B.).
- ¹⁹ *Delta Electric Co. Ltd. v. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Limited and Morden & Helwig Limited* (1984), 53 N.B.R. (2d) 406 (Q.B.), at p. 410; *Stamper v. Finnigan, Via Rail Canada Inc., Canadian National Railway Company and New Brunswick* (1984), 57 N.B.R. (2d) 411 (Q.B.), at p. 422.
- ²⁰ Per Goodridge J. (as he then was) in *Walsh-Canadian Construction Company Limited v. Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited* (1979), 23 Nfld. & P.E.I.R. 34 (S.C.), at p. 41.
- ²¹ *Supra*, note 6.
- ²² *Supra*, note 5.
- ²³ (1989), 24 C.P.R. (3d) 570 (F.C.A.).

fiducie» selon les conditions que le gouvernement du Canada peut juger les plus appropriées pour assurer le bien-être des membres de la bande.

- ¹² Précité, note 2, à la p. 775.
- ¹³ *Pocklington Foods Inc.*, précité, note 6.
- ¹⁴ [1982] 1 R.C.S. 860, à la p. 875.
- ¹⁵ Précité, note 2, aux p. 770 et 775.
- ¹⁶ Règle 448(3) des *Règles de la Cour fédérale*.
- ¹⁷ (1987), 77 N.S.R. (2d) 429 (C.A.).
- ¹⁸ Voir: *Roy v. Krilow*, [1995] 7 W.W.R. 130 (B.R. Alb.); *Visa International Service Assn. v. Block Brothers Realty Ltd.* (1983), 64 B.C.L.R. (2d) 390 (C.A.); *Woreta v. Chang* (1994), 156 A.R. 49 (B.R.).
- ¹⁹ *Delta Electric Co. Ltd. v. Aetna Casualty Company of Canada, Taylor Contracting Limited and Morden & Helwig Limited* (1984), 53 N.B.R. (2d) 406 (B.R.), à la p. 410; *Stamper v. Finnigan, Via Rail Canada Inc., Canadian National Railway Company and New Brunswick* (1984), 57 N.B.R. (2d) 411 (B.R.), à la p. 422.
- ²⁰ Le juge Goodridge (tel était alors son titre) dans *Walsh-Canadian Construction Company Limited v. Churchill Falls (Labrador) Corporation Limited* (1979), 23 Nfld & P.E.I.R. 34 (C.S.), à la p. 41.
- ²¹ Précité, note 6.
- ²² Précité, note 5.
- ²³ (1989), 24 C.P.R. (3d) 570 (C.A.F.).