

3 The Standing Committee on Energy, Mines and Resources has the honour to present its

THIRD REPORT

FIRST NATIONS' OIL AND GAS MANAGEMENT: OPTIONS AND IMPLICATIONS

CHAPTER 1: INTRODUCTION

The *Indian Oil and Gas Act* and the regulations flowing from it govern the development and management of oil and gas production on First Nations lands. Since 1986 there has been considerable consultation between officials of the federal Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), who administer the Act, and representatives of First Nations on ways in which the regulations and/or the Act can be modernized to better reflect the desire by First Nations to have greater input into decisions concerning resource development. Amendments to the regulations helping to bring this about are in the final stages of preparation.

These regulatory changes, while they will serve to involve First Nations in the decision-making process to a greater degree, do not address the broader and much more complex issue of the recognition of jurisdiction nor do they deal with the transfer of effective management and control of the natural resources to the bands. This is the thorny issue with which First Nations and the federal government are still wrestling.

The complexity arises, in large measure, from the potential impact of any such changes on the federal government's existing fiduciary responsibility to First Nations. Leaders of First Nations do not generally want to see this responsibility eroded. The stated view of the federal government, on the other hand, is that a transfer of responsibility must go hand in hand with any future shift in control.

Another closely related issue which is also of particular concern to some First Nations is the manner in which the revenues from the sale of their oil and gas are managed by the federal government. They are unhappy with the current arrangements, mandated in the *Indian Act*, which sees these funds held in trust for them in the Consolidated Revenue Fund (CRF). Some First Nations are seeking greater control in this area.

It is felt it would be beneficial to provide a forum for concerns regarding the transfer of control and management of these resources and the issues aired freely. It is our hope that this forum will help to view the concerns, the options and their implications in the light of the resolution of outstanding questions and lead to a more equitable and acceptable solution to all parties.

J
103
H7
34-3
E554
A123

MANAGEMENT OF INDIAN OIL AND

A. Management Structure

The *Indian Oil and Gas Act* gives the Governor in Council the authority to make regulations regarding the granting of leases, permits or licenses for the development of oil and gas resources on Indian lands and to establish and collect the

Le Comité permanent de l'énergie, des mines et des ressources a l'honneur de présenter son

TROISIÈME RAPPORT

LA GESTION DES RESSOURCES PÉTROLIÈRES ET GAZIÈRES DES PREMIÈRES NATIONS : OPTIONS ET RÉPERCUSSIONS

CHAPITRE 1 : INTRODUCTION

La *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* et le règlement connexe régissent l'exploitation et la gestion des ressources pétrolières et gazières des terres des premières nations. Depuis 1986, de nombreuses consultations ont eu lieu entre les fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada (MAINC), chargés de l'application de la loi, et les représentants des premières nations en vue de trouver des moyens d'actualiser le règlement ou la Loi, afin de permettre aux premières nations de participer de façon plus active à la prise des décisions touchant l'exploitation des ressources. Les modifications au règlement en sont à la dernière étape de préparation.

Ces modifications, même si elles auront pour effet d'accroître le rôle joué par les premières nations dans le processus décisionnel, ne s'attaquent pas au problème plus vaste et beaucoup plus complexe de la reconnaissance de leur compétence pas plus qu'à celui de la cession, aux bandes, du contrôle et de la gestion des ressources naturelles. Cette question épineuse fait toujours l'objet de discussions entre les premières nations et le gouvernement fédéral.

La complexité du problème tient, dans une large mesure, aux répercussions qui risquent d'entraîner tout changement à la responsabilité fiduciaire actuelle du gouvernement fédéral à l'endroit des premières nations. En règle générale, les chefs de ces dernières ne veulent pas voir cette responsabilité réduite. Le gouvernement fédéral, quant à lui, soutient que toute cession du contrôle des ressources doit s'accompagner d'un transfert de responsabilité.

Il est une autre question étroitement liée à ce dossier qui intéresse également de très près certaines des premières nations : l'administration, par le gouvernement fédéral, des revenus tirés de la vente des ressources pétrolières et gazières. Les premières nations jugent en effet insatisfaisants les arrangements prescrits dans l'actuelle *Loi sur les Indiens*, qui dispose que les fonds doivent être détenus en fiducie au Trésor. Certaines premières nations cherchent à obtenir un plus grand contrôle des fonds.

Le Comité estime qu'il serait utile de prévoir une tribune où les intervenants pourraient analyser le problème de la cession du contrôle et de la gestion des ressources, des options qui existent et des répercussions qu'elles entraînent, ainsi que discuter ouvertement des préoccupations que cela soulève. Nous espérons que ces efforts permettront d'accélérer la résolution des points en litige et d'aboutir à des solutions acceptables pour tous.

CHAPITRE 2 : GESTION DU PÉTROLE ET DU GAZ DES TERRES INDIENNES

A. Gestion

La *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* accorde au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements concernant l'octroi et les modalités de baux, de permis et de licences pour l'exploitation du pétrole et du gaz des terres

The Standing Committee on Energy, Mines and Resources has the honour to present its

THIRD REPORT

FIRST NATIONS' OIL AND GAS MANAGEMENT: OPTIONS AND IMPLICATIONS

CHAPTER 1: INTRODUCTION

The *Indian Oil and Gas Act* and the regulations flowing from it govern the development and management of oil and gas production on First Nations lands. Since 1986 there has been considerable consultation between officials of the federal Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), who administer the Act, and representatives of First Nations on ways in which the regulations and/or the Act can be modernized to better reflect the desire by First Nations to have greater input into decisions concerning resource development. Amendments to the regulations helping to bring this about are in the final stages of preparation.

These regulatory changes, while they will serve to involve First Nations in the decision-making process to a greater degree, do not address the broader and much more complex issue of the recognition of jurisdiction nor do they deal with the transfer of effective management and control of the natural resources to the bands. This is the thorny issue with which First Nations and the federal government are still wrestling.

The complexity arises, in large measure, from the potential impact of any such changes on the federal government's existing fiduciary responsibility to First Nations. Leaders of First Nations do not generally want to see this responsibility eroded. The stated view of the federal government, on the other hand, is that a transfer of responsibility must go hand in hand with any future shift in control.

Another closely related issue which is also of particular concern to some First Nations is the manner in which the revenues from the sale of their oil and gas are managed by the federal government. They are unhappy with the current arrangements, mandated in the *Indian Act*, which sees these funds held in trust for them in the Consolidated Revenue Fund (CRF). Some First Nations are seeking greater control in this area.

The Committee felt it would be beneficial to provide a forum where these concerns regarding the transfer of control and management could be reviewed and the issues aired freely. It is our hope that these efforts to review the concerns, the options and their implications will accelerate the resolution of outstanding questions and lead to solutions acceptable to all parties.

CHAPTER 2: MANAGEMENT OF INDIAN OIL AND GAS

A. Management Structure

The *Indian Oil and Gas Act* gives the Governor in Council the authority to make regulations regarding the granting of leases, permits or licenses for the development of oil and gas resources on Indian lands and to establish and collect the

Le Comité permanent de l'énergie, des mines et des ressources a l'honneur de présenter son

TROISIÈME RAPPORT

LA GESTION DES RESSOURCES PÉTROLIÈRES ET GAZIÈRES DES PREMIÈRES NATIONS : OPTIONS ET RÉPERCUSSIONS

CHAPITRE 1 : INTRODUCTION

La *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* et le règlement connexe régissent l'exploitation et la gestion des ressources pétrolières et gazières des terres des premières nations. Depuis 1986, de nombreuses consultations ont eu lieu entre les fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada (MAINC), chargés de l'application de la loi, et les représentants des premières nations en vue de trouver des moyens d'actualiser le règlement ou la Loi, afin de permettre aux premières nations de participer de façon plus active à la prise de décisions touchant l'exploitation des ressources. Les modifications au règlement en sont à la dernière étape de préparation.

Ces modifications, même si elles auront pour effet d'accroître le rôle joué par les premières nations dans le processus décisionnel, ne s'attaquent pas au problème plus vaste et beaucoup plus complexe de la reconnaissance de leur compétence pas plus qu'à celui de la cession, aux bandes, du contrôle et de la gestion des ressources naturelles. Cette question épineuse fait toujours l'objet de discussions entre les premières nations et le gouvernement fédéral.

La complexité du problème tient, dans une large mesure, aux répercussions que risque d'entraîner tout changement à la responsabilité fiduciaire actuelle du gouvernement fédéral à l'endroit des premières nations. En règle générale, les chefs de ces dernières ne veulent pas voir cette responsabilité réduite. Le gouvernement fédéral, quant à lui, soutient que toute cession du contrôle des ressources doit s'accompagner d'un transfert de responsabilité.

Il est une autre question étroitement liée à ce dossier qui intéresse également de très près certaines des premières nations : l'administration, par le gouvernement fédéral, des revenus tirés de la vente des ressources pétrolières et gazières. Les premières nations jugent en effet insatisfaisants les arrangements prescrits dans l'actuelle *Loi sur les Indiens*, qui dispose que les fonds doivent être détenus en fiducie au Trésor. Certaines premières nations cherchent à obtenir un plus grand contrôle des fonds.

Le Comité estime qu'il serait utile de prévoir une tribune où les intervenants pourraient analyser le problème de la cession du contrôle et de la gestion des ressources, des options qui existent et des répercussions qu'elles entraînent, ainsi que discuter ouvertement des préoccupations que cela soulève. Nous espérons que ces efforts permettront d'accélérer la résolution des points en litige et d'aboutir à des solutions acceptables pour tous.

CHAPITRE 2 : GESTION DU PÉTROLE ET DU GAZ DES TERRES INDIENNES

A. Gestion

La *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* accorde au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements concernant l'octroi et les modalités de baux, de permis et de licences pour l'exploitation du pétrole et du gaz des terres

royalties which must be paid on the oil and gas produced. Royalties are paid to Her Majesty in right of Canada, in trust for the First Nations concerned. The Act does not apply to all Indian lands, but only to that land whose oil and gas rights have been surrendered to the Crown according to provisions of the *Indian Act*.

Indian Minerals West was the government branch first charged with implementing the Act and overseeing the regulations. In the early to mid 1980's there was considerable concern expressed that this organization was not properly carrying out its duties. In 1987, as a result of internal reviews by the department and following the recommendation of an All Chiefs Assembly the government reorganized this function and replaced Indian Minerals West with a business oriented branch within DIAND which would be responsible for the management of oil and gas resources on Indian lands.

Indian Oil and Gas Canada (IOGC), whose offices are in Calgary, is mandated to "fulfil the Crown's fiduciary and statutory obligations related to the management of oil and gas resources on First Nations lands and to further First Nations initiatives to manage and control their oil and gas resources."¹ The IOGC is committed to the transfer of the control and management functions to First Nations at a pace that is acceptable to the latter.

At the same time as IOGC was established, the Indian Resource Council (IRC) was created to act as a watchdog over it.² More recently, First Nations recognized the need for a commercial organization to become more involved in oil and gas development. Following a resolution passed at the 1990 All Chiefs Conference on the Indian Energy Council, the Indian Energy Corporation (IEC) was created, as the business arm of the IRC, with a general mandate to "pursue greater control of energy developments for Indian peoples without in any way reducing the federal trust responsibility."³

The IEC has four specific objectives. The first is to develop and implement employment training programs for First Nations in the energy sector. Secondly, the IEC acts in a business consulting capacity to help Indian communities to plan, implement and operate energy related activities. The third objective of the IEC is to establish joint ventures, to seek out investment opportunities in the energy sector and to mobilize private, government and Indian capital to take advantage of these opportunities. Finally, the IEC is charged with establishing a formal relationship with IOGC to ensure that the interests of the First Nations are recognized, and, as stated before, with pursuing greater control by First Nations of energy development.⁴

B. Structural Concerns

Even with the reorganization of federal activities under IOGC, First Nation witnesses before the Committee expressed a continuing dissatisfaction with the way in which IOGC specifically and DIAND generally manage their oil and gas resources. There was also criticism of the way in which the money realized from these resources is administered. This issue is discussed in detail in Section D below.

indiennes. Le gouverneur en conseil a également le pouvoir de fixer et de percevoir les redevances applicables au pétrole et au gaz tirés des terres indiennes. Les redevances sont versées à Sa Majesté du chef du Canada et détenues en fiducie pour les premières nations concernées. La Loi ne vise pas toutes les terres indiennes, mais uniquement celles dont les droits pétroliers et gazières ont été cédés à la Couronne conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*.

C'est à la Direction des ressources minérales des Indiens (Ouest) que le gouvernement a d'abord confié la tâche de mettre en application la Loi et le règlement. Entre le début et le milieu des années 80, la direction a été l'objet de nombreuses critiques, car on lui reprochait de ne pas remplir adéquatement son mandat. En 1987, s'inspirant d'études internes effectuées par le MAINC et s'appuyant sur une recommandation faite à la suite d'une assemblée de tous les chefs, le gouvernement a procédé à une réorganisation et remplacé cette structure par un nouvel organisme au sein du Ministère, chargé de gérer les ressources pétrolières et gazières des terres indiennes.

Pétrole et Gaz des Indiens du Canada (PGIC), sis à Calgary, a pour mandat «d'honorer les obligations fiduciaires et légales de la Couronne en matière de gestion des ressources pétrolières et gazières situées sur les terres des premières nations et de soutenir les initiatives prises par ces dernières pour les gérer et les contrôler elles-mêmes¹.» Le PGIC s'est engagé à céder aux premières nations la gestion et le contrôle des ressources pétrolières et gazières à un rythme qu'elles jugent convenable.

Parallèlement à la création du PGIC, un Conseil des ressources des Indiens (CRI) a été mis sur pied pour surveiller les activités du nouvel organisme². Plus récemment, les premières nations ont reconnu la nécessité de se doter d'un mécanisme qui leur permettrait de participer plus activement à la mise en valeur des ressources pétrolières et gazières. Ainsi, en 1990, lors d'une assemblée de tous les chefs membres du Conseil d'énergie des Indiens, il a été résolu de créer la Société d'énergie des Indiens (SEI) à titre d'instance commerciale du Conseil, qui aurait essentiellement pour mandat «d'accroître le contrôle des autochtones sur les projets énergétiques sans aucunement réduire la responsabilité fiduciaire du gouvernement fédéral³.»

Le mandat de la SEI comporte quatre volets précis: élaborer et mettre en oeuvre des programmes d'emploi et de formation pour les premières nations dans le domaine énergétique; établir un bureau d'experts-conseils afin d'aider les communautés indiennes à planifier, mettre en oeuvre et gérer les activités liées au secteur énergétiques; créer des entreprises en participation, cerner les possibilités d'investissement dans le secteur énergétique et mobiliser les capitaux des secteurs privé et public ainsi que des communautés autochtones, afin de tirer profit de ces possibilités; établir des liens officiels avec le PGIC pour faire en sorte que les intérêts des premières nations sont pris en compte et, comme nous l'avons déjà précisé, obtenir pour les premières nations un plus grand contrôle de la mise en valeur des ressources énergétiques⁴.

B. Préoccupations

Malgré la réorganisation des activités fédérales sous les auspices du PGIC, les représentants des premières nations ont affirmé au Comité ne pas être satisfaits de la manière dont le PGIC en particulier, et le MAINC en général, administrent leurs ressources pétrolières et gazières. Ils ont également dénoncé la façon dont les revenus tirés de ces ressources sont gérés. Nous examinerons cette question plus à fond à la partie D, «Gestion de l'argent des Indiens».

Witnesses pointed out that they had surrendered their interests in the resource base to Her Majesty on the condition that the Crown would then lease these lands to private companies with the best interests of First Nations as its prime objective.⁵ It was the contention of one witness that the federal government has not always acted in the best interest of First Nations, since the IOGC is confused about its role, seeing itself as representing the interests of the oil and gas companies and DIAND in addition to those of the First Nations. The witness further commented that this misconception or misinterpretation of the existing legislation "seriously flaws the management and management objectives of this directorate."⁶ He argued that it must be made clear to IOGC that they are only responsible for protecting the best interests of First Nations. The situation, it was claimed, would not be improved by simply transferring control over the resources to some third party.

Other witnesses, while not reaching the same conclusions, also expressed dissatisfaction with the current relationship between First Nations and IOGC. The Chairman of the IEC noted that his most challenging mandate was that of "interfacing" with the IOGC. Even with a memorandum of understanding that endorses the IEC as a formal advisory committee to the IOGC, the fact remains that IOGC still has a dominant role in the oil and gas activities of First Nations. This witness, however, feels that the problem can be solved by simply altering the administrative and organizational structure of the IOGC, within the existing legal framework, to ensure direct accountability to First Nations.⁷

C. The Negotiation and Collection of Royalties

Several witnesses from the First Nations who appeared before this Committee expressed the opinion that they have lost considerable oil and gas royalty revenues over the years because the Crown has not adequately lived up to its fiduciary duties. They cite losses due to improper negotiation of oil and gas leases and faulty administration and monitoring of those leases.⁸ Without proper monitoring, First Nations are not assured that IOGC knows in detail how much oil and gas is produced and therefore, how much is owed to them in royalties.

The amount of royalties received by First Nations is largely based on the level of oil and gas production on reserves. It is therefore extremely important that the producing companies active on reserve land report their activity properly. Responding to First Nations' concerns, the Office of the Auditor General (OAG) sought to determine if, in fact, IOGC had adequate assurance that third-party leaseholders of oil and gas resources were reporting their production completely and accurately.⁹

The 1991 audit found "limited evidence of production assurance. . . IOGC had not appropriately documented its policy and strategy for oil and gas production monitoring; the extent and results of its analyses of production reports received from third parties; the completion and disposition of its audits of producers' records; and the basis for and validity of its reliance on the work of the ERCB (Energy Resources Conservation Board)."¹⁰ The OAG concluded that IOGC should document

Certains témoins ont fait valoir qu'ils avaient cédé à Sa Majesté leurs droits sur les ressources à la condition que la Couronne loue ces terres à des sociétés privées⁵ qui les exploiteraient au profit des premières nations. D'après un témoin, le gouvernement fédéral n'a pas toujours agi pour le bien de ces dernières, puisque le PGIC ne semble pas avoir compris son rôle; en effet il dit représenter à la fois les intérêts des sociétés d'exploitation, du ministère des Affaires indiennes et des premières nations. Le témoin a ajouté que la mauvaise interprétation des dispositions de la Loi nuit sérieusement à «la gestion et aux objectifs de gestion de cette direction»⁶. À son avis, il faut bien faire comprendre au PGIC qu'il a pour unique fonction de protéger les intérêts des premières nations. Le simple fait de céder le contrôle des ressources à une tierce partie ne permettrait pas de régler la situation.

D'autres témoins, tout en n'arrivant pas aux mêmes conclusions, se sont dits eux aussi insatisfaits des relations qui existent entre les premières nations et le PGIC. Le président de la SEI a fait remarquer que sa plus grande difficulté était les relations avec le PGIC. Même s'il existe un protocole d'entente qui fait officiellement de la SEI un comité consultatif de Pétrole et Gaz des Indiens du Canada, il n'en demeure pas moins que le PGIC continue de jouer un rôle dominant dans la gestion des ressources pétrolières et gazières des premières nations. Le témoin estime toutefois qu'il suffirait de modifier, dans le cadre juridique actuel, la structure administrative et organisationnelle du PGIC de manière à obliger l'organisme à rendre compte directement aux premières nations⁷.

C. La négociation et la perception des redevances

Plusieurs témoins représentant les premières nations ont déclaré au Comité que celles-ci avaient, au fil des ans, perdu des sommes considérables en redevances pétrolières et gazières parce que la Couronne ne s'était pas bien acquittée de ses obligations fiduciaires. Les pertes résultent de la médiocre négociation des baux d'exploitation pétrolière et gazière, et des mauvaises pratiques d'administration et de gestion de ces baux⁸. En l'absence d'une surveillance adéquate, rien ne permet de garantir que le PGIC connaît exactement la quantité de pétrole et de gaz qui est produite et, partant, le montant des redevances qui doivent être versées aux premières nations.

Les redevances payables aux premières nations sont, dans une large mesure, déterminées à partir des quantités de pétrole et de gaz extraites des terres des réserves. Il est donc essentiel que les sociétés qui effectuent des travaux d'exploitation sur les terres des réserves indiennes déclarent leur production avec exactitude. Réagissant aux craintes formulées par les premières nations, le Bureau du vérificateur général (BVG) a cherché à déterminer si le PGIC était bien certain que les détenteurs de permis déclarent avec exactitude toute leur production⁹.

Le rapport de 1991 indique que «le PGIC dispose de preuves limitées pour justifier la production. . . les documents du PGIC étaient incomplets en ce qui a trait à ce qui suit: sa politique et sa stratégie de surveillance de la production pétrolière et gazière; la portée et les résultats de ses analyses des rapports de production reçus de tiers; les vérifications faites dans les registres des producteurs, et ce qu'il en a fait; les raisons pour lesquelles il se fie au travail de l'ERCB (*Energy*

its production assurance regarding royalties and that a comprehensive oil and gas monitoring policy should be developed which would incorporate a detailed strategy for the inspection and auditing of corporate production records.¹¹

The Committee is encouraged to find out from OAG officials that since these recommendations were made DIAND has achieved considerable progress in improving the monitoring of oil and gas activity on reserve lands and ensuring that production reporting is being undertaken properly. We hope that this and any future improvement will ultimately satisfy the needs of First Nations, and ensure that proper collection and distribution of oil and gas royalties not be compromised in the future.

While this improvement in IOGC oil and gas monitoring procedures may assure First Nations that a proper collection of royalties will take place in the future, there remains the question of how one should deal with First Nations' claims of past monitoring shortcomings. The Committee heard First Nations' suspicions that an underpayment of royalties had occurred owing to a lack of control on the part of IOGC of the level of oil and gas production on reserves. In fact, these claims form part of the basis of several lawsuits by First Nations against the Crown. According to one Chief, there was an urgent need for a comprehensive audit of production activity to determine once and for all if the correct level of royalties had indeed been paid out.

Both the Auditor General's Report of 1991 and testimony by officials from the Canadian Association of Petroleum Producers (CAPP) acknowledge that there has been a lack of production control over oil and gas activity on reserve lands. However, while amenable to the establishment of an audit, CAPP cautioned that the result of such an exercise could very well be that an overpayment, and not an underpayment, of royalties had occurred. This is the risk that ultimately First Nations would have to accept.

Notwithstanding the fact that the issue of past royalty payment is now before the Courts, and that therefore we must tread carefully on this matter, this Committee has become convinced of the need for a comprehensive and independent audit of historical oil and gas production on First Nations' lands. To ensure that an unbiased audit exercise will be performed, it is our view that the audit team selected must be pre-approved by both the federal government and First Nations. The Committee therefore recommends:

RECOMMENDATION No. 1

That the federal government, following consultation with First Nations, engage a private-sector auditor to undertake a comprehensive audit of past oil and gas activity on First Nations' lands, with the express purpose of verifying the authenticity of the records of production on these lands, and the associated payment of royalties.

Finally, there were also complaints about the way in which royalties are established. One witness objected to IOGC's approach of matching concessions over royalty rates to those offered to companies who operate on provincial lands,

Resource Conservation Board) et la validité de ses motifs pour le faire¹⁰. Le BVG a conclu que le PGIC devrait étayer les chiffres de production avancés en vue des redevances. Il devrait pour cela établir une politique de contrôle de la production de pétrole et de gaz, notamment des activités d'inspection et de vérification des rapports de production¹¹.

Le Comité est heureux de constater que, depuis l'adoption de ces recommandations, le MAINC a accompli des progrès considérables au chapitre de la surveillance de la production pétrolière et gazière dans les terres des réserves indiennes et de la vérification des rapports de production. Nous espérons que ces mesures, de même que celles qui seront prises ultérieurement, permettront de répondre aux besoins des premières nations et d'assurer à l'avenir une perception et une répartition adéquates des redevances pétrolières et gazières.

Même si cette amélioration de la surveillance de la production exercée par PGIC peut garantir aux premières nations que les redevances seront dorénavant versées comme il se doit, il reste encore à régler la question des allégations faites par les premières nations selon lesquelles cette surveillance a été insuffisante dans le passé. Selon des représentants des premières nations entendus par le Comité, il est probable que moins de redevances ont été versées parce que PGIC n'a pas suffisamment surveillé les activités de production pétrolière et gazière sur les réserves. En fait, ces allégations ont donné lieu à plusieurs poursuites contre la Couronne intentées par les premières nations. Selon un chef, il est urgent de procéder à une vérification exhaustive des activités de production afin de déterminer une fois pour toutes si des redevances suffisantes avaient été versées.

Et le vérificateur général, dans son rapport de 1991, et des représentants de l'Association canadienne des producteurs pétroliers (CAPP) entendus par le Comité ont reconnu que la production pétrolière et gazière n'avait pas fait l'objet d'une surveillance suffisante dans les réserves. Toutefois, même si elle ne s'oppose pas à la réalisation d'une vérification, la CAPP a averti que cet exercice pourrait très bien établir que trop de redevances avaient été payées plutôt que pas assez. C'est là un risque que les premières nations devront à la fin accepter de courir.

Nonobstant le fait que la question des redevances passées est actuellement à l'étude par les tribunaux et que nous devons donc faire preuve de prudence à cet égard, le Comité est maintenant convaincu de la nécessité d'une vérification intégrée et indépendante des quantités de pétrole et de gaz produites dans le passé à partir des terres des premières nations. Afin de garantir l'impartialité de la vérification, nous croyons que le choix de l'équipe de vérification devra être approuvé par le gouvernement fédéral et les premières nations. Le Comité recommande donc:

RECOMMANDATION N° 1

Que le gouvernement fédéral, après avoir consulté les premières nations, retienne les services d'une firme de vérificateurs pour réaliser une vérification intégrée des activités de production pétrolière et gazière menées sur les terres des premières nations dans le but précis de vérifier l'exactitude des dossiers de production relatifs à ces terres ainsi que des montants des redevances connexes.

Enfin, d'aucuns ont dénoncé la façon dont les redevances sont fixées. Un des témoins s'est dit opposé à la méthode utilisée par le PGIC, qui consiste à offrir aux exploitants les mêmes taux de redevances que ceux consentis pour

commenting that this is not in the best interests of the First Nations. Unlike provincial governments who have mechanisms of compensating for this lost revenue (e.g., the right to tax), First Nations cannot make up the shortfall. It is the contention of this witness that the federal government, by reason of its fiduciary responsibility to the First Nations, should be offering the necessary concessions to "level the playing field". As the argument goes, it should not be First Nations who lose this revenue.¹²

D. Money Management

Another main area of concern expressed by First Nations representatives who appeared before the Committee was the manner in which oil and gas monies are managed by their trustee, the federal government. This section describes the current money management regime, and assesses the government's approach.

1. Current Management Regime

The management of revenues realized through the development of oil and gas reserves on Indian lands represents one component of the Crown's fiduciary responsibility. By authority of the *Indian Act*, these revenues are considered to be Indian monies and are held in trust by the federal government in its Consolidated Revenue Fund. Interest is provided on the capital held in the individual First Nations' name. The government's objective is to provide a rate of interest commensurate with long-term bond market yields.

The precise method of providing a return on the capital managed by the Crown, stipulated in the *Indian Act*, is relatively straightforward.¹³ Twice a year, the federal government calculates the amount of interest owed on the basis of the quarterly average month-end balance. The amount of interest thus determined is then credited to the appropriate First Nations' revenue account.

The particular interest rate assigned to Indian monies is a variable rate based on the weekly market yields for long-term (over ten years) Government of Canada bonds. The method by which the interest is calculated is rarely changed, the last amendment to the methodology having occurred in 1981.

It is also important to note that on top of the interest payments which First Nations receive from the governments, they are realizing a number of other financial benefits through the existing money management regime. These benefits include:¹⁴

- the non-payment of tax on interest earned in both capital and revenue accounts;
- the non-payment of management fees to cover the government's administration of the capital and revenue accounts; and
- the interest paid is calculated not on minimum quarterly balances of funds held in the account (which could reduce the amount of interest paid significantly), but rather on quarterly average month-end balances.

l'exploitation des terres provinciales. Cette formule, à son avis, ne sert pas les intérêts des premières nations. Contrairement aux gouvernements provinciaux qui disposent de mécanismes pour compenser les pertes de revenus (par ex. le droit d'imposition), les premières nations, elles, ne peuvent récupérer le manque à gagner. Ce même témoin soutient que le gouvernement fédéral, de par sa responsabilité fiduciaire à l'endroit des premières nations, devrait offrir les incitatifs nécessaires pour que les «règles du jeu soient les mêmes pour tous». À son avis, ce ne sont pas les premières nations qui devraient perdre ces revenus¹².

D. Gestion de l'argent des Indiens

Les représentants des premières nations qui ont comparu devant le Comité ont exprimé des inquiétudes au sujet d'un autre point important : l'administration, par le fiduciaire, c'est-à-dire le gouvernement fédéral, des revenus tirés de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières. Dans la partie qui suit, nous examinerons la méthode actuellement utilisée pour administrer cet argent, et évaluerons la solution retenue par le gouvernement.

1. Régime actuel

L'administration des revenus tirés de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières des terres indiennes représente une composante parmi d'autres de la responsabilité fiduciaire de la Couronne. Conformément à la *Loi sur les Indiens*, ces revenus sont réputés appartenir aux Indiens; ils sont versés au Trésor et détenus en fiducie par le gouvernement fédéral. L'intérêt est versé sur le capital détenu au nom de chacune des premières nations. L'objectif du gouvernement est de fournir un taux de rendement équivalent à celui offert sur le marché pour les obligations à long terme.

La méthode utilisée pour calculer le taux d'intérêt versé sur le capital administré par la Couronne, comme le dispose la *Loi sur les Indiens*, est relativement simple¹³. Deux fois par an, le gouvernement fédéral calcule le montant de l'intérêt payable sur l'argent des premières nations en se fondant sur la moyenne trimestrielle des soldes des comptes à la fin du mois. L'intérêt est ensuite porté au crédit du compte de revenu de la première nation concernée.

Le taux d'intérêt versé sur l'argent des Indiens est variable et se fonde sur la moyenne trimestrielle des rendements du marché applicables aux obligations à long terme (ayant une échéance de dix ans ou plus) du gouvernement du Canada.

Il est important de noter que, en plus de l'intérêt qui est versé sur leur argent, les premières nations bénéficient de plusieurs autres avantages financiers¹⁴ :

- l'intérêt sur les sommes d'argent dans les comptes de revenu et en capital est exonéré d'impôt;
- le gouvernement ne perçoit pas de frais pour l'administration de ces comptes;
- l'intérêt est calculé sur la base de la moyenne trimestrielle du solde du compte à la fin du mois et non sur la base du solde trimestriel minimum (ce qui pourrait réduire de beaucoup le montant des intérêts).

A final point worth noting is that First Nations can request, at any time, a release of funds from their capital accounts. However, this request must be accompanied by a resolution from the council concerned and must be approved by the Minister according to the provisions of Section 64 of the *Indian Act*. This section of the Act sets out the purposes for which the capital expenditures can be made.

2. Assessment Of The Government's Approach

As was previously mentioned, the government's management of Indian monies came up for criticism by certain native witnesses. They argued that the returns on these funds had been sub-optimal, and that the government's current debt situation is raising uncertainty as to whether in the future, the transfer of funds to the First Nations can even take place.

Witnesses did not feel that the revenues earned from their oil and gas resources, which accrue to Her Majesty in trust for the First Nations, are being invested in a manner which will yield the greatest possible rate of return to them. They object strongly to the fact that these funds are collected and then deposited in the CRF, rather than being kept in a separate account and managed on an individual basis. It is their contention that the rate of return paid to them by the government is far less than the money could have earned if invested outside of the CRF.¹⁵ In light of this dissatisfaction with the federal government's handling of their money, certain First Nations such as the Samson Cree Nation are seeking to have the funds turned over to them so that they can manage them themselves. They noted that certain First Nations have been given such control over land claims settlement money. It is not clear to them why money earned from the sale of First Nations' resources should be treated any differently.

The Samson Cree Nation has, in fact, taken the government to court over the issue and has demanded the immediate transfer of monies to the First Nations leadership, claiming that the funds are rightly theirs to manage. It is the First Nations' view that it has the experience to manage this money on its own, and that it could profit from an investment strategy realizing greater benefit to the First Nations in question.

To ascertain the government's view concerning the claims of the Samson Cree and others, officials from DIAND were asked by the Committee to defend their management approach. In response, they pointed out that they were bound by the provisions in the *Indian Act* as to how the payments were carried out. They also commented on the fact that the returns from long-term bonds had generally exceeded that from equities in recent years.¹⁶

Representatives from the OAG were also asked for their views on the "value for money" which the bands were receiving as a result of the current money management regime. The response was that it would be difficult to comment on this point until a "value for money" audit is actually undertaken. They did acknowledge, however, that such an audit might be of considerable merit.

Il convient enfin de noter que les premières nations peuvent, à n'importe quel moment, demander que des sommes soient prélevées sur leur compte en capital. Cette demande doit toutefois être accompagnée d'une résolution du conseil concerné, et elle doit être approuvée par le ministre conformément à l'article 64 de la *Loi sur les Indiens*, qui prescrit les fins pour lesquelles la dépense de sommes d'argent au compte en capital peut être autorisée.

2. Évaluation de la solution retenue par le gouvernement

Comme nous l'avons déjà mentionné, certains témoins ont dénoncé la façon dont le gouvernement administre l'argent des Indiens. À leur avis, l'intérêt versé sur ces fonds a toujours été trop faible; en outre, la dette actuelle du gouvernement crée de l'incertitude, car on ne sait pas si les fonds pourront même un jour être transférés aux premières nations.

Les témoins ne croient pas que les revenus provenant de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières, et qui sont détenus en fiducie par Sa Majesté au nom des premières nations, sont investis de manière à générer le plus de profits possible. Ils dénoncent vivement la pratique qui consiste à verser les fonds au Trésor plutôt que de les placer dans un compte distinct où ils seraient administrés par chaque première nation. Ils soutiennent que le taux d'intérêt consenti par le gouvernement est nettement inférieur à ce que leur rapporterait l'argent s'il était investi ailleurs.¹⁵ Compte tenu du mécontentement que suscitent les méthodes utilisées par le gouvernement fédéral pour administrer l'argent des Indiens, certaines premières nations, comme celle de Samson, tentent d'obtenir le contrôle de ces fonds. Elles soutiennent que certaines d'entre elles ont obtenu le contrôle des sommes versées à la suite du règlement de revendications territoriales. Elles ne comprennent pas pourquoi les revenus tirés de la vente des ressources des premières nations devraient être administrés différemment.

La nation crie de Samson a effectivement intenté des poursuites contre le gouvernement à ce sujet, et exigé le transfert immédiat de l'argent au motif que ces fonds lui appartenaient de plein droit et qu'elle devait les gérer. Les premières nations estiment qu'elles possèdent l'expérience voulue pour gérer ces fonds et qu'elles pourraient les investir de façon plus efficace.

Le Comité a voulu obtenir le point de vue du gouvernement sur les prétentions formulées, entre autres par les Cris de Samson. Il a donc invité des représentants du MAINC à venir défendre les pratiques de gestion du gouvernement. Les fonctionnaires du Ministère ont affirmé qu'ils étaient tenus de se conformer aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* pour ce qui est des paiements effectués aux premières nations. Ils ont également ajouté que le rendement des obligations à long terme du gouvernement avait en général été supérieur à celui des autres titres ces dernières années.¹⁶

Le Comité a également demandé à des représentants du BVG de lui faire part de leurs vues sur «l'optimisation» des ressources des bandes indiennes et de la méthode de gestion actuelle. Les représentants ont affirmé qu'ils pouvaient difficilement se prononcer là-dessus, aucune «vérification de l'optimisation des ressources» n'ayant été effectuée. Ils ont toutefois reconnu qu'une telle vérification pourrait s'avérer fort utile.

Without the benefit of this audit information, one is left to examine reviews of other instances where the federal government has exercised its fiduciary responsibility by providing a return on funds held in trust through a similar use of long-term Government of Canada bonds. The comprehensive audit undertaken in 1991 by the OAG of the government's handling of pension funds is informative in this regard.¹⁷

This review concluded that the returns realized through interest disbursements to pension accounts were "significantly lower, on average over the long term, than rates of return earned by pension plans with capital market assets".¹⁸ More specifically, if a diversified market investment strategy had been adopted instead of the existing funds management regime, the average annual rates of return over the 31-year period selected for the audit, would have been from 1.5 to 2.3 percent higher. However, the audit also pointed out the fact that rates of return over shorter periods of time (e.g., 1970-74; 1985-90) for the market strategy were inferior to those of the current bond strategy.

This Committee has not undertaken an in-depth examination of the issue of whether or not the specific management of Indian revenues by federal authorities provides First Nations with favourable returns relative to those derived from alternative investment strategies. We are therefore not in a position to make a definitive conclusion on this matter. Suffice it to say that in any analysis of competing investment strategies, account must be taken not only of the returns which accrue from investment in various instruments, but also of the risk that these instruments pose and the extent to which these instruments are liquid. It is generally accepted in the investment community that higher rates of return often go hand-in-hand with greater risk. In fact, the higher returns are the reward that investors seek out to compensate them for their assuming higher degrees of risk. In this vein, it is noteworthy to point out that long-term Government of Canada bonds represent a relatively risk-free and reasonably liquid asset. If quick access to capital is a priority for First Nations, then this option may constitute a preferred one.

While we have declined to make final conclusions on this issue, we are of the view that the criticism which we heard from the First Nations is of sufficient intensity to justify an independent "value for money" audit by the Office of the Auditor General. The prime purpose of this audit would be to determine whether or not the national bond investment strategy currently employed is providing an optimal rate of return for the Indian beneficiaries of the trust account. It should also explore other options for money management. We therefore recommend:

RECOMMENDATION No. 2

That the Office of the Auditor General undertake a comprehensive "value for money" audit of the federal government's management of First Nations' monies generated from oil and gas activity on reserves.

Comme ces renseignements n'existent pas, on doit s'en remettre aux études d'autres cas où le gouvernement fédéral a exercé sa responsabilité fiduciaire en plaçant des fonds en fiducie dans des obligations à long terme du gouvernement du Canada. À cet égard, la vérification intégrée de la gestion des fonds de pension effectuée en 1991 par le BVG est révélatrice¹⁷.

En effet, on a conclu que les taux de l'intérêt porté au crédit des comptes de pension étaient «sensiblement inférieurs, en moyenne et à long terme, aux taux de rendement des régimes de pension placés sur le marché financier»¹⁸. De façon plus précise, si, au lieu de la méthode de gestion actuelle, une stratégie de placement sur le marché avait été adoptée, le taux de rendement annuel, sur la période de 31 ans visée par la vérification, aurait été de 1,5 à 2,3 p. 100 supérieur. Toutefois, il convient de noter qu'il y a eu des périodes plus courtes (de 1970 à 1974 et de 1985 à 1990) pendant lesquelles une stratégie de placement sur le marché aurait donné lieu à des taux de rendement inférieurs à ceux que rapporte le placement actuel dans des obligations.

Le Comité n'a pas examiné en profondeur la question de savoir si la gestion, par les autorités fédérales, des revenus des premières nations permettait à ces dernières d'obtenir un rendement supérieur à celui qu'offriraient d'autres stratégies d'investissement. Nous ne sommes donc pas en mesure de nous prononcer de façon définitive sur ce point. Nous pouvons seulement dire que toute analyse des stratégies d'investissement doit tenir compte non seulement du rendement des placements effectués dans divers instruments, mais également des risques que présentent ces instruments et de la mesure dans laquelle ils constituent une liquidité. D'une manière générale, les investisseurs savent que plus le risque est grand, plus le rendement est élevé. En fait, les investisseurs qui sont prêts à assumer des risques plus importants s'attendent à obtenir un rendement plus élevé. Cela dit, il convient de noter que les obligations à long terme du gouvernement du Canada constituent un actif relativement liquide qui ne présente aucun risque. Si le fait de pouvoir avoir accès rapidement à du capital constitue pour les premières nations une priorité, cette option pourrait alors être envisagée.

Bien que nous refusions de nous prononcer de façon définitive sur cette question, nous estimons que les critiques formulées par les premières nations sont sérieuses et qu'elles justifient la tenue d'une «vérification d'optimisation» indépendante par le Bureau du vérificateur général. L'objectif premier de cette vérification doit être de déterminer si l'actuelle stratégie d'investissement dans des obligations théoriques permet aux bénéficiaires indiens de la fiducie d'obtenir un rendement optimal. Par conséquent, nous recommandons :

RECOMMANDATION N° 2

Que le Bureau du vérificateur général entreprenne une «vérification d'optimisation» intégrée de la méthode utilisée par le gouvernement fédéral pour gérer les revenus tirés de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières dans les réserves des premières nations.

CHAPTER 3: FIDUCIARY DUTY OF THE CROWN

The foregoing chapter has set out the concerns which First Nations have expressed about the manner in which their oil and gas resources, and the revenue derived from their development, are managed. Chapter 4 will look at options for addressing these concerns and the possible implications of such options for the federal government's fiduciary responsibilities for First Nations. Before looking in detail at these options it is important to understand what fiduciary relationships are in legal terms, and how the courts interpret this relationship vis-à-vis the federal government and the First Nations.

A. Fiduciary Relationships

Fiduciary relationships in a private law sense arise when certain conditions are met. First, one party (the "fiduciary") must be legally obliged to act on behalf of another party (the "principal"). Second, the fiduciary must have discretion in the manner in which it acts on behalf of the principal. Third, some judicially-recognizable interest of the principal must be dependent upon the discretionary actions of the fiduciary. Finally, if the fiduciary is a public body, the principal's interest must exist independently of any legislative action the fiduciary may have undertaken.

A fiduciary duty includes an obligation: (i) to act with due care and diligence; (ii) to act in the best interests of the principal; (iii) to fully disclose to the principal; (iv) not to compete with the principal; (v) not to benefit from the fiduciary relationship; and (vi) not to misuse the principal's property. Since the duty is owed to the principal and not any third party, only the principal may take action to enforce the fiduciary duty.

The Supreme Court of Canada has held that a fiduciary relationship exists between the Crown and the First Nations, with the Crown as fiduciary and the First Nations as principal. This fiduciary relationship exists because of the existence of aboriginal title and the long-standing dealings the Crown has had with First Nations. The Supreme Court has also said that this relationship crystallizes into a fiduciary duty in two instances: (i) when, because of the statutory inalienability of Indian lands, a First Nations surrenders land to the Crown;¹⁹ and (ii) when the Crown seeks to limit constitutionally-entrenched aboriginal or treaty rights.²⁰ For simplicity, we can call these *Guerin*-type and *Sparrow*-type fiduciary duties respectively, after the leading cases.

B. *Guerin*-type Fiduciary Duties

Over two centuries ago, by the *Royal Proclamation* of 1763 the Crown interposed itself between First Nations and potential purchasers of interest in Indian lands. This was done in order to protect Indian peoples from being exploited. It should be noted that the *Royal Proclamation* implicitly recognizes aboriginal title to lands, and that this interest in the land exists independently of any legislative action undertaken by the government of Canada or any predecessor government.

CHAPITRE 3 : RESPONSABILITÉ FIDUCIAIRE DE LA COURONNE

Nous avons, dans le chapitre précédent, analysé les préoccupations formulées par les premières nations au sujet de l'administration de leurs ressources pétrolières et gazières et de la gestion des revenus tirés de l'exploitation de celles-ci. Dans le chapitre 4, nous allons examiner les différentes solutions qui existent ainsi que leurs répercussions possibles en ce qui concerne la responsabilité fiduciaire du gouvernement fédéral à l'endroit des premières nations. Avant de commencer l'analyse détaillée de ces options, il est important de comprendre ce qu'on entend par la responsabilité fiduciaire en termes juridiques, et comment les tribunaux interprètent cette responsabilité vis-à-vis du gouvernement fédéral et des premières nations.

A. Responsabilités de fiduciaire

En droit privé, il y a responsabilité fiduciaire lorsque certaines conditions sont réunies. D'abord, il doit y avoir un «fiduciaire» légalement tenu d'agir au nom d'une autre partie, le «mandant». Deuxièmement, le fiduciaire doit avoir le pouvoir décider comment agir au nom du mandant. En troisième lieu, le droit du bénéficiaire, droit susceptible d'être reconnu par les tribunaux, est soumis à l'exercice de la discrétion par le fiduciaire. Enfin, si le fiduciaire est un organisme public, le droit du bénéficiaire doit exister indépendamment des mesures législatives que pourrait avoir pris le fiduciaire.

L'obligation fiduciaire comprend l'obligation i) d'agir avec toute la prudence et la diligence voulues, ii) d'agir dans le meilleur intérêt du bénéficiaire, iii) de communiquer tous les renseignements au bénéficiaire, iv) de ne pas lui faire concurrence, v) de ne pas tirer avantage du lien de fiducie et vi) de ne pas faire mauvais emploi de l'avoie du bénéficiaire. Comme l'obligation est prise à l'égard du bénéficiaire, non pas à l'égard d'un tiers, seul le bénéficiaire peut entamer des poursuites pour la faire respecter.

La Cour suprême du Canada a statué que la Couronne a une obligation fiduciaire envers les premières nations (le mandant) par suite de l'existence de titres aborigènes et d'ententes de vieille date conclues avec certaines de ces premières nations. La Cour suprême a également affirmé que ce lien se traduit par une obligation fiduciaire explicite: i) lorsque, en raison de l'inaliénabilité réglementaire des terres indiennes, une première nation cède des terres à la Couronne¹⁹ et ii) lorsque la Couronne tente de limiter des droits ancestraux ou des droits issus de traités inscrits dans la Constitution²⁰. Par souci de simplicité, nous qualifierons ces obligations de type *Guerin* ou de type *Sparrow*, selon le cas, d'après les arrêts fondamentaux.

B. Les obligations fiduciaires de type *Guerin*

Il y a plus de deux siècles déjà, la Couronne s'est interposée entre les premières nations et d'éventuels acquéreurs de droits sur des terres indiennes en émettant la *Proclamation royale* de 1763. Cette mesure visait à empêcher que les populations indiennes ne soient exploitées. Il serait bon de prendre note que la proclamation reconnaît implicitement le titre foncier des aborigènes et que ce droit sur les terres existe indépendamment de toute mesure législative qu'aurait prise le gouvernement du Canada ou toute instance antérieure.

Section 18(1) of the *Indian Act* reiterates the intent of this portion of the *Royal Proclamation*. It says that First Nations seeking to sell, lease or otherwise dispose of an interest in land must first surrender that land to the Crown. The Crown then deals with the interest in the land on their behalf.

In the 1984 *Guerin* decision, the Supreme Court held that a fiduciary duty on the part of the Crown crystallizes upon the operation of section 18(1) of the *Indian Act*. In that case, a First Nations made a conditional surrender of a portion of a reserve to the Crown for the purpose of leasing these lands to private interests. The Court held that the Crown has an obligation to deal with Indian lands surrendered as per section 18(1) in the best interest of the First Nations involved, and that this obligation is enforceable by court action.

C. Sparrow-type Fiduciary Duties

Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* "recognize[s] and affirm[s]" existing aboriginal and treaty rights. Prior to the 1982 Constitution coming into force, the Crown could extinguish aboriginal rights by expressing a clear and plain intention to do so. It should be noted that section 35 is outside of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, thus limitations on these aboriginal and treaty rights are not subject to section 1 of the Charter. Section 1 provides that Charter rights may be justifiably limited under certain circumstances.

The *Sparrow* case involved an Indian exercising an aboriginal fishing right. The length of the net used was in breach of the terms stipulated in the fishing license. In *Sparrow*, the net length limitation was challenged as a violation of aboriginal fishing rights. The Supreme Court held that the terms "recognize[] and affirm[]" in section 35(1) incorporate a fiduciary relationship. That is, in recognizing aboriginal interests the Crown must act in the best interest of First Nations with respect to these rights. Thus, limitations the Crown may seek to place on an aboriginal right must be justified according to a "best interests" standard. Moreover, aboriginal rights are recognized in their contemporary form. They are not limited to historical uses.

There is some case law on the nature of permissible limitations under section 35(1). Although nothing close to the well-defined tests for justification under section 1 has yet emerged, the Court in *Sparrow* set out a non-exhaustive list of factors for consideration, including: whether the right has been infringed as little as possible; whether fair compensation is possible; and whether the First Nations representatives have been consulted. However, it should be expected that the test will be at least as stringent as that required under *Guerin*-type situations. It should be remembered that in *Guerin*-type situations it is the First Nations itself that triggers the fiduciary obligation by surrendering land; whereas in *Sparrow*-type situations it will be the Crown that triggers it by legislating so as to limit an aboriginal or treaty right.

Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* reflète l'esprit de cette partie de la proclamation. Aux termes de celui-ci, les premières nations qui souhaitent vendre, louer ou aliéner sous une autre forme un droit foncier doivent d'abord céder la terre à la Couronne, qui s'occupe alors d'administrer ce droit pour leur compte.

Dans la décision rendue en 1984 dans l'affaire *Guerin*, la Cour suprême a soutenu qu'une obligation fiduciaire de la Couronne se concrétise dès qu'entre en application le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*. Dans cette cause, une première nation avait cédé à la Couronne, à certaines conditions, une partie des terres de la réserve, afin que celle-ci puisse être louée à des intérêts privés. La Cour a jugé que la Couronne avait l'obligation de s'occuper des terres indiennes cédées en vertu du paragraphe 18(1) dans le meilleur intérêt de la première nation concernée et qu'un tribunal pouvait l'obliger à respecter cette obligation.

C. Les obligations fiduciaires de type Sparrow

Aux termes du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sont reconnus et confirmés les droits existants — ancestraux et issus de traités — des peuples autochtones du Canada. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, la Couronne pouvait abolir les droits ancestraux en faisant connaître, en termes clairs et simples, son intention. À noter que l'article 35 est soustrait à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de sorte que les limites imposées sur les droits ancestraux et sur les droits issus de traités ne tombent pas sous le coup de l'article 1 de la Charte selon lequel certains droits prévus par la Charte pourraient, dans certaines circonstances, être restreints, à condition qu'une telle mesure soit justifiée.

Dans l'affaire *Sparrow*, il était question du droit de pêche de subsistance d'un Indien. La longueur du filet utilisé ne correspondait pas aux dispositions du permis de pêche. L'aborigène a alors plaidé que la limite imposée à la longueur du filet constituait une atteinte à son droit de pêche de subsistance. La Cour suprême a décidé que l'expression «reconnus et confirmés» du paragraphe 35(1) sous-entend une obligation fiduciaire; en d'autres mots, en reconnaissant les droits ancestraux, la Couronne devait agir dans le meilleur intérêt des premières nations lorsque de tels droits étaient en jeu. Donc, les limites que la Couronne peut chercher à imposer aux droits ancestraux doivent être justifiées, c'est-à-dire qu'elles doivent respecter le «meilleur intérêt» de la première nation concernée. De plus, on reconnaît aussi les droits ancestraux dans leur forme contemporaine, c'est-à-dire qu'on ne se place pas uniquement dans une perspective historique.

Il existe une certaine jurisprudence fondée sur le paragraphe 35(1) relative à la nature des limites permises. Bien que, jusqu'ici, aucune cause n'ait permis de fixer des critères aussi bien définis qu'à l'article 1 de la Charte pour justifier une telle mesure, dans l'affaire *Sparrow*, la Cour a dressé une liste partielle de facteurs à prendre en considération; il faudrait, entre autres: que l'atteinte au droit soit réduite au strict minimum, qu'il soit possible d'offrir juste compensation et que les représentants de la première nation aient été consultés. Cependant, il faudrait s'attendre que le critère soit appliqué aussi rigoureusement que dans les situations de type *Guerin*. Il faut se rappeler que, dans de tels cas, c'est la première nation elle-même qui crée l'obligation fiduciaire en cédant des terres alors que, dans des situations de type *Sparrow*, c'est la Couronne qui la crée, en légiférant de manière à restreindre un droit ancestral ou un droit issu d'un traité.

D. Fiduciary Duties On Indian Oil And Gas Lands

Sparrow-type fiduciary duties are of secondary importance in oil and gas situations. *Sparrow* indicates that aboriginal rights include contemporary expressions of the right. This, it could be argued, brings petroleum rights into the realm of constitutionally-entrenched aboriginal rights. Legislative action which might adversely affect aboriginal petroleum rights may have to be justified according to the "best interests" standard of section 35(1) discussed above. This standard could be higher than that which the Crown would have to meet in *Guerin*-type situations. Thus, there may be situations in the future in which a court concludes that, although a Crown fiduciary duty of the *Guerin*-type has been extinguished, a *Sparrow*-type fiduciary duty may continue to exist.

Of much greater importance regarding petroleum development on Indian lands are *Guerin*-type fiduciary duties. Clearly, situations involving surrender of lands for the purpose of oil and gas development may impact significantly upon the *Guerin*-type fiduciary relationship. Much of the ensuing discussion regarding various options deals with a *Guerin*-type duty.

CHAPTER 4: OPTIONS FOR TRANSFERRING MANAGEMENT AND CONTROL TO FIRST NATIONS

As was mentioned at the outset of this report, discussions have been ongoing since 1986 between First Nations representatives and federal government officials on changes to the regulations flowing from the *Indian Oil and Gas Act*. These modifications would allow First Nations to have greater input into oil and gas developments on their lands. While, as already noted, these proposed changes would not resolve all of the outstanding issues surrounding management and control of Indian oil and gas resources, they would still make a good starting point. For this reason, the Committee recommends:

RECOMMENDATION No. 3

That the federal government move quickly to adopt the amendments to the Indian Oil and Gas Regulations which it has negotiated with the First Nations.

In order to move on from these changes to more substantial alterations in the management and control of these resources, two main issues raised before this Committee need to be examined: the degree to which management and control should be transferred; and to what entity the Crown should make this transfer. This chapter outlines a variety of options which are available, including their advantages and disadvantages.

D. Les obligations fiduciaires rattachées aux terres indiennes renfermant du pétrole et du gaz

Les obligations fiduciaires de type *Sparrow* sont d'importance secondaire lorsque des terres indiennes renfermant du pétrole ou du gaz sont en jeu. La décision rendue dans l'affaire *Sparrow* montre bien que les droits ancestraux existent sous une forme contemporaine, de sorte que l'on pourrait prétendre que les droits rattachés au pétrole relèvent des droits ancestraux inscrits dans la Constitution. Il faudra peut-être expliquer toute mesure législative susceptible de violer des droits ancestraux rattachés au pétrole, en fonction du « meilleur intérêt » prévu au paragraphe 35(1) déjà mentionné. Cette norme du « meilleur intérêt » pourrait être supérieure à ce qu'aurait à respecter la Couronne dans des situations de type *Guerin*. Il se pourrait donc qu'à l'avenir, un tribunal juge qu'en dépit de l'abolition d'une obligation fiduciaire de type *Guerin* qu'avait la Couronne, celle-ci puisse encore avoir une obligation fiduciaire de type *Sparrow*.

Les obligations fiduciaires de type *Guerin* sont beaucoup plus importantes lorsqu'il est question d'exploiter des hydrocarbures sur des terres indiennes. De toute évidence, le fait que des terres aient été cédées à des fins d'exploitation de pétrole et de gaz pourrait avoir beaucoup d'influence sur une obligation fiduciaire de type *Guerin*. Une grande partie de l'examen qui suit, traitant des diverses options, porte sur les obligations fiduciaires de type *Guerin*.

CHAPITRE 4 : OPTIONS CONCERNANT LA CESSATION AUX PREMIÈRES NATIONS DE LA GESTION ET DU CONTRÔLE

Comme on l'a mentionné au début, des discussions ont lieu depuis 1986 entre des représentants des premières nations et du gouvernement fédéral au sujet des changements à apporter à la réglementation découlant de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*. Ces modifications permettraient aux premières nations de participer davantage à l'exploitation des ressources pétrolières et gazières se trouvant sur leurs terres. Bien que, comme nous l'avons déjà signalé, ces changements ne permettraient pas de résoudre toutes les questions relatives à la gestion et au contrôle des ressources pétrolières et gazières des Indiens, ils constitueraient un bon début. C'est pourquoi le Comité recommande :

RECOMMANDATION N° 3

Que le gouvernement fédéral prenne rapidement des mesures pour adopter les modifications au Règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes qui ont été négociées avec les premières nations.

Pour passer de ces changements à des modifications plus substantielles au mode de gestion et de contrôle de ces ressources et pour donner suite aux préoccupations exprimées devant le présent Comité, il faudra examiner deux grandes questions : quel degré de gestion et de contrôle doit être cédé? De plus, à qui la Couronne doit-elle céder la gestion? Le présent chapitre donne diverses possibilités, ainsi que leurs avantages et inconvénients.

A. Degree of Transfer

In this section, five options are identified which address the question of the degree of transfer:

- maintenance of the *status quo*;
- transfer of management over royalties but not resource management;
- transfer of resource management with commensurate decrease in federal fiduciary responsibility;
- transfer of resource management with fiduciary responsibility remaining, but with a means of disciplining management; and
- unconditional transfer of resource management with full federal fiduciary responsibility remaining.

1. Maintenance of the Status Quo

The *status quo* has been extensively reviewed in submissions to this Committee. It can succinctly be described as federal management of petroleum resources on surrendered lands on behalf of the First Nation which has surrendered the land. Management occurs in accordance with the *Indian Oil and Gas Act* and its associated regulations. It is largely at the discretion of a federally-appointed "manager" who makes fundamental decisions, often without the need for significant consultation with the First Nations involved. The Crown, however, maintains full fiduciary responsibility.

The primary advantage of the *status quo* is that it protects the Crown's exposure due to the fiduciary obligations. Exposure is protected by having the Crown exercise effective control through the appointment of the "manager" pursuant to the *Indian Oil and Gas Act* (IOGA) regulations. This is particularly important insofar as fiduciary obligations may be founded in both the *Indian Act* (i.e., *Guerin*-type) and in constitutionally protected treaty and aboriginal rights (i.e., *Sparrow*-type).²¹ While several of the other options presented may address concerns regarding the *Guerin*-type fiduciary duty, changing a statute or regulation cannot influence the *Sparrow*-type duty. Only partial or total hands-on control provides a means of protecting the Crown from *Sparrow*-type claims.

Additionally, from the oil industry perspective, the *status quo* maintains consistency in development approach and requirements across all reserves.

The fundamental problem with maintaining the *status quo* is that it does not fully address anyone's concern other than that of the Crown. Putting this into a larger context of changing relationships with First Nations, maintaining the *status quo* is out of step with the stated policy of the Government of Canada to promote self-government.

2. Transfer of Revenue Management But Not Resource Management

As was mentioned above, certain First Nations do not like the manner in which their funds have been managed. There are a number of options for effecting the transfer of revenue management to First Nations. For example, in response to

A. Degré de gestion et de contrôle cédés

Cinq options s'offrent, en réponse à la question du degré de gestion et de contrôle cédés :

- maintien du statu quo;
- cession de la gestion des redevances, mais conservation de la gestion des ressources;
- cession de la gestion des ressources assortie d'une diminution correspondante de l'obligation fiduciaire du gouvernement fédéral;
- cession de la gestion des ressources et maintien de l'obligation fiduciaire, accompagnés d'un moyen de prévenir les pertes découlant de mauvaises décisions de gestion; et
- cession inconditionnelle de la gestion des ressources et maintien de l'entière responsabilité fiduciaire du gouvernement fédéral.

1. Maintien du statu quo

Les mémoires présentés au Comité ont décrit en long et en large la situation actuelle. Pour la résumer, disons que le gouvernement fédéral administre les ressources en hydrocarbures des terres indiennes que lui ont cédées les premières nations, pour le compte de celles-ci. La gestion se fait en conformité avec la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* et avec son règlement d'application. Elle est en grande partie laissée à la discrétion d'un administrateur qui prend les décisions clés, souvent sans avoir à vraiment consulter la première nation concernée. La Couronne conserve toutefois son entière responsabilité fiduciaire.

Le maintien du statu quo a pour principal avantage de protéger la Couronne contre d'éventuelles poursuites en raison de ses obligations fiduciaires, du fait que c'est elle qui exerce le contrôle réel puisqu'aux termes du règlement d'application de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* (LPGTI), elle nomme l'administrateur. Le fait revêt une importance toute particulière si les obligations fiduciaires trouvent leur fondement à la fois dans la *Loi sur les Indiens* (type *Guerin*) et dans des droits ancestraux et issus de traités protégés par la Constitution (type *Sparrow*)²¹. Bien que plusieurs des options exposées puissent régler des questions soulevées par des obligations de type *Guerin*, la modification d'une loi ou d'un règlement ne changera rien à l'obligation de type *Sparrow*. Exercer le contrôle direct, soit en partie, soit en totalité, est le seul moyen de protéger la Couronne contre des poursuites découlant d'obligations de type *Sparrow*.

De plus, dans l'optique de l'industrie pétrolière, le statu quo assure la constance des méthodes et des exigences d'exploitation dans toutes les réserves.

Le problème fondamental du statu quo, c'est qu'il ne répond parfaitement qu'aux préoccupations de la Couronne. Vue dans le contexte plus global du renouvellement des rapports avec les premières nations, l'option du *statu quo* ne cadre pas avec la politique énoncée par le gouvernement du Canada en matière d'autonomie gouvernementale.

2. Cession de la gestion des revenus, mais conservation de la gestion des ressources

Comme on l'a déjà mentionné, certaines premières nations n'aiment pas la façon dont leurs fonds sont administrés. Il existe un certain nombre d'options pour la cession de la gestion des revenus aux premières nations. Ainsi, en réponse à certaines

demands from within certain First Nations for a transfer of control over Indian monies, the federal government, in conjunction with these First Nations, is in the process of drafting new legislation, tentatively entitled the First Nations Monies Management Act.

According to evidence provided to the Committee, the legislation being drafted would give First Nations the option of assuming the management and control of Indian monies. Responsibility for overall resource management would remain with the Crown. As presently drafted, it would not be targeted simply to monies generated through oil and gas activity, but would cover all additional revenues earned. The present proposal stipulates that any transfer of monies would have to be accompanied by a corresponding transfer from the government of the responsibility for management decisions. Moreover, once the First Nation transferred its funds, it could not then reverse its decision at some future point.

This option directly addresses a number of important concerns raised by some witnesses. Many of the concerns regarding breach of fiduciary duty relate not to management decisions on oil and gas development but the investment of the proceeds. The proposed legislation seeks to provide First Nations with considerable flexibility as to how this investment should be undertaken. Transferring royalty payments to First Nations also permits the reduction of the bureaucracy at DIAND which presently administers the allocation of these monies. However, depending upon the remaining fiduciary duty, exercising this option could set up a significant potential liability for the Crown, without a means of controlling the risk. Moreover, the transfer of funds from the trust accounts would reduce the CRF immediately. Presently, there exists only a liability carried on the books.

The Committee would not want to leave the impression that this is the only option for transferring control over revenues to First Nations. One, of many, alternative approaches could involve the setting up of a mechanism analogous to that of the self-directed Registered Retirement Savings Plan (RRSP). For example, transfer of responsibility over major investment decisions could be effected, with the federal government undertaking a routine administrative role and retaining a modest amount of responsibility for that role.

One of the advantages of this option is that First Nations could quickly assert control over the management of their monies, without having to first incur the costs associated with the administration of the funds. From the federal government's point of view, fiduciary responsibility is reduced.

On the other hand, the government will have to assume significant ongoing administrative costs. Moreover, this option would, as stated before, erode the federal fiduciary duty. This result would likely represent an undesirable feature for certain First Nations.

3. Transfer of Resource Management with Commensurate Decrease in Fiduciary Duty

The concept of fiduciary responsibility, at least in private trust situations, is dependent upon one party controlling decision-making and another party relying upon the decisions made. Simply put, as goes control, so goes fiduciary

d'entre elles qui exigent la cession du contrôle de ces fonds, le gouvernement fédéral, de concert avec ces premières nations, est en train de rédiger une nouvelle loi, intitulée provisoirement *Loi sur la gestion des fonds des premières nations (First Nations Monies Management Act)*.

Selon les faits exposés au Comité, cette loi donnerait aux premières nations le choix d'assumer elles-mêmes la gestion et le contrôle de leurs fonds. La Couronne conserverait cependant la responsabilité de la gestion générale des ressources. Dans sa version actuelle, la loi ne viserait pas que les rentrées issues de l'exploitation pétrolière et gazière, mais d'autres recettes aussi. Le présent projet de loi dispose que tout virement de fonds s'accompagnerait d'une cession équivalente, par le gouvernement, de la responsabilité liée aux décisions de gestion. En outre, une fois les fonds virés, la première nation ne pourrait pas revenir sur sa décision.

Cette option fait suite à certaines préoccupations de taille exprimées par des témoins qui, en matière de non-respect de l'obligation fiduciaire, s'inquiètent essentiellement, non pas des décisions de gestion prises au sujet de l'exploitation des ressources, mais plutôt de la façon dont en sont investies les recettes. Le projet de loi cherche à donner aux premières nations une grande marge de manoeuvre quant à la façon de procéder à ces investissements. La cession des redevances aux premières nations permet aussi de réduire l'appareil gouvernemental au MAINC, qui administre actuellement l'affectation de cet argent. Toutefois, selon l'obligation fiduciaire qui reste par la suite, le choix d'une telle option pourrait considérablement exposer la Couronne à des pertes, sans lui permettre de réduire les risques. Par surcroît, la sortie de fonds des comptes en fidécommis aurait un effet immédiat sur le Trésor public. Actuellement, l'obligation de payer n'est qu'une écriture comptable.

Le Comité ne voudrait pas donner l'impression que c'est la seule option possible pour la cession du contrôle des revenus des premières nations. L'une des nombreuses solutions de rechange possibles pourrait consister à mettre sur pied un mécanisme analogue au Régime enregistré d'épargne-retraite (REER) autogéré. Ainsi, les responsabilités relatives aux décisions importantes en matière d'investissement pourraient être cédées aux premières nations, le gouvernement fédéral conservant des responsabilités limitées lui permettant de remplir certaines fonctions administratives courantes.

L'un des avantages de cette option est qu'elle permettrait aux premières nations de contrôler rapidement leurs revenus sans devoir tout d'abord assumer les coûts associés à l'administration de ces fonds. Quant au gouvernement fédéral, son obligation fiduciaire serait réduite.

D'un autre côté, le gouvernement devrait déboursier des sommes importantes au titre des frais administratifs courants. De plus, comme on l'a déjà mentionné, cette option réduirait la responsabilité fiduciaire de l'administration fédérale, ce qui déplairait sûrement à certaines des premières nations.

3. Cession de la gestion des ressources et diminution correspondante de l'obligation fiduciaire

Le principe de la responsabilité fiduciaire découle, du moins lorsqu'il existe un fonds de placement privé, du fait qu'une partie prend les décisions et que l'autre agit en fonction des décisions prises. Bref, il n'y a pas de contrôle sans obligation

responsibility. This option would seek to link the Crown's fiduciary responsibility with the degree of control the Crown would exercise. Obviously, this could be a continuum, varying from essentially no fiduciary responsibility when the Crown is shut out of decision-making to significant responsibility when the Crown acts as the dominant manager of the resource.

This option puts control over the resources in the hands of First Nations and, with a diminished fiduciary duty, there would be an incentive for First Nations to be very cautious in their decision-making. As well, this option may be in keeping with what the judiciary might hold, absent an agreement by the parties on the nature of a *Guerin*-type fiduciary duty in a post-transfer period.

A decrease in fiduciary duty commensurate with the Crown control relinquished provides the Crown with adequate protection while, at the same time, providing some protection for First Nations against loss.

Finally, this option may permit the disbanding of IOGC. The reduction in administrative cost is an attractive feature, at a time when fiscal restraint in government programs is so important.

The principal drawback of this proposal is that it may leave some First Nations without effective recourse when unfortunate situations arise. First Nations representatives have voiced strong opposition to any decrease in the extent of the Crown's fiduciary duty.

As well, there are problems with the politics of moving in this direction. This option probably would be vigorously opposed by First Nations. Explicitly limiting the *Guerin*-type fiduciary duty probably would require either the consent of all of the affected peoples or an amendment to section 18 of the *Indian Act*. Since testimony before the Committee suggests that consent would not likely be forthcoming, amending the *Indian Act* probably is the required route. Obviously, this provides opportunity for airing grievances that a simple change to the IOGA regulations does not.

As well, amending the *Indian Act* will not affect fiduciary relationships developed outside of statute, that is, the so-called *Sparrow*-type fiduciary relationships.

4. Transfer with Measures to Protect the Crown

"Measures to protect the Crown" could take many forms, including: (i) the acceptance by the decision-making organization of a given quantum or percentage of any Crown liability which may result because of the Crown's fiduciary duty; (ii) release of the Crown from its fiduciary duty in instances of demonstrable corruption or negligence on the part of First Nations decision makers; or (iii) prohibition on fiduciary claims against the Crown by groups that control the decision making body whose actions lead to the substance of the claim (i.e., Band X may not claim against the Crown if the decision making authority is controlled by Band X, although Band Y may claim against the Crown).

For instance, if First Nations assumed 25% of any Crown fiduciary responsibility, they know they will never be fully compensated for acts done in breach of this Crown duty. As actual decision makers, they then have a heightened incentive to perform well. The principle is analogous to a deductible on an insurance policy.

fiduciaire. Dans le cadre de cette option, la responsabilité fiduciaire de la Couronne serait fonction du degré de contrôle qu'elle exerce. De toute évidence, cela pourrait représenter toute la gamme des possibilités, allant d'une responsabilité pratiquement nulle lorsque la Couronne ne participe pas aux décisions à une responsabilité importante, lorsque la Couronne agit comme principal gestionnaire.

Cette option donne aux premières nations le contrôle des ressources et les inciterait, l'obligation fiduciaire du fédéral étant réduite, à prendre les décisions avec la plus grande prudence. De plus, elle pourrait correspondre à ce que déciderait les tribunaux, s'il n'existait pas d'accord entre les parties au sujet de la nature de l'obligation fiduciaire de type *Guerin*, après la cession.

Cette diminution de l'obligation fiduciaire en fonction du contrôle cédé par la Couronne assure une protection adéquate à celle-ci tout en offrant aussi aux premières nations une certaine mesure de protection contre les pertes.

Enfin, cette option pourrait permettre de fermer l'APGI. En cette période où il importe tant d'abaisser le coût des programmes, une réduction du coût d'administration est un avantage intéressant.

Le principal inconvénient de cette option est qu'elle pourrait laisser certaines des premières nations sans recours réel si une situation fâcheuse se présente. Des porte-parole des premières nations se sont fermement opposés à une réduction de l'obligation fiduciaire de la Couronne.

La dimension politique d'une telle orientation présente également des difficultés. Il est à prévoir que les premières nations s'opposent probablement avec vigueur à de telles mesures. Pour pouvoir restreindre de façon explicite l'obligation fiduciaire de type *Guerin*, il faudrait probablement obtenir le consentement de tous les peuples touchés ou modifier l'article 18 de la *Loi sur les Indiens*. Comme, d'après les témoignages entendus par le Comité, un consentement unanime n'est pas vraisemblable, il faudrait probablement modifier la loi. On se trouverait ainsi, naturellement, à donner aux opposants l'occasion de faire valoir leurs doléances, occasion que n'offrirait pas une simple modification du règlement d'application de la LPGTI.

En outre, une modification de la *Loi sur les Indiens* n'influerait pas sur les liens fiduciaires établis en dehors du cadre de la loi, c'est-à-dire sur les obligations fiduciaires de type *Sparrow*.

4. Cession accompagnée de mesures visant à protéger la Couronne

Cette option pourrait se concrétiser de diverses façons, entre autres: i) acceptation, par l'organisme détenant le pouvoir de décision, d'une certaine part de la responsabilité qui reviendrait à la Couronne du fait de son obligation fiduciaire; ii) libération de la Couronne de son obligation fiduciaire en cas de corruption ou de négligence démontrable de la part des décideurs des premières nations; ou iii) interdiction de poursuivre la Couronne aux groupes contrôlant l'organisme décideur dont les faits et gestes donnent lieu à une démarche judiciaire (par exemple, la bande X ne pourrait poursuivre la Couronne si elle contrôlait l'organe de décision; par contre, la bande Y le pourrait).

Ainsi, si les premières nations assument le quart de la responsabilité fiduciaire de la Couronne, elles savent qu'elles n'obtiendront jamais pleine compensation pour des violations de cette obligation. Par contre, si ce sont elles qui décident, elles sont davantage portées à faire attention. Le principe est analogue à celui de la franchise prévue dans une police d'assurance.

This option permits both the retention of some degree of a Crown fiduciary duty while, at the same time, decreasing the likelihood of a loss occurring. In this respect it seeks to find a middle position between the stated views of First Nations and government departments.

In some scenarios it is possible that the decision-making body may not have sufficient assets to fully compensate anyway, so presenting them with limited rather than full responsibility may not amount to a great difference. Partial liability may be sufficient to influence the actual day-to-day decision-makers.

This proposal, however, continues to expose the Crown to a potential loss which it is not able to directly control. The Crown would be trading off direct control for indirect influence.

5. Unconditional Transfer with Fiduciary Duty Remaining

The option described above links fiduciary responsibility with degree of control. This option, however, separates the two, permitting First Nations to exert control in the manner in which they best see fit, while the Crown retains its full responsibility to the First Nations in its capacity as a fiduciary.

The very significant, but only real advantage of this proposal is that it satisfies all First Nations demands respecting resource management.

On the negative side, this proposal creates significant exposure for the Crown. With the Crown effectively acting as the guarantor for decisions taken by First Nations organizations, this option fails to recognize the self-reliance of First Nations.

B. Managing the Transfer

As was indicated above, the second question which needs to be addressed is the way in which the agreed-upon transfer is managed. For example, it must be decided to which entity the Crown will transfer management and control. Three options are presented which address this issue. These are:

- co-management with First Nations;
- direct transfer of management to a single First Nations entity; and
- transfer to each oil and gas Nation separately.

1. Co-management

Co-management suggests active involvement of both the Crown and an Indian organization. The business could take any one of the wide variety of different commercial forms known, such as a joint venture, a partnership or a limited corporation. This option is distinguished from those described below by the continuing involvement of the Crown in decision-making.

Co-management may directly allay some First Nations concerns regarding being shut out of the decision-making process while, perhaps, providing a means by which the Crown would feel it has sufficient input to protect both its *Guerin*- and *Sparrow*-type fiduciary responsibilities. This option was favoured by several of the Chiefs who appeared, and counsel for the Saddle Lake First Nation indicated that they feel it warrants extensive discussion. As well, co-management might be able to

Cette option permet à la Couronne de conserver une certaine part de son obligation fiduciaire tout en réduisant le risque de pertes. Elle représente, en ce sens, un juste milieu entre les positions énoncées par les premières nations et les opinions des ministères.

Il est possible dans certains cas que l'organe de décision ne dispose pas de suffisamment d'avoirs pour verser pleine compensation, de toutes façons, de sorte qu'il importerait peu qu'il assume une responsabilité limitée plutôt que totale. Une responsabilité limitée pourrait suffire à influencer ceux qui sont appelés à prendre des décisions.

Dans cette option, la Couronne continue toutefois de s'exposer à d'éventuelles pertes sur lesquelles elle ne peut exercer de contrôle direct. La Couronne troquerait le contrôle direct contre une influence indirecte.

5. Cession Inconditionnelle et maintien de l'obligation fiduciaire

La responsabilité fiduciaire est ici liée au degré de contrôle exercé. Les deux notions sont cependant distinctes, de sorte que les premières nations peuvent exercer le contrôle comme elles le jugent bon et que la Couronne, en tant que fiduciaire, conserve son entière responsabilité à l'égard de la première nation.

Le seul intérêt réel, mais important, de cette option est qu'elle répond à toutes les exigences des premières nations en matière de gestion des ressources.

Par contre, dans un tel scénario, la Couronne serait très vulnérable. Comme, en réalité, elle se porterait garante des décisions prises par les organismes des premières nations, cette option ne permettrait pas de reconnaître l'autonomie des premières nations.

B. Forme de la cession

Comme il a déjà été mentionné, il faut aussi déterminer la forme que prendra la cession, notamment à qui la Couronne devrait céder la gestion et le contrôle. Trois choix s'offrent à elle :

- la cogestion, avec les premières nations;
- la cession directe de la gestion à un organisme regroupant certaines des premières nations; et
- la cession, séparément, à chaque nation propriétaire de terres pétrolières et gazifères.

1. La cogestion

Le principe de cogestion sous-entend la participation active tant de la Couronne que d'une organisation indienne. L'entreprise pourrait prendre une des diverses formes commerciales connues, comme la coentreprise, le partenariat ou la société à responsabilité limitée. Cette option a ceci de particulier, par rapport aux deux autres, que la Couronne continue de prendre part aux décisions.

La cogestion pourrait rassurer certaines des premières nations qui craignent d'être exclues du processus de prise de décisions tout en donnant peut-être à la Couronne le moyen de participer suffisamment au processus pour assumer ses obligations fiduciaires de type *Guerin* et de type *Sparrow*. Plusieurs chefs entendus par le Comité privilégiaient cette solution, et les conseillers juridiques de la première nation de Saddle Lake estimaient que l'option méritait un examen plus

be accomplished relatively easily, for instance, by permitting First Nation input into the choosing of the "manager" pursuant to the IOGA regulations.

Co-management may be valuable as a temporary situation during protracted negotiations regarding something as controversial as eroding the Crown's fiduciary duty as proposed in other options presented.

The principal concern with co-management is that it is ill defined at this moment. It could be that co-management as a solution really is rather illusory, with disagreements over who should manage the resource being replaced by disagreements over how control should be shared.

Additionally, depending on the management structure chosen, the Crown may not be adequately protected. For instance, some arrangements may result in each party being jointly and severally liable for actions against the management. Plaintiffs may seek to recover funds from the Crown rather than the First Nations' management partner for two reasons: (i) the Crown will have "deeper pockets"; and (ii) the plaintiff and the other management partner may not be at arm's length. The Crown may often find itself having to sue its management partner and may find that the partner does not have sufficient assets to appropriately contribute to an award of damages.

2. Direct Transfer to a Single First Nations Entity (SFNE)

Presently, there are approximately 35 First Nations in Canada with petroleum interests. These First Nations will have some common interests and concerns regarding petroleum development. This option proposes to build upon this commonality of interest by transferring management to a single First Nations entity (SFNE). The structure and responsibilities of the SFNE could be left entirely to the relevant First Nations to decide upon.

Within the context of First Nations issues generally, transfer to such an entity is in keeping with the broader self-government policies and objectives of the government.

As well, there are two important benefits from a practical standpoint. First, transfer to a SFNE probably decreases the likelihood of the Crown being responsible as a *Guerin*-type fiduciary because: (i) there are fewer decision makers to be responsible for, and (ii) a single organization is more likely to have or be able to acquire the required expertise to avoid losses. Second, a SFNE centralizes decision-making, and this may result in a single set of operational requirements for companies desiring to explore or produce on reserves. Depending upon the organizational structure of the entity, one or several First Nations may still be divorced from effective input into any real decision-making. Considering that there are only a small handful of First Nations with significant oil and gas interests, these groups might dominate the SFNE to the detriment of First Nations whose interest in petroleum development is comparatively less significant.

De plus, il pourrait être relativement aisé d'appliquer le principe de la cogestion, par exemple en laissant les premières nations participer au choix de l'administrateur nommé en vertu du règlement d'application de la LPGTI.

La cogestion pourrait s'avérer utile pour assurer la transition, en attendant que prennent fin des négociations prolongées au sujet de questions aussi épineuses que la diminution de l'obligation fiduciaire de la Couronne, comme il est proposé dans certaines autres options.

Actuellement, la cogestion est surtout préoccupante parce qu'elle est mal définie. Il se pourrait que cette solution soit plutôt illusoire, les désaccords au sujet des responsables de gestion des ressources étant remplacés par des différends au sujet du partage du contrôle.

De plus, selon la structure de gestion choisie, la Couronne pourrait ne pas être suffisamment protégée. Par exemple, dans certaines structures, chaque partie pourrait être solidairement responsable des poursuites entamées contre la gestion. Les demandeurs pourraient chercher à récupérer des fonds auprès de la Couronne, plutôt que de l'organisme représentant les premières nations, pour deux raisons : i) la Couronne a plus d'argent, et ii) le demandeur et le partenaire de gestion entretiennent peut-être des liens de dépendance. La Couronne pourrait souvent se trouver dans l'obligation de poursuivre son partenaire de gestion devant les tribunaux et pourrait découvrir qu'il n'a pas suffisamment d'actifs pour payer sa part des dommages-intérêts.

2. Cession directe à un organisme regroupant certaines des premières nations

Actuellement, le Canada compte environ 35 premières nations propriétaires de terres renfermant des hydrocarbures. Comme elles partagent des intérêts et des préoccupations au sujet de l'exploitation de ces ressources, la gestion serait cédée à un organisme regroupant ces premières nations. La définition de la structure et des responsabilités de cet organisme pourrait être laissée entièrement à la discrétion des premières nations qui en feraient partie.

Dans le contexte de questions plus globales liées aux premières nations, la cession à un tel organisme cadre bien avec la politique et les objectifs plus généraux que s'est fixés le gouvernement en matière d'autonomie gouvernementale.

L'option offre également deux importants avantages pratiques. D'une part, la cession à un tel organisme réduit vraisemblablement la probabilité que la Couronne soit tenue responsable en tant que fiduciaire de type *Guerin* i) parce le nombre de décideurs dont elle serait responsable est moindre et ii) parce qu'un organisme unique est plus susceptible de posséder ou d'acquérir le bassin de compétences voulues pour éviter les pertes. D'autre part, le pouvoir de décision est ainsi centralisé, de sorte que les sociétés souhaitant faire de la prospection ou de la production sur des terres des réserves pourraient n'avoir à se conformer qu'à une seule et même série d'exigences opérationnelles. Selon la structure organisationnelle retenue pour cet organisme, il se pourrait que l'une ou plusieurs des premières nations soient exclues du pouvoir réel de décision. Comme seulement quelques-unes des premières nations détiennent des intérêts pétroliers et gaziers importants, elles pourraient dominer l'organisme en question, au détriment des premières nations dont les intérêts sont comparativement moindres.

3. Transfer to Each First Nations Separately

Petroleum resources on Indian lands obviously are geographically and geologically separate. Each First Nation also has a distinct history and distinct socio-economic needs. The resource belongs to members of the particular First Nations, not to Indians generally. By analogy to private property law, this option would permit each First Nation to deal with its resource as it sees fit.

The primary value of this option, particularly from the First Nations' perspective, is that this most firmly puts control of resources in their hands. However, depending upon how a court would interpret this, there may also be a very significant benefit for the Crown. Transfer directly to the First Nations without explicit acceptance by the Crown of the continuation of its *Guerin*-type fiduciary duty may result in a court interpreting that the transfer extinguishes this fiduciary duty with respect to these natural resources. Of course, the *Sparrow*-type fiduciary duty could still remain.

Transfer to individual First Nations may, on the other hand, lead to multiple decision-makers, thus potentially increasing the likelihood of decisions being made that result in Crown responsibility through an ongoing fiduciary responsibility, if one is held to continue.

C. Towards a Resolution

The foregoing description of the options for transferring management and control over oil and gas resources and/or revenues highlights the complexities of this entire issue. It is apparent that each option has both advantages and drawbacks. These need to be closely examined by all interested parties.

Having reviewed the various options presented above, the Committee finds itself drawn towards the principle that along with management and control so should go responsibility. We are of the view that whatever transfer option is negotiated between the federal government and First Nations, it should embody this principle.

Clearly, a resolution of this issue will require significantly greater review and negotiation between First Nations and the federal government. We strongly urge the government to accelerate the necessary negotiations. The Committee therefore recommends:

RECOMMENDATION No. 4

That the federal government and First Nations negotiate an early resolution of the issue of transferring control over oil and gas resources and/or revenues, and that those negotiations be based on the principle that with control goes responsibility.

3. Cession à chacune des premières nations propriétaires de terres renfermant du pétrole ou du gaz

Les ressources en hydrocarbures que renferment les terres indiennes se trouvent, bien sûr, en divers endroits et dans des formations géologiques différentes. Chacune des premières nations a une histoire et des besoins socio-économiques distincts. Les ressources appartiennent aux membres de la première nation concernée plutôt à l'ensemble des Indiens. Par analogie avec le droit de propriété privée, cette option permettrait à chacune des premières nations de disposer de ses ressources comme elle l'entend.

Le principal intérêt de cette solution, particulièrement du point de vue des premières nations, est qu'elle est celle qui leur confie le plus nettement le contrôle des ressources. Cependant, selon l'interprétation qu'en ferait un tribunal, la Couronne pourrait également y gagner beaucoup. La cession directe aux premières nations, sans acceptation explicite par la Couronne du maintien de son obligation fiduciaire de type *Guerin*, pourrait inciter le tribunal à déclarer que la cession abolit l'obligation fiduciaire relative à ces ressources naturelles. Bien sûr, l'obligation de type *Sparrow*, elle, demeurerait.

La cession à chacune des premières nations pourrait par contre multiplier le nombre de décideurs. La probabilité serait alors plus forte que la Couronne soit tenue légalement responsable des décisions en raison d'une obligation fiduciaire, si l'on juge qu'il en existe encore.

C. Vers une solution

L'analyse des options possibles en matière de cession du contrôle et de la gestion des ressources pétrolières et gazières, ainsi que des revenus tirés de la vente de ces ressources, révèle l'extrême complexité de toute la question. Évidemment, toute solution présente à la fois des avantages et des inconvénients, qu'il est nécessaire pour toutes les parties d'examiner avec minutie.

Après avoir étudié ces diverses options, le Comité est enclin à adopter le principe voulant que la cession de la gestion et du contrôle des ressources doive s'accompagner d'une cession des responsabilités connexes. Quelle que soit l'option de cession qui est négociée entre le gouvernement fédéral et les premières nations, il faudrait qu'elle respecte ce principe.

Il est clair que la solution passera par des négociations encore plus importantes entre les premières nations et le gouvernement fédéral, qui devront également examiner de très près la question. Nous pressons le gouvernement d'accélérer ces négociations. Par conséquent, nous recommandons :

RECOMMANDATION N° 4

Que le gouvernement fédéral et les premières nations tiennent des négociations afin de trouver rapidement une solution à la question de la cession du contrôle des ressources pétrolières et gazières ou des revenus connexes, et que ces négociations soient fondées sur le principe qu'une cession du contrôle doit s'accompagner d'une cession de responsabilités.

ENDNOTES

1. "Transfer of Control of Oil and Gas to First Nations," Information provided to the House of Commons Standing Committee on Energy, Mines and Resources by the Department of Indian and Northern Affairs, 11 March 1993.
2. Mr. Joe Dion, Indian Energy Council, *Minutes and Proceedings and Evidence*, House of Commons Standing Committee on Energy, Mines and Resources, Issue 18, 23 March 1993.
3. *Ibid.*, p. 3.
4. Joe Dion (1993).
5. Chief Eric Large, *Minutes of Proceedings and Evidence*, House of Commons Standing Committee on Energy, Mines and Resources, Issue #18, 23 March 1993, p. 8-12.
6. *Ibid.*
7. Joe Dion (1993), p. 18:17.
8. Chief Victor Buffalo, *Minutes of Proceedings and Evidence*, House of Commons Standing Committee on Energy, Mines and Resources, Issue #18, 23 March 1993, p. 18:8.
9. *1991 Report of the Auditor General to the House of Commons*, 1991, p. 343-345.
10. *Ibid.*, p. 344.
11. *Ibid.*, p. 344.
12. Chief Eric Large (1993), p. 18:11.
13. "Indian Oil and Gas Act and Regulations", Information provided to the Committee by the Department of Indian Affairs in a letter from the Deputy Minister to the Chairman of the Committee, 23 March 1993, p. 2.
14. *Ibid.*, p. 2-3.
15. Chief Victor Buffalo (1993), p. 18:9.
16. Mr. Gregor MacIntosh, Director General, Registration, Revenues and Band Governance Branch, Department of Indian and Northern Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, House of Commons Standing Committee on Energy, Mines and Resources, Issue #19, 30 March 1993, p. 18-19.
17. "Debt Management and Employee Pensions," *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons*, 1991, p. 197-198.
18. *Ibid.*, p. 197.
19. *Guerin et al. v. The Queen* (1984), 13 D.L.R. (4th) 321 (S.C.C.).
20. *R. v. Sparrow* (1990), 70 D.L.R. (4th) 385 (S.C.C.).
21. See *Constitution Act, 1982*, section 35(1).

RÉFÉRENCES

1. «Cession aux premières nations du contrôle des ressources pétrolières et gazières», renseignements transmis au Comité permanent de l'énergie, des mines et des ressources de la Chambre des communes par le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, 11 mars 1993.
2. M. Joe Dion, Société d'énergie des Indiens, *Procès-verbaux et témoignages*, Comité permanent de l'énergie, des mines et des ressources de la Chambre des communes, fascicule n° 18, le 23 mars 1993.
3. *Ibid.*, p. 3.
4. Joe Dion (1993).
5. Chef Eric Large, *Procès-verbaux et témoignages*, Comité permanent de l'énergie, des mines et des ressources, fascicule n° 18, 23 mars 1993, p. 8-12.
6. *Ibid.*
7. Joe Dion (1993), p. 18:17.
8. Chef Victor Buffalo, *Procès-verbaux et témoignages*, Comité permanent de l'énergie, des mines et des ressources de la Chambre des communes, fascicule n° 18, le 23 mars 1993, p. 18:8.
9. *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes*, 1991, p. 378-379.
10. *Ibid.*, p. 378.
11. *Ibid.*, p. 379.
12. Chef Eric Large (1993), p. 18:11.
13. «Loi et règlement sur le pétrole et le gaz des terres indiennes», renseignements fournis au Comité par le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada dans une lettre du sous-ministre adressée au président du Comité, le 23 mars 1993, p. 2.
14. *Ibid.*, p. 2-3.
15. Chef Victor Buffalo (1993), p. 18:9.
16. M. Gregor MacIntosh, directeur général, Direction générale de l'inscription, des revenus et de l'administration des bandes, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, *Procès-verbaux et témoignages*, Comité permanent de l'énergie, des mines et des ressources, fascicule n° 19, p. 19:19.
17. «La gestion de la dette et les pensions des employés», *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes*, 1991, p. 218-219.
18. *Ibid.*, p. 218.
19. *Guerin et autres c. La Reine* (1984), 13 D.L.R. (4^e) 321 (C.S.C.).
20. *R. c. Sparrow* (1990), 70 D.L.R. (4^e) 385 (C.S.C.).
21. Voir la *Loi constitutionnelle de 1982*, paragraphe 35(1).

