

The Attorney General of Canada *Appellant*

v.

The Attorney General of British Columbia *Respondent*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL); *AN ACT RESPECTING THE VANCOUVER ISLAND RAILWAY (RE)*

File No.: 22758.

1993: December 2; 1994: May 5.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Constitutional law — British Columbia Terms of Union — Vancouver Island railway — Whether Canada owes British Columbia constitutional obligation to ensure operation of train service between Victoria and Nanaimo — British Columbia Terms of Union, R.S.C., 1985, App. II, No. 10, Term 11 — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, preamble, schedule — An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, c. 14, preamble.

Railways — Discontinuance of passenger-train services — Vancouver Island railway — Whether Canada has authority under Railway Act or National Transportation Act, 1987 to discontinue passenger-train service between Victoria and Nanaimo — Whether special federal legislation necessary — Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 3(1)(b), 7 — National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), s. 64 — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, s. 2, schedule.

Le procureur général du Canada *Appellant*

c.

Le procureur général de la Colombie-Britannique *Intimé*

RÉPERTORIÉ: COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL); *ACTE CONCERNANT LE CHEMIN DE FER DE L'ÎLE DE VANCOUVER (RE)*

Nº du greffe: 22758.

1993: 2 décembre; 1994: 5 mai.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique — Chemin de fer de l'île de Vancouver — Le Canada a-t-il envers la Colombie-Britannique une obligation constitutionnelle de garantir l'exploitation du service de trains entre Victoria et Nanaimo? — Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. (1985), App. II, n° 10, art. 11 — Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, préambule, annexe — An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, ch. 14, préambule.

Chemins de fer — Suppression de services de trains de voyageurs — Chemin de fer de l'île de Vancouver — Le Canada a-t-il le pouvoir en vertu de la Loi sur les chemins de fer ou de la Loi de 1987 sur les transports nationaux de supprimer le service de trains de voyageurs entre Victoria et Nanaimo? — Une loi spéciale fédérale est-elle nécessaire? — Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 3(1)b, 7 — Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), art. 64 — Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, art. 2, annexe.

Statutes — Agreement in schedule — Statutory ratification and confirmation of scheduled agreement — Whether agreement incorporated into statute — An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, s. 2, schedule.

Railways — Discontinuance of passenger-train services — Federal agency order for non-discontinuance of passenger-train service not reconsidered within five years as prescribed by railway legislation — Whether Governor in Council had jurisdiction under s. 64 of National Transportation Act, 1987 to vary order after five-year period — National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), s. 64 — Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, s. 268(2).

When British Columbia joined Confederation in 1871, Canada agreed, pursuant to Term 11 of the *British Columbia Terms of Union*, to commence within two years, construction of a railway connecting the "seaboard of British Columbia with the railway system of Canada" and to complete the railway within ten years. In return, British Columbia agreed to convey to Canada a contiguous strip of land on Vancouver Island and on the mainland to secure the development of the railway. Delays in the construction of the railway led to negotiations and to a settlement in 1883, which was in turn ratified and embodied in both federal ("Dominion Act") and provincial ("Provincial Act") legislation. Under the terms of the 1883 settlement, British Columbia confirmed and renewed the grant of contiguous land along the Island rail corridor. In turn, Canada agreed to contribute \$750,000 toward the cost of constructing the Esquimalt to Nanaimo line and to convey the granted lands^a to the contractors that would build the line. Canada then entered into a contract with the Dunsmuir railway syndicate, which agreed to construct the railway line and "continuously and in good faith operate the same". The Dunsmuir Agreement was ratified by, and attached as a schedule to, the Dominion Act. The line from Esquimalt to Nanaimo was completed in 1886 and extended to Victoria. The Dunsmuir Agreement was performed by the E & N Railway Co., which was purchased by the CPR in 1905. In the same year, Parliament passed a statute declaring the railway to be a work for the general advantage of Canada ("1905 Declaratory Act"). Anticipating the extension of the railway line to Courtenay, British Columbia passed a statute in 1912 exempting the extension lands from taxes. In the sched-

Législation — Convention annexée — Ratification et confirmation législatives d'une convention annexée — La convention fait-elle partie de la loi en question? — Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, art. 2, annexe.

Chemins de fer — Suppression de services de trains de voyageurs — L'ordonnance de maintien du service de trains de voyageurs, rendue par l'organisme fédéral, n'a pas été réexaminée dans le délai de cinq ans prescrit par la loi en matière de chemins de fer — Le gouverneur en conseil avait-il compétence en vertu de l'art. 64 de la Loi de 1987 sur les transports nationaux pour modifier cette ordonnance après le délai de cinq ans? — Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), art. 64 — Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 268(2).

d Lorsque la Colombie-Britannique a adhéré à la Confédération en 1871, le Canada s'est engagé, conformément à l'art. 11 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, à faire commencer, dans les deux années de l'adhésion, la construction d'un chemin de fer pour relier «la côte maritime de la Colombie Britannique au réseau des chemins de fer canadiens», et à faire achever ce chemin de fer dans un délai de dix ans. En contrepartie, la Colombie-Britannique s'est engagée à céder une bande de terre avoisinante sur l'île de Vancouver et sur le continent pour garantir l'aménagement du chemin de fer. Des retards dans la construction du chemin de fer ont donné lieu à des négociations et à une convention en 1883, laquelle convention a, à son tour, été ratifiée et incorporée dans les lois fédérale («Loi fédérale») et provinciale («Loi provinciale»). En vertu des conditions de la Convention fédérale-provinciale de 1883, la Colombie-Britannique confirmait et renouvelait la concession de terres avoisinantes le long de la ligne de chemin de fer sur l'Île. Le Canada, quant à lui, s'engageait à verser 750 000 \$ pour la construction d'un chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo et à transférer les terres cédées aux entrepreneurs qui construirait ce chemin de fer. Le Canada a ensuite conclu un contrat avec le consortium ferroviaire Dunsmuir qui s'est engagé à construire la ligne de chemin de fer et «sans interruption et de bonne foi [à] exploiter le dit chemin». La convention Dunsmuir a été ratifiée dans la Loi fédérale et annexée à cette loi. La ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo a été achevée en 1886 et prolongée jusqu'à Victoria. La convention Dunsmuir a été exécutée par la Compagnie E & N qui, en 1905, a été achetée par le CP. Au cours de la même année, le Parlement

uled agreement to the 1912 Act, the E & N Railway Co. agreed to construct and "continuously operate" the extension. Pursuant to s. 2 of the 1912 Act, the provisions of the schedule formed an integral part of the Act. The extension was completed in 1914.

a ment a adopté une loi déclarant le chemin de fer entreprise à l'avantage général du Canada («Loi déclaratoire de 1905»). En prévision du prolongement de la ligne de chemin de fer jusqu'à Courtenay, la Colombie-Britannique a adopté, en 1912, une loi ayant pour effet d'exempter d'impôt les terres visées par le prolongement. Dans la convention annexée à la Loi de 1912, la Compagnie E & N s'engageait à construire et à «exploiter sans interruption» le prolongement. Conformément à l'art. 2 de la Loi de 1912, les dispositions de la convention annexée faisaient partie intégrante de la Loi. Le prolongement a été achevé en 1914.

Following an application by the CPR, the Canadian Transport Commission ("CTC") declared in April 1984 that the Victoria to Courtenay passenger-train service was uneconomic but directed that service on the line not be discontinued. Pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, the Governor in Council varied the CTC order in October 1989, ordering the termination of the Victoria-Courtenay passenger-train service. Upon a petition by the province, the British Columbia Supreme Court granted a declaration that Canada has a perpetual constitutional obligation to maintain the rail service on the Victoria-Nanaimo portion of the railway. The Nanaimo-Courtenay portion, however, was expressly excluded from the declaration. In 1990, the Governor in Council revoked part of the 1989 Order-in-Council and amended the CTC order again, ordering the termination of the passenger-train service only between Nanaimo and Courtenay. In a second petition, the province challenged the validity of the 1990 Order-in-Council. The British Columbia Supreme Court declared that it was made without jurisdiction by reason of the failure of the National Transportation Agency ("NTA"), the CTC's successor, to conduct a review of the CTC order within five years, as contemplated by s. 268(2) of the *Railway Act*. The court found that the effect of a failure to review within the five-year period was to terminate the CPR's application to discontinue the service. After April 1989, there was therefore no order in existence upon which the jurisdiction of the Governor in Council under s. 64(1) of the *National Transportation Act, 1987* could be founded. Both petition judgments were appealed. The Court of Appeal upheld the constitutional declaration in effect, although a continuing rather than a perpetual obligation on the part of Canada to ensure operation of rail service was recognized. The court also held that the

b À la suite d'une demande du CP, la Commission canadienne des transports («CCT») a déclaré en avril 1984 que le service de trains de voyageurs entre Victoria et Courtenay n'était pas rentable, mais elle a ordonné le maintien du service de trains sur cette ligne. Conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, le gouverneur en conseil a, en octobre 1989, modifié l'ordonnance de la CCT et ordonné la suppression du service de trains de voyageurs entre Victoria et Courtenay. À la suite d'une requête de la province, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu un jugement déclarant que le Canada avait, en vertu de la Constitution, une obligation perpétuelle de maintenir le service ferroviaire sur la portion de la ligne de chemin de fer entre Victoria et Nanaimo. La partie entre Nanaimo et Courtenay a toutefois été expressément exclue du jugement déclaratoire. En 1990, le gouverneur en conseil a révoqué une partie du décret de 1989 et modifié de nouveau l'ordonnance de la CCT, en ordonnant la suppression du service de trains de voyageurs entre Nanaimo et Courtenay seulement. Dans une *c* deuxième requête, la province a contesté la validité du décret de 1990. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a déclaré que ce décret avait été pris en l'absence de compétence du fait que l'Office national des transports («ONT»), qui a succédé à la CCT, n'avait pas procédé à l'examen quinquennal de l'ordonnance de la CCT, prescrit par le par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*. La cour a conclu que l'omission de procéder à l'examen dans le délai de cinq ans avait pour effet d'annuler la demande de suppression de service présentée par le CP. Après avril 1989, il n'existe plus aucune ordonnance justifiant le gouverneur en conseil d'exercer sa compétence en vertu du par. 64(1) de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*. Les deux jugements sur requête ont fait l'objet d'un appel. La Cour d'appel a confirmé le jugement déclaratoire mais elle a reconnu que le Canada avait une obligation continue plutôt que perpétuelle de garantir l'exploitation du service ferroviaire.

d

e

f

g

h

i

j

1990 Order-in-Council was *ultra vires* the Governor in Council.

Held (Lamer C.J. and McLachlin J. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) Constitutional Issue

Canada does not owe a constitutional obligation to British Columbia in respect of the operation of the Victoria to Nanaimo Vancouver Island rail line. Although constitutional terms must be capable of growth, constitutional interpretation must nonetheless begin with the language of the constitutional law or provision in question. The wording of Term 11 is clear on its face and imposed only an obligation of construction on Canada, not an obligation of operation. Since there is no suggestion in the language of Term 11 that Canada has a continuing constitutional obligation to operate the Island rail line, British Columbia cannot assert that such an obligation, located in another instrument which is not itself constitutional, somehow attained constitutional status. Indeed, while the 1883 arrangements were an important way of implementing Term 11 and were the culmination of a nation-building effort, such arrangements could not create obligations of a constitutional kind unless those obligations were already specifically envisioned by the language of Term 11. To assert otherwise is to suggest that British Columbia and Canada, acting alone in 1883, could agree upon, and give effect to, a constitutional amendment. Prior to 1949, constitutional amendments required the participation of the Imperial Parliament, since the *Constitution Act, 1867* was an Act of that Parliament. Further, not all acts of nation building attain constitutional status. The 1883 arrangements resolved a constitutional dispute, but that resolution was part constitutional, part political. The principal constitutional part was the implementation of Term 11 obligations through the resolution of land-grant issues. The political part was anything not specifically contemplated by the language of Term 11. Accordingly, if an obligation on behalf of Canada to operate the Vancouver Island rail line arose in 1883, that obligation resulted only from a political compromise intended to resolve a constitutional impasse. Finally, the case law in no way interferes with the conclusion that Canada has

viaire. La cour a aussi conclu que le décret de 1990 excédait les pouvoirs du gouverneur en conseil.

Arrêt (le juge en chef Lamer et le juge McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) La question constitutionnelle

Le Canada n'a pas, en vertu de la Constitution, une obligation envers la Colombie-Britannique relativement à l'exploitation de la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver entre Victoria et Nanaimo. Bien que les dispositions constitutionnelles doivent être susceptibles d'évoluer, l'interprétation en la matière doit néanmoins commencer par l'examen du texte de la loi ou de la disposition constitutionnelle en cause. Le texte de l'art. 11 est clair à première vue et impose au Canada seulement une obligation de construire et non d'exploiter. Puisque le texte de l'art. 11 ne laisse aucunement entendre que le Canada a une obligation constitutionnelle continue d'exploiter la ligne ferroviaire de l'Île, la Colombie-Britannique ne saurait soutenir qu'une telle obligation, formulée dans un autre instrument qui n'est pas lui-même constitutionnel, a d'une manière ou d'une autre acquis un statut constitutionnel. En fait, bien que les arrangements de 1883 aient constitué une façon importante de mettre en œuvre l'art. 11 et aient été l'aboutissement d'efforts de création d'un pays, ils ne pouvaient pas créer des obligations de nature constitutionnelle, sauf si elles étaient déjà spécifiquement envisagées par le texte de l'art. 11. Prétendre le contraire revient à soutenir que la Colombie-Britannique et le Canada pouvaient, en 1883, s'entendre unilatéralement sur une modification de la Constitution et la mettre à exécution. Avant 1949, les modifications de la Constitution nécessitaient la participation du Parlement impérial puisque la *Loi constitutionnelle de 1867* était une loi de ce parlement. De plus, tous les actes de création d'un pays n'acquièrent pas forcément un statut constitutionnel. Les arrangements de 1883 ont réglé un différend en matière constitutionnelle, mais ce règlement était en partie de nature constitutionnelle et en partie de nature politique. Le volet constitutionnel principal était la mise à exécution des obligations prévues à l'art. 11 par le règlement des questions de concession de terres. Le volet politique comprenait tout ce qui n'était pas spécifiquement envisagé par l'art. 11. Par conséquent, si le Canada avait, en 1883, l'obligation d'exploiter la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver, cette obligation émanait seulement d'un compromis politique destiné à résoudre une impasse constitutionnelle. Enfin, la jurisprudence ne va nullement à l'encontre de la conclusion que le Canada n'a envers la Colombie-Britannique aucune obligation cons-

no constitutional obligation in respect of the operation of the Victoria to Nanaimo Vancouver Island rail line.

(2) *Statutory Interpretation Issue*

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The Dunsmuir Agreement, which contains an undertaking to "continuously" operate the railway, was not given statutory force as part of the Dominion Act, a federal "special Act" which prevails over inconsistent provisions in the *Railway Act* by virtue of s. 3(1)(b) of the latter Act. In order to make an agreement scheduled to an Act a part of the Act itself, it is not sufficient to find words in the statute merely confirming and validating the agreement; rather, words in the statute must be found which demonstrate that the agreement was intended to have statutory force. All the tools of statutory interpretation can be called in aid to determine whether incorporation is intended. Here, the Dominion Act simply confirmed and ratified the Dunsmuir Agreement and did nothing more. Further, the fact that Parliament passed an Act in 1886 to alter curve radius requirements in the Agreement does not indicate that the Agreement was given statutory force by the Dominion Act. The 1886 Act was necessary to continue the Governor in Council's supervisory authority given by s. 2 of the Dominion Act over the amended version of the Agreement. Additionally, in establishing that curves of a particular radius could be accepted by the Governor in Council with the consent of the province, the 1886 Act may have had the unique purpose of achieving a form of federal/provincial cooperation. Finally, s. 4 of the 1905 Declaratory Act, which specifically maintained certain rights and liabilities arising out of the Provincial Act, did not operate to preserve any operational obligations apparent in the latter Act.

Although the scheduled agreement to the 1912 Act — a provincial "special Act" — was "apparently" given statutory force by s. 2 of that Act, the "continuous operation" provision contained in the schedule did not take effect notwithstanding the *Railway Act* by virtue of s. 7 of the latter Act. In 1912, British Columbia was not competent to legislate in respect of the Island rail line's operation. Having obtained jurisdiction over the line by virtue of the 1905 Declaratory Act, Canada had the exclusive ability to legislate in such a fashion. British Columbia was competent to exact a contractual promise of continuous operation from the E & N Railway Co. and this promise could receive statutory authorization in

titionnelle relativement à l'exploitation de la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver entre Victoria et Nanaimo.

a (2) *La question d'interprétation législative*

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: La convention Dunsmuir, qui contient un engagement d'exploiter «sans interruption» le chemin de fer, ne s'est pas vu conférer force de loi en tant que partie de la Loi fédérale, laquelle est une «loi spéciale» fédérale qui l'emporte sur les dispositions incompatibles de la *Loi sur les chemins de fer* en vertu de l'al. 3(1)b de cette dernière loi. Pour qu'une entente annexée à une loi fasse partie de la loi elle-même, il ne suffit pas de trouver dans la loi des termes qui ne font que confirmer et valider cette entente; il faut plutôt trouver dans la loi des termes qui démontrent qu'on a voulu conférer force de loi à cette entente. On peut utiliser tous les outils d'interprétation législative pour déterminer si l'on a voulu incorporer une entente donnée dans une loi. En l'espèce, la Loi fédérale a simplement ratifié et confirmé la convention Dunsmuir, sans plus. De plus, l'adoption par le Parlement en 1886 d'une loi modifiant les exigences en matière de rayon de courbure prévues à la Convention n'indique pas que la Loi fédérale a conféré force de loi à la Convention. La Loi de 1886 était nécessaire pour maintenir le pouvoir de surveillance que l'art. 2 de la Loi fédérale conférait au gouverneur en conseil sur la version modifiée de la Convention. En outre, en prévoyant que les courbes d'un rayon donné pouvaient être acceptées par le gouverneur en conseil avec le consentement de la province, la Loi de 1886 peut avoir eu pour objet unique de réaliser une sorte de coopération fédérale-provinciale. Enfin, l'art. 4 de la Loi déclaratoire de 1905, qui maintenait explicitement certains droits et certaines responsabilités découlant de la Loi provinciale, n'avait pas pour effet de préserver toute obligation d'exploiter qui ressortait de la Loi provinciale.

b Bien que l'art. 2 de la Loi de 1912, qui est une «loi spéciale» provinciale, ait «apparemment» conféré force de loi à la convention qui y était annexée, la disposition relative à l'«exploitation sans interruption» contenue dans l'annexe ne s'appliquait pas nonobstant la *Loi sur les chemins de fer*, en vertu de l'art. 7 de cette loi. En 1912, la Colombie-Britannique n'était pas compétente pour légitimer relativement à l'exploitation du chemin de fer de l'Île. Étant donné que la Loi déclaratoire de 1905 lui avait conféré compétence sur cette ligne, le Canada avait la capacité exclusive de légitimer à cet égard. La Colombie-Britannique était compétente pour exiger de la Compagnie E & N une promesse contractuelle d'ex-

the 1912 Act, but the promise could not be elevated to the status of a statutory obligation by that Act. It is trite law that the *Railway Act* definition of "special Acts" encompasses only *intra vires* provisions of such Acts.

ploitation sans interruption et cette promesse pouvait être autorisée dans la Loi de 1912; cependant, cette loi ne pouvait pas conférer le statut d'obligation légale à la promesse en question. Il est bien établi en droit que la définition de l'expression «loi spéciale» dans la *Loi sur les chemins de fer* vise seulement les dispositions *intra vires* de ces lois.

Since the "special Act" exemption in the *Railway Act* has no application in this case, Parliament need not enact special legislation to order the discontinuance of passenger-train service on the Vancouver Island railway between Victoria and Nanaimo; reliance may instead be placed on the termination provisions of the *Railway Act* or s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*.

Puisque l'exemption de la «loi spéciale» prévue dans la *Loi sur les chemins de fer* ne s'applique pas en l'espèce, le Parlement n'a pas besoin d'adopter une loi spéciale pour ordonner la suppression du service de trains de voyageurs sur l'île de Vancouver entre Victoria et Nanaimo; au lieu de cela, il peut invoquer les dispositions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer* ou l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*.

Per Lamer C.J. (dissenting): When seeking to ascertain the meaning of a particular ratifying provision, one should not differentiate between mere "validation" and "incorporation into a statute" simply by looking at the words of the legislative provision which refers to the contract. The overall context and the aims pursued by the legislator must be taken into account. Here, the general context which led to the Dunsmuir Agreement and the nature of the duties contained therein strongly suggest that the provisions of the Agreement were given statutory force by the Dominion Act and, therefore, prevail over the inconsistent provisions of the *Railway Act*. First, the duty to "continuously" operate the railway found in the Agreement is more in the nature of a public duty, in the sense that it is owed to the public in general and not only to the other party to the contract. The public nature of the duty is the indication of an intent to incorporate the Agreement into the Dominion Act and thus to give it statutory force. Second, where statutes are enacted to give effect to a constitutional settlement, courts should not give them a narrow interpretation allowing one party to modify unilaterally the terms of the settlement. To do so would foster distrust between governments. It is clear that the Dunsmuir Agreement was part of the constitutional settlement between British Columbia and Canada. While it is a document distinct from the federal-provincial agreement, its provisions are so intertwined with the provisions of the latter that it should not be regarded as some sort of accessory agreement between Canada and a private company. Finally, the fact that Parliament chose in 1886 to pass an Act to modify the Dunsmuir Agreement further demonstrates

Le juge en chef Lamer (dissident): Pour déterminer le sens d'une disposition de ratification particulière, on ne devrait pas distinguer la «simple validation» de «l'incorporation dans la loi» en tenant compte uniquement du texte de la disposition législative qui renvoie au contrat. Il faut prendre en considération le contexte général et les objets visés par le législateur. Ici, le contexte général dans lequel s'inscrivait la convention Dunsmuir et la nature des obligations qu'elle imposait donnent fortement à entendre que la Loi fédérale a conféré force de loi aux dispositions de la Convention et que celles-ci l'emportent sur les dispositions incompatibles de la *Loi sur les chemins de fer*. En premier lieu, l'obligation d'exploiter la ligne sans interruption, que l'on trouve dans la Convention, tient davantage de la nature d'une obligation publique, en ce sens qu'il s'agit d'une obligation envers le public en général et non seulement envers l'autre partie au contrat. La nature publique de l'obligation est une indication de l'intention d'incorporer la Convention dans la Loi fédérale et, par conséquent, de lui donner force de loi. En second lieu, dans les cas où des lois ont été adoptées pour mettre à exécution un règlement constitutionnel, les tribunaux ne devraient pas leur donner une interprétation stricte permettant à une partie de modifier unilatéralement les conditions du règlement. Cela favoriserait la méfiance entre les gouvernements. Il est clair que la convention Dunsmuir faisait partie du règlement constitutionnel intervenu entre la Colombie-Britannique et le Canada. Bien qu'il s'agisse d'un document distinct de la convention fédérale-provinciale, ses dispositions sont si étroitement liées aux dispositions de cette dernière qu'il ne devrait pas être considéré comme un genre de convention accessoire entre le Canada et une société privée. Enfin, le fait que le Parlement a décidé en 1886 d'adopter une loi modifiant la convention Dunsmuir constitue une autre

that it was of the view that the Agreement had been incorporated into the Dominion Act.

(3) Administrative Issue

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The Governor in Council had the authority under s. 64 of the *National Transportation Act, 1987* to vary the CTC order, despite the fact that no review occurred within five years, as contemplated by s. 268(2) of the *Railway Act*. The Governor in Council has a vast discretion under s. 64 to vary a CTC or NTA order and the s. 64 power can be exercised at any time if such an order exists. Here, there was a valid and subsisting order at the time of the 1990 Order-in-Council. An order not to discontinue service made pursuant to s. 268(2) does not lapse in the event that a review of the application for discontinuance does not occur within five years. Under s. 268(2), the NTA is not required to reconsider its continuation order within five years; the NTA is only required to reconsider the application for discontinuance which originally led to that order. There is thus nothing in s. 268(2) to suggest that the status of an NTA order should change if a review does not take place within five years. The silence of the *Railway Act* with respect to the term of the order suggests that the order will persist as issued until varied or set aside. The CTC order is consistent with this interpretation of s. 268(2). It was not limited in time, nor do its terms suggest that failure to conduct a review of the application to discontinue will affect its persistence. These comments are sufficient to dispose of the third issue.

Alternatively, the word "shall" in s. 268(2) of the *Railway Act* is directory and not mandatory in its effect. There are significant adverse consequences associated with finding that s. 268(2) is mandatory in respect of applications to discontinue. If, at the end of a five-year period, such an application automatically expired, a straightforward reading of the *Railway Act* leads to the conclusion that the railway company would be obliged by law to continue to operate the uneconomic service, but would lose the benefit of the subsidy which Parliament intended it to receive. To demand continued operation in the absence of otherwise available subsidy support is to deny the economic reality of the situation. The "mandatory" label is thus associated with an eventuality to be avoided. That eventuality is seriously inconvenient. Hardship would result from the operation of the

preuve qu'il estimait que cette convention avait été incorporée dans la Loi fédérale.

(3) La question de droit administratif

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Le gouverneur en conseil pouvait, en vertu de l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, modifier l'ordonnance de la CCT même si l'examen quinquennal prévu au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* n'avait pas été fait. Le gouverneur en conseil possède, en vertu de l'art. 64, un vaste pouvoir discrétionnaire de modifier une ordonnance de la CCT ou un arrêté de l'ONT, et ce pouvoir peut être exercé à tout moment si une ordonnance ou un arrêté existe. En l'espèce, il existait encore un arrêté valide au moment du décret de 1990. Une ordonnance de maintien du service, rendue conformément au par. 268(2), ne devient pas caduque dans l'éventualité où un examen de la demande de suppression du service n'a pas lieu dans un intervalle de cinq ans. En vertu du par. 268(2), l'ONT n'est pas tenu de réexaminer son ordonnance de maintien dans les cinq ans; l'ONT n'a qu'à réexaminer la demande de suppression qui a initialement abouti à cette ordonnance. En conséquence, le par. 268(2) ne laisse aucunement entendre que le statut d'un arrêté de l'ONT devrait changer si un réexamen n'est pas effectué dans les cinq ans. Le fait que la *Loi sur les chemins de fer* ne précise pas la durée de l'ordonnance porte à croire qu'elle demeure en vigueur jusqu'à ce qu'elle soit modifiée ou annulée. L'ordonnance de la CCT est compatible avec cette interprétation du par. 268(2). Elle n'était pas de durée limitée et elle ne laissait pas entendre que l'omission d'examiner la demande de suppression de service allait en compromettre le maintien. Ces commentaires suffisent pour trancher la troisième question.

Subsidiairement, l'indicatif présent (*shall* en anglais) employé au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* a un effet directif et non impératif. D'importantes conséquences négatives résultent de la conclusion que le par. 268(2) est une disposition impérative en ce qui concerne les demandes de suppression de service. Si une demande prend fin automatiquement après cinq ans, une interprétation simple de la *Loi sur les chemins de fer* amène à conclure que la compagnie de chemin de fer serait légalement tenue de continuer d'exploiter le service non rentable, mais perdrait le bénéfice de la subvention que le législateur avait l'intention de lui accorder. Ce serait nier la réalité économique de la situation que d'exiger le maintien de l'exploitation en l'absence de subventions par ailleurs disponibles. Par conséquent, l'étiquette «impératif» est associée à une éventualité à éviter. Cette

statute itself and can be identified without independent evidence. Mandamus is not available to compel the NTA to reconsider the application to discontinue within the five-year period. Until this period expires, the s. 268(2) prescription has not been contravened.

Per Lamer C.J. and McLachlin J. (dissenting): The 1990 Order-in-Council, made pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, was *ultra vires* by reason of the NTA's failure to reconsider the CCT order within the five-year period prescribed by s. 268(2) of the *Railway Act*. Under s. 268(2), it is not possible to sever the application for discontinuance of an uneconomic passenger-train service from the order which follows and to devote the s. 268(2) reconsideration only to the former. To do so would be inconsistent with the scheme of the *Railway Act* and the wording of the section. It would also render the process of reconsideration meaningless since the only purpose of this process is to reconsider the decision that the uneconomic railway should continue to operate in light of current circumstances. In so far as one does so, one is considering the order. The CCT order was thus subject to a reconsideration within five years. The duty of reconsideration under s. 268(2) is mandatory and the NTA's failure to conduct a reconsideration within the time allotted by the Act has rendered the CCT order null and void. This result does not work serious general inconvenience to the railway company. The obligation to run the railway would continue, as it did before the railway's application for discontinuance. No case has been made that the subsidies that compensate the railway company for operating an uneconomic service would be affected, so hardship on that ground cannot be claimed. It was also open to the railway company to move to have the NTA reconsider the application within the five-year period or to bring a new application upon the expiry of that period.

éventualité constitue un grave inconvénient. Un préjudice découlait de l'application de la Loi elle-même et ce préjudice peut être décelé sans une preuve indépendante. On ne peut recourir au mandamus pour contraindre l'ONT à réexaminer la demande de suppression de service dans le délai de cinq ans. Il n'y a pas contravention à ce que prescrit le par. 268(2) avant l'expiration de ce délai.

Le juge en chef Lamer et le juge McLachlin (dissidents): Le décret de 1990, pris conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, était *ultra vires* du fait que l'ONT n'a pas procédé à l'examen quinquennal de l'ordonnance de la CCT, prescrit par le par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*. Aux termes b de ce paragraphe, il n'est pas possible de dissocier la demande de suppression d'un service non rentable de trains de voyageurs de l'ordonnance qui suit, et de ne faire porter le réexamen prévu au par. 268(2) que sur la demande. Une telle dissociation serait incompatible c avec l'économie de la *Loi sur les chemins de fer* et le texte de la disposition en cause. Elle ferait perdre tout d son sens au processus de réexamen puisque ce processus e pour unique objet de réviser la décision de maintenir tenu l'exploitation du chemin de fer non rentable compte f des circonstances existantes. Dans la mesure où g l'on examine cette décision, on examine l'ordonnance. L'ordonnance de la CCT était donc assujettie à un réexamen quinquennal. Le réexamen visé au par. 268(2) est impératif et l'omission de l'ONT de l'effectuer dans h le délai prescrit par la Loi a rendu nulle et sans effet i l'ordonnance de la CCT. Cela ne cause pas d'inconvénients généraux graves à la compagnie de chemin de fer. L'obligation d'exploiter le chemin de fer serait maintenue, comme c'était le cas avant que la compagnie ferroviaire demande l'autorisation d'en cesser l'exploitation. g On n'a pas fait valoir que les subventions que la compagnie de chemin de fer reçoit pour compenser l'exploitation d'un service non rentable seraient touchées, de sorte qu'on ne saurait se fonder sur ce motif pour alléguer l'existence d'un préjudice. Il était aussi loisible à la compagnie ferroviaire de demander à l'ONT de réexaminer la demande dans le délai de cinq ans ou de faire une nouvelle demande à l'expiration de ce délai.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Considered: *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87, rev'd [1948] S.C.R. 403, rev'd B.C.C.A., *sub nom. Reference re Esquimalt and Nanaimo Railway*, June 10, 1947, published in *B.C. Gazette*, June 19, 1947, at 1885;

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts examinés: *Attorney-General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87, inf. [1948] R.C.S. 403, inf. C.A.C.-B., *sub nom. Reference re Esquimalt and Nanaimo Railway*, 10 juin 1947, publié dans *B.C. Gazette*, 19 juin 1947, à

Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada (1889), 14 App. Cas. 295, rev'd (1887), 14 S.C.R. 345; **disapproved:** *Melville (City of) v. Attorney General of Canada*, [1983] 2 F.C. 123; **referred to:** *The Queen in Right of Canada v. The Queen in Right of Prince Edward Island*, [1978] 1 F.C. 533; *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. v. Treat* (1919), 48 D.L.R. 139; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Prince Edward Island (Minister of Transportation and Public Works) v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 1 F.C. 129; *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54; *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753; *McGregor v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1907] A.C. 462; *Burrard Power Co. v. The King*, [1911] A.C. 87; *Ottawa Electric Railway Co. v. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] S.C.R. 105; *Winnipeg v. Winnipeg Electric Railway Co.*, [1921] 2 W.W.R. 282; *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Kelner v. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98; *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. ex rel. Anderson v. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112; *Karavos v. City of Toronto*, [1948] O.W.N. 17; *Williamson v. Fisher*, [1934] O.W.N. 543; *R. ex rel. Canadian Wirevision Ltd. v. New Westminster (City)* (1964), 50 W.W.R. 465; *Pacific Investments Ltd. v. Delano* (1983), 57 N.S.R. (2d) 427 (S.C.T.D.), aff'd (1983), 62 N.S.R. (2d) 364 (S.C.A.D.).

By McLachlin J. (dissenting)

Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada, [1980] 2 S.C.R. 735; *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170; *Melville (City of) v. Attorney General of Canada*, [1982] 2 F.C. 3 (T.D.), rev'd [1983] 2 F.C. 123 (C.A.); *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98.

By Lamer C.J. (dissenting)

Ottawa Electric Railway Co. v. Corporation of the City of Ottawa, [1945] S.C.R. 105; *Caledonian Railway*

la p. 1885; *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295, inf. (1887), 14 R.C.S. 345; **arrêt critiqué:** *Melville (City of) c. Procureur général du Canada*, [1983] 2 C.F. 123; **arrêts mentionnés:** *La Reine du chef du Canada c. La Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1978] 1 C.F. 533; *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. c. Treat* (1919), 48 D.L.R. 139; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Attorney-General of Ontario c. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 1 C.F. 129; **Renvoi:** *Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54; **Renvoi:** *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *McGregor c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1907] A.C. 462; *Burrard Power Co. c. The King*, [1911] A.C. 87; *Ottawa Electric Railway Co. c. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] R.C.S. 105; *Winnipeg c. Winnipeg Electric Railway Co.*, [1921] 2 W.W.R. 282; *Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Kelner c. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98; *Montreal Street Railway Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170; **Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba**, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. ex rel. Anderson c. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112; *Karavos c. City of Toronto*, [1948] O.W.N. 17; *Williamson c. Fisher*, [1934] O.W.N. 543; *R. ex rel. Canadian Wirevision Ltd. c. New Westminster (City)* (1964), 50 W.W.R. 465; *Pacific Investments Ltd. c. Delano* (1983), 57 N.S.R. (2d) 427 (C.S. 1^{re} inst.), conf. par (1983), 62 N.S.R. (2d) 364 (C.S. Sect. app.).

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada, [1980] 2 R.C.S. 735; *Montreal Street Railway Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170; *Melville (City of) c. Procureur général du Canada*, [1982] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.), inf. par [1983] 2 C.F. 123 (C.A.); *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

Ottawa Electric Railway Co. c. Corporation of the City of Ottawa, [1945] R.C.S. 105; *Caledonian Railway*

Co. v. Greenock and Wemyss Bay Railway Co. (1874), L.R. 2 Sc. & Div. 347; *Sankey v. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1; *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533; *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352.

Co. c. Greenock and Wemyss Bay Railway Co. (1874), L.R. 2 Sc. & Div. 347; *Sankey c. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1; *Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533; *Manchester Ship Canal Co. c. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352.

Statutes Cited

Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1883, c. 14 [rep. S.B.C. 1884, c. 14], preamble, clause (e).

Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, c. 14, preamble, clauses (a), (b), (c), (d), (e), (k), ss. 1, 7, 8, 9, 17, 22, 27.

Act respecting the Esquimalt and Nanaimo Railway Company, S.C. 1905, c. 90, ss. 1, 4.

Act respecting the Railway from Esquimalt to Nanaimo, in British Columbia, S.C. 1886, c. 15, s. 1.

Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6, preamble, clauses (a), (b), (c), (d), (e), (k), ss. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 13, Schedule, clauses 3 and 9.

Act to repeal the "Esquimalt and Nanaimo Railway Act, 1875", S.B.C. 1882, c. 16.

British Columbia Terms of Union (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 10), Term 11.

British North America (No. 2) Act, 1949 (U.K.), 13 Geo. 6, c. 81 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 33) [rep. *Constitution Act, 1982*, s. 53(1)].

Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, Schedule B.

Constitution Act, 1867, ss. 92(10)(a), 146.

Constitution Act, 1930 (U.K.), 20 & 21 Geo. 5, c. 26 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 26), s. 1, Schedule, Item (4).

Constitution Act, 1982, ss. 43, 52(2), 53(1), Schedule, Items 4, 6, 22.

Esquimalt and Nanaimo Railway Company's Land Grant Tax Exemption Ratification Act, S.B.C. 1912, c. 33, s. 2, Schedule, clause 3.

National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), s. 64.

National Transportation Act, 1987, S.C. 1987, c. 34, s. 64.

Prince Edward Island Terms of Union (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 12).

b Lois et règlements cités

Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1883, ch. 14 [abr. par S.B.C. 1884, ch. 14], préambule, clause e).

Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, ch. 14, préambule, clauses a), b), c), d), e), k), art. 1, 7, 8, 9, 17, 22, 27.

Act to repeal the «Esquimalt and Nanaimo Railway Act, 1875», S.B.C. 1882, ch. 16.

Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo, S.C. 1905, ch. 90, art. 1, 4.

Acte concernant le chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo, dans la Colombie-Britannique, S.C. 1886, ch. 15, art. 1.

Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6, préambule, clauses (a), (b), (c), (d), (e), (k), art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 13, annexe, clauses 3 et 9.

Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2), 1949 (R.-U.), 13 Geo. 6, ch. 81 (reproduit dans L.R.C. (1985), App. II, n° 33) [abr. par *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 53(1)].

Acte des chemins de fer, 1903, S.C. 1903, ch. 58, art. 6.

Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, n° 12).

Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, n° 10), art. 11.

Esquimalt and Nanaimo Railway Company's Land Grant Tax Exemption Ratification Act, S.B.C. 1912, ch. 33, art. 2, annexe, clause 3.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(10)a), 146.

Loi constitutionnelle de 1930 (R.-U.), 20 & 21 Geo. 5, ch. 26 (reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, n° 26), art. 1, annexe, n° (4).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 43, 52(2), 53(1), annexe, n° 4, 6, 22.

Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2.

Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 2(1) "Special Act", 3(1), 7, 265, 266, 267, 268, 269, 270(1) [am. c. 28 (3rd Supp.), s. 324], (2).

Railway Act, 1903, S.C. 1903, c. 58, s. 6.

Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, ch. 11, annexe B.

Loi nationale de 1987 sur les transports, L.C. 1987, ch. 34, art. 64.

a *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), art. 64.

Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 2(1) «loi spéciale», 3(1), 7, 265, 266, 267, 268, 269, 270(1) [mod. ch. 28 (3^e suppl.), art. 324], (2).

b *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2.

Authors Cited

British Columbia. Legislative Assembly. *Papers in connection with the construction of the Canadian Pacific Railway between the Dominion, Imperial and Provincial governments* [Carnarvon Papers]. Victoria, B.C.: Legislative Assembly, 1880, 198.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

La Forest, Gérard Vincent. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.

La Forest, Gérard Vincent. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

Romaniuk, Bohdan S., and Hudson N. Janisch. "Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition" (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561.

Wade, William, Sir. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114, allowing in part an appeal from judgments of Esson C.J.S.C. declaring that Canada has a perpetual obligation to maintain rail service between Victoria and Nanaimo (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, 65 D.L.R. (4th) 494, [1990] 3 W.W.R. 61, and declaring that the order in council directing that passenger service be discontinued on the E & N Railway between Nanaimo and Courtenay was *ultra vires* the Governor in Council (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, 69 D.L.R. (4th) 217. Appeal allowed, Lamer C.J. and McLachlin J. dissenting.

Eric A. Bowie, Q.C., Lewis E. Levy, Q.C., and John R. Haig, Q.C., for the appellant.

Doctrine citée

British Columbia, Legislative Assembly. *Papers in connection with the construction of the Canadian Pacific Railway between the Dominion, Imperial and Provincial governments* [Carnarvon Papers]. Victoria, B.C.: Legislative Assembly, 1880, 198.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

La Forest, Gérard Vincent. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.

La Forest, Gérard Vincent. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

Romaniuk, Bohdan S., and Hudson N. Janisch. «Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition» (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561.

Wade, William, Sir. *Administrative Law*, 6th ed. Oxford: Clarendon Press, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114, qui a accueilli en partie un appel des jugements du juge en chef Esson déclarant que le Canada avait une obligation perpétuelle de maintenir le service ferroviaire entre Victoria et Nanaimo (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, 65 D.L.R. (4th) 494, [1990] 3 W.W.R. 61, et que le décret ordonnant la suppression du service de trains de voyageurs sur la ligne E & N entre Nanaimo et Courtenay excédait les pouvoirs du gouverneur en conseil (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, 69 D.L.R. (4th) 217. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et le juge McLachlin sont dissidents.

Eric A. Bowie, c.r., Lewis E. Levy, c.r., et John R. Haig, c.r., pour l'appelant.

George H. Copley and Patrick O'Rourke, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. (dissenting) — I have read the reasons of my colleagues, Mr. Justice Iacobucci and Madam Justice McLachlin. I am in agreement with the reasons of Iacobucci J. as to the constitutional law issue. However, on the administrative law issue, I respectfully disagree with him and would adopt the reasons of McLachlin J. In addition, and with respect, I cannot agree with either of them on the statutory interpretation issue. For the reasons that follow, I believe that the provisions of the Dunsmuir Agreement were given statutory force by the *Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion*, S.C. 1884, c. 6 ("Dominion Act"). Therefore, they prevail over the inconsistent provisions of the present *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3. I come to this conclusion not by a strict analysis of the words of the *Dominion Act*, but by examining the general context which led to the Dunsmuir Agreement and the nature of the duties contained therein.

George H. Copley et Patrick O'Rourke, pour l'intimé.

a Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident) — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges Iacobucci et McLachlin. Je souscris aux motifs du juge Iacobucci en ce qui concerne la question de droit constitutionnel. Quant à la question de droit administratif, toutefois, je ne partage malheureusement pas son opinion et j'adopterais les motifs du juge McLachlin. De plus, en toute déférence, je ne saurais être d'accord avec ni l'un ni l'autre juge en ce qui concerne la question d'interprétation législative. Pour les motifs qui suivent, je crois que l'*Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada*, S.C. 1884, ch. 6 («*Loi fédérale*») a donné force de loi aux dispositions de la convention Dunsmuir. Ces dernières l'emportent donc sur les dispositions incompatibles de la *Loi sur les chemins de fer* actuelle, L.R.C. (1985), ch. R-3. Ma conclusion est fondée non pas sur une analyse stricte du texte de la *Loi fédérale*, mais sur l'examen du contexte général dans lequel s'inscrivait la convention Dunsmuir et de la nature des obligations qu'elle imposait.

Legislative Approval of Contracts

A government may enter into a contract and be bound by its terms, unless the contract is inconsistent with the terms of a statute or vitiated by the principles of contract law. To remove these constraints on the Crown's ability to contract, a legislature may give "legislative approval" to the terms of a particular contract. In the present case, it is not necessary to decide whether such legislative approval was required, because it was in fact given by s. 2 of the *Dominion Act*. As a result, we need only be concerned with the effects of the legislative approval given to the Dunsmuir Agreement.

g Approbation législative des contrats

Un gouvernement peut passer un contrat et être lié par ses conditions, à moins que le contrat ne soit contraire aux dispositions d'une loi ou qu'il ne soit entaché d'un vice selon les principes du droit des contrats. Pour éliminer ces restrictions à la capacité de l'État de contracter, le législateur peut donner son «approbation législative» des conditions d'un contrat particulier. En l'espèce, il n'est pas nécessaire de décider si cette approbation législative était requise, parce que, en fait, elle a été donnée par l'art. 2 de la *Loi fédérale*. Nous n'avons donc qu'à nous préoccuper des effets de l'approbation législative de la convention Dunsmuir.

There is no fixed formula for legislative approval of contracts. Sometimes, words such as "ratified", "confirmed", "validated", "given effect to" are used. In some cases, the statute states that the parties shall have the rights mentioned in the contract, or that they shall perform the duties set out in it. In other cases, there is specific language such as "the contract shall have the force of law". When faced with such "ratifying Acts", courts have distinguished between agreements which were given statutory force (i.e., were incorporated into a statute), and those which were not given such force. The validity of contracts which are simply approved (i.e., which are not given statutory force) cannot be challenged for lack of authority, lack of privity, and other reasons which might render the contracts void. "Incorporated" contracts have the additional feature of being assimilated to statutes. For instance, they may create duties for third parties that possibly cannot be created by contracts which are simply validated by a legislature, even though I need not decide this issue now. This distinction is generally accepted in the Canadian, English and Australian jurisprudence: *Ottawa Electric Railway Co. v. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] S.C.R. 105; *Caledonian Railway Co. v. Greenock and Wemyss Bay Railway Co.* (1874), L.R. 2 Sc. & Div. 347 (H.L.); and *Sankey v. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1, at p. 77.

Aucune formule constante ne s'applique à l'approbation législative des contrats. Parfois, des mots comme «ratifié», «confirmé», «validé», «mis en vigueur» sont employés. Dans certains cas, la loi dit que les parties ont les droits qui sont mentionnés dans le contrat, ou qu'elles doivent s'acquitter des obligations énoncées dans celui-ci. Dans d'autres cas, elle prévoit expressément que «le contrat aura force de loi». Les tribunaux qui ont eu à examiner ces «lois de ratification» ont fait une distinction entre les contrats auxquels on donnait force de loi (c.-à-d. ceux qui étaient incorporés dans une loi), et ceux auxquels on ne donnait pas force de loi. La validité des contrats qui sont simplement approuvés (c.-à-d. ceux auxquels on ne donne pas force de loi) ne peut pas être contestée pour absence de capacité et pour d'autres motifs susceptibles de rendre nuls les contrats. Les contrats «incorporés» présentent la particularité additionnelle d'être assimilés à des lois. Par exemple, ils peuvent créer pour des tiers des obligations que des contrats qui sont simplement validés par le législateur ne sont peut-être pas susceptibles de créer, quoique je n'aie pas à trancher cette question maintenant. Cette distinction est généralement acceptée dans la jurisprudence canadienne, anglaise et australienne: *Ottawa Electric Railway Co. c. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] R.C.S. 105; *Caledonian Railway Co. c. Greenock and Wemyss Bay Railway Co.* (1874), L.R. 2 Sc. & Div. 347 (H.L.), et *Sankey c. Whitlam* (1978), 142 C.L.R. 1, à la p. 77.

g

Although this distinction between simple validation and incorporation into a statute may be useful to help determine what the effects of any given statutory approval scheme are, it may give rise to confusion if it is used as a device by which to bypass an analysis of Parliament's intent in approving a particular contract. Differentiating between "mere validation" and "incorporation into the statute" should not be done by simply looking at the words of the legislative provision which refers to the contract. The overall context and the aims pursued by Parliament may, and indeed must, be taken into account when one seeks to ascertain the meaning of a particular ratifying provision.

Bien que cette distinction entre la simple validation et l'incorporation dans une loi puisse nous aider à déterminer les effets d'un régime légal d'approbation donné, elle peut prêter à confusion si l'on s'en sert pour éviter d'analyser l'intention qu'avait le Parlement en approuvant un contrat particulier. On ne devrait pas distinguer la «simple validation» de «l'incorporation dans la loi» en tenant compte uniquement du texte de la disposition législative qui renvoie au contrat. Le contexte général et les objets visés par le Parlement peuvent et, en fait, doivent être pris en considération pour déterminer le sens d'une disposition de ratification particulière. Tel est le point de vue adopté par la

j

This was the approach of the Federal Court of Appeal in *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533. Indeed, the narrow issue of whether the Dunsmuir Agreement was actually incorporated or not in the statute must not be allowed to obscure the real question, i.e., whether Parliament intended to make the 1883-1884 constitutional settlement subject to unilateral modification by the federal executive acting alone. In my opinion, Parliament had no such intention. I have come to this conclusion upon examining the historical context of the *Dominion Act*.

The Context of the 1884 Dominion Act

Two elements strike me as being most important in deciding whether Parliament intended to give statutory force to the Dunsmuir Agreement in the *Dominion Act*.

Firstly, the duty to operate continuously which was imposed upon the Esquimalt & Nanaimo Railway Company in the Dunsmuir Agreement was not a duty owed simply to the federal government with which there was privity of contract. It was more in the nature of a public duty, benefitting all British Columbians and other potential users of the railway. Generally speaking, contracts create duties between the parties to them, while legislation creates duties for categories of persons who have not consented to its enactment. When a statutorily approved contract contains duties of such a public nature, in the sense that they are owed to the public in general and not only to the other party to the contract, it may be inferred that Parliament intended to give statutory force to these promises by incorporating the agreement into the statute, and not that it intended merely to validate the contract. For instance, in *Manchester Ship Canal Co. v. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352, Farwell J., in concluding that a certain agreement appended to a statute had been given statutory force, noted, at p. 362:

Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533. En fait, on ne doit pas laisser la question stricte de savoir si la convention Dunsmuir a réellement été incorporée dans la loi embrouiller la véritable question qui est de savoir si le Parlement a voulu rendre le règlement constitutionnel de 1883-1884 sujet à des modifications unilatérales par le pouvoir exécutif fédéral. À mon avis, telle n'était pas l'intention du Parlement. Je suis arrivé à cette conclusion en examinant le contexte historique de la *Loi fédérale*.

Le contexte de la Loi fédérale de 1884

À mon avis, deux éléments sont particulièrement importants lorsqu'il s'agit de décider si, dans la *Loi fédérale*, le Parlement a voulu donner force de loi à la convention Dunsmuir.

En premier lieu, l'obligation d'exploiter la ligne sans interruption, que la convention Dunsmuir a imposée à la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo, n'était pas une obligation que la compagnie avait simplement envers le gouvernement fédéral avec qui elle avait un lien de droit contractuel. Cette obligation tenait davantage de la nature d'une obligation publique, pour le bénéfice de tous les habitants de la Colombie-Britannique et des autres usagers potentiels du chemin de fer. De manière générale, les contrats créent des obligations entre les parties qui les ont passés, alors que la loi crée des obligations à l'égard de catégories de personnes qui n'ont pas consenti à son adoption. Lorsqu'un contrat qui est approuvé par une loi prévoit des obligations de nature publique, en ce sens qu'il s'agit d'obligations envers le public en général et non seulement envers l'autre partie au contrat, on peut déduire que le Parlement a voulu donner force de loi à ces promesses en incorporant la convention dans la loi, et qu'il n'a pas simplement voulu valider le contrat. Par exemple, dans l'arrêt *Manchester Ship Canal Co. c. Manchester Racecourse Co.*, [1900] 2 Ch. 352, le juge Farwell fait remarquer, à la p. 362, en concluant qu'une certaine convention annexée à une loi s'était vu conférer force de loi:

The parties might waive the agreement between themselves for their own benefit. They could not waive the statutory duty imposed upon them, if it were a duty imposed for the benefit of the public at large.

a

Similarly, the James Bay Agreement, which was held to have been incorporated in federal and provincial statutes in *Cree Regional Authority, supra*, contains many public duties which are not necessarily owed to the signatories of the Agreement, but rather are owed to members of the aboriginal communities or to the public at large. The public nature of the duties is surely an indication of an intent to incorporate the Agreement into the Act and thus, to give it statutory force.

b

c

Secondly, it must be remembered that the *Dominion Act* was part of the settlement of a constitutional dispute between British Columbia and the federal government. The different constituent parts of the settlement may not themselves have constitutional force. Indeed, the two governments chose not to request a modification to the *British Columbia Terms of Union* (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 10) from the Imperial Parliament. Nevertheless, constitutional settlements should be construed as being as certain and fixed as possible. In cases where statutes were enacted to give effect to a constitutional settlement, courts should not give them a narrow interpretation allowing one party to unilaterally modify the terms of the settlement. To do so would foster distrust between governments.

d

e

f

g

h

In my view, it is clear that the Dunsmuir Agreement was part of the 1883-1884 constitutional settlement between British Columbia and the federal government. While it is a document distinct from the federal-provincial agreement, its provisions are so intertwined with the provisions of the latter that we should not consider it as some sort of accessory agreement between the federal government and a private company.

i

j

[TRADUCTION] Les parties pourraient renoncer à l'entente intervenue entre elles pour leur propre bénéfice. Elles ne pourraient pas renoncer à l'obligation légale qui leur est imposée, s'il s'agissait d'une obligation imposée au profit du grand public.

De même, la Convention de la Baie James, qui, a-t-on jugé dans l'arrêt *Administration régionale crie*, précité, a été incorporée dans les lois fédérale et provinciale, prévoit de nombreuses obligations publiques, non pas nécessairement envers les signataires de la Convention, mais plutôt envers les membres des collectivités autochtones ou le grand public. La nature publique des obligations est sûrement une indication de l'intention d'incorporer la Convention dans la Loi et, par conséquent, de lui donner force de loi.

En second lieu, il faut se rappeler que la *Loi fédérale* faisait partie du règlement d'un différend constitutionnel entre la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral. Il se peut que les différentes parties constitutantes du règlement n'aient pas elles-mêmes force constitutionnelle. En fait, les deux gouvernements ont choisi de ne pas demander au Parlement impérial de modifier les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, no 10). Néanmoins, les règlements constitutionnels devraient être interprétés comme étant aussi certains et stables que possible. Dans les cas où des lois ont été adoptées pour mettre à exécution un règlement constitutionnel, les tribunaux ne devraient pas leur donner une interprétation stricte permettant à une partie de modifier unilatéralement les conditions du règlement. Cela favoriserait la méfiance entre les gouvernements.

À mon avis, il est clair que la convention Dunsmuir faisait partie du règlement constitutionnel de 1883-1884 intervenu entre la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral. Bien qu'il s'agisse d'un document distinct de la convention fédérale-provinciale, ses dispositions sont si étroitement liées aux dispositions de cette dernière que nous ne devrions pas le considérer comme un genre de convention accessoire entre le gouvernement fédéral et une société privée.

I also draw comfort from the fact that when the Dunsmuir Agreement was modified to allow the contractor to build curves sharper than expected in the railway line, an Act of Parliament was passed to effect the change: *An Act respecting the Railway from Esquimalt to Nanaimo, in British Columbia*, S.C. 1886, c. 15 ("Curve Act"). If the Agreement had not been given statutory authority, it could have been modified simply by agreement between the parties. The fact that Parliament chose to enact the *Curve Act* is a strong indication that it felt that such an enactment was required because the Dunsmuir Agreement had been incorporated into the *Dominion Act*. Also, I would note that the *Curve Act* refers to the initial curve requirements as "the requirements of the said Act forty-seventh Victoria, chapter six", even though these requirements were found in the Dunsmuir Agreement and not in the Act itself. This further demonstrates that Parliament was of the view that the Dunsmuir Agreement had been incorporated into the *Dominion Act*.

Je me fonde également sur le fait que, lorsque la convention Dunsmuir a été modifiée pour permettre à l'entrepreneur de construire, sur la ligne de chemin de fer, des courbes plus prononcées que ce qui était prévu, le Parlement a adopté une loi pour effectuer la modification: *Acte concernant le chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo, dans la Colombie-Britannique*, S.C. 1886, ch. 15 («*Loi sur les courbes*»). Si la Convention ne s'était pas vu conférer force de loi, elle aurait pu être simplement modifiée de gré à gré. Le fait que le Parlement a décidé d'adopter la *Loi sur les courbes* montre clairement qu'il estimait que pareil texte législatif était nécessaire parce que la convention Dunsmuir avait été incorporée dans la *Loi fédérale*. De plus, je ferais remarquer que la *Loi sur les courbes* parle des exigences initiales relatives aux courbes comme étant les «prescriptions du dit acte de la quarante-septième Victoria, chapitre six», bien que ces exigences soient énoncées dans la convention Dunsmuir et non dans la Loi elle-même. Cela constitue une autre preuve que le Parlement estimait que la convention Dunsmuir avait été incorporée dans la *Loi fédérale*.

While of the view that the Dunsmuir Agreement had statutory force, the Court of Appeal did not find the *Curve Act* helpful in coming to that conclusion. The court accepted the proposition put forward by the Attorney General of Canada that the *Curve Act* was only intended to continue the "supervisory authority" of the federal government over the construction of the railway, such authority being valid only with respect to the original agreement, and not with respect to the amended agreement. I cannot accept this explanation. If the Dunsmuir Agreement had not been incorporated in the *Dominion Act*, it remained a contract which could have been modified by the consent of the parties. The "supervisory authority" of the federal government would have flowed from the terms of the Agreement and not from the Act. Thus, it would have been unnecessary to ask Parliament to extend this "authority". In fact, the reasoning of the Court of Appeal pre-supposes that the "supervisory authority" comes from the Act and not only from the Agreement. This, in turn, can only be true if the Agreement is incorporated in the Act,

Même si elle était d'avis que la convention Dunsmuir avait force de loi, la Cour d'appel n'a pas jugé que la *Loi sur les courbes* était utile pour tirer cette conclusion. La cour a retenu la proposition avancée par le procureur général du Canada, selon laquelle la *Loi sur les courbes* visait uniquement à maintenir le «pouvoir de supervision» du gouvernement fédéral sur la construction du chemin de fer, lequel n'était valide qu'à l'égard de la convention initiale et non à l'égard de la convention modifiée. Je ne puis retenir cette explication. Si la convention Dunsmuir n'avait pas été incorporée dans la *Loi fédérale*, elle aurait continué d'être un contrat susceptible d'être modifié avec le consentement des parties. Le «pouvoir de supervision» du gouvernement fédéral aurait découlé des conditions de la Convention et non de la Loi. Ainsi, il n'aurait pas été nécessaire de demander au Parlement d'élargir ce «pouvoir». En fait, le raisonnement de la Cour d'appel presuppose que le «pouvoir de supervision» émane de la Loi et non seulement de la Convention. Cela, en revanche, ne peut être vrai que si la Convention est incorporée

because the Act itself does not expressly mention such authority. In the end, this line of reasoning is contradictory. In my view, we cannot avoid the conclusion that the framers of the *Curve Act* believed that the Dunsmuir Agreement had statutory force. ^a

The appellant urged that a contrary intent be inferred from the fact that some, but not all, provisions of the Dunsmuir Agreement are repeated in the *Dominion Act*. Only those provisions which are repeated, it argued, may have received statutory force. With respect, I do not find this argument convincing. One can speculate as to other reasons why the drafters may have included these provisions. For instance, Parliament may have wanted to make it completely clear that it approved the transfer of the funds mentioned in the Agreement (ss. 3 and 13). Also, it may have been felt that a specific provision was necessary to give effect to the customs duties exemption (s. 8). I note that a similar argument to the one advanced by the appellant here was put forward by the provincial government in *Cree Regional Authority, supra*, and was rejected by the Federal Court of Appeal in that case. ^b

In the result, I find that the Dunsmuir Agreement has statutory force and that it prevails over s. 268 of the *Railway Act*. ^c

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal. ^d

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by ^e

IACOBUCCI J.—There are two basic questions to be answered in this appeal. Can the federal government, acting alone, constitutionally compel the termination of passenger rail services on Vancouver Island? If termination can be so achieved, how must it be achieved? ^f

dans la Loi, puisque la Loi elle-même ne mentionne pas expressément ce pouvoir. En fin de compte, ce genre de raisonnement est contradictoire. À mon avis, on ne peut nier que les rédacteurs de la *Loi sur les courbes* croyaient que la convention Dunsmuir avait force de loi. ^g

L'appelant a pressé la Cour de déduire l'existence d'une intention contraire du fait que certaines dispositions de la convention Dunsmuir, et non pas toutes, sont reprises dans la *Loi fédérale*. Seules les dispositions qui sont reprises, soutient-il, peuvent s'être vu conférer force de loi. En toute déférence, je ne trouve pas cet argument convaincant. On peut conjecturer sur les autres raisons qui peuvent avoir incité les rédacteurs à inclure ces dispositions. Par exemple, il se peut que le Parlement ait voulu qu'il soit tout à fait clair qu'il approuvait le transfert des fonds mentionnés dans la Convention (art. 3 et 13). Il se peut aussi qu'on ait estimé qu'il devait y avoir une disposition précise pour que s'applique l'exemption des droits de douane (art. 8). Je remarque que, dans l'arrêt *Administration régionale crie*, précité, un argument semblable à celui que l'appelant a avancé en l'espèce a été invoqué par le gouvernement provincial et rejeté par la Cour d'appel fédérale. ^h

En définitive, je conclus que la convention Dunsmuir a force de loi et qu'elle l'emporte sur l'art. 268 de la *Loi sur les chemins de fer*. ⁱ

Pour les motifs qui précédent, je rejette le pourvoi. ^j

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par ^k

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi soulève deux questions fondamentales. Le gouvernement fédéral peut-il, en vertu de la Constitution, exiger unilatéralement la suppression du service de trains de voyageurs sur l'île de Vancouver? Dans l'affirmative, comment doit-il procéder? ^l

I. Facts

The history which forms the broader context of the present dispute has been impressively surveyed in several judgments. These include the *per curiam* decision of the British Columbia Court of Appeal in this case: *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280. Additionally, there is the decision of this Court *per Locke J.*, and of the British Columbia Court of Appeal *per O'Halloran J.A.*, in the *E & N Reference* case: *Attorney General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87 (P.C.), rev'd [1948] S.C.R. 403, rev'd B.C.C.A., *sub nom. Reference re Esquimalt and Nanaimo Railway*, June 10, 1947, published in *B.C. Gazette*, June 19, 1947, at p. 1885. I will not attempt a similarly extensive survey in these reasons. What follows is simply an overview of the historical facts necessary to my analysis inasmuch as a more complete history can be obtained through reference to the decisions I have cited.

British Columbia joined Confederation in 1871. This was formally achieved by the *British Columbia Terms of Union* (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 10). Pursuant to Term 11 of the Terms of Union, Canada agreed, in part, to commence within two years construction of a railway connecting the "seaboard of British Columbia with the railway system of Canada", and to "secure the completion" of that railway within ten years.

Between 1871 and 1883, Canada and British Columbia negotiated with one another in an attempt to resolve the railway obligation established by Term 11. In 1873, a route was selected which contemplated a fixed rail link between mainland British Columbia and northern Vancouver Island that was intended to traverse the Strait of Georgia. On the Island, the proposed route was to lead along the Island's east coast, through Nanaimo, to a proposed western terminus at Esquimalt, near Victoria.

I. Les faits

Le vaste contexte historique dans lequel se situe le présent litige a été examiné en profondeur dans plusieurs jugements. Mentionnons notamment l'arrêt *per curiam* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce, *British Columbia (Attorney General) c. Canada (Attorney General)* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, et l'arrêt de notre Cour, rendu par le juge Locke, et celui de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, prononcé par le juge O'Halloran, dans le *Renvoi E & N: Attorney General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87 (C.P.), inf. [1948] R.C.S. 403, inf. C.A.C.-B., *sub nom. Reference re Esquimalt and Nanaimo Railway*, le 10 juin 1947, publié dans la *B.C. Gazette*, le 19 juin 1947, à la p. 1885. Je ne tenterai pas de procéder à une analyse aussi détaillée dans mes motifs. Je ferai simplement un survol des faits historiques nécessaires à mon analyse, étant donné l'historique plus complet qu'on peut trouver dans les décisions que j'ai citées.

La Colombie-Britannique a adhéré à la Confédération en 1871. Cette adhésion a officiellement été reconnue dans les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, n° 10). Conformément à l'art. 11 de ces conditions, le Canada s'est notamment engagé à faire commencer, dans les deux années de l'adhésion, la construction d'un chemin de fer pour relier «la côte maritime de la Colombie Britannique au réseau des chemins de fer canadiens», et à «faire achever» ce chemin de fer dans un délai de dix ans.

Entre 1871 et 1883, le Canada et la Colombie-Britannique ont négocié ensemble en vue de s'entendre sur la façon d'exécuter l'obligation en matière de chemin de fer imposée par l'art. 11. En 1873, on a choisi un parcours établissant une liaison ferroviaire fixe entre la partie continentale de la Colombie-Britannique et le nord de l'île de Vancouver, qui devait traverser le détroit de Géorgie. Sur l'île, le parcours proposé devait partir de la côte est, passer par Nanaimo, et aboutir à un terminus sur la côte ouest, à Esquimalt, près de Victoria.

In 1875, British Columbia granted to Canada a corridor of land along the 1873 route. This railway belt measured 20 miles on either side of the proposed line. Under Term 11, British Columbia had agreed "to convey to the Dominion Government . . . a similar extent of public lands along the line of railway throughout its entire length in British Columbia, not to exceed, however, twenty (20) miles on each side of said line". Thus, large tracts of land, both on Vancouver Island and on the mainland, were conveyed to secure the development of the railway as contemplated by Term 11.

Construction of the railway was delayed. These delays were particularly harmful to British Columbia, since no settlement or development of the granted land corridor could occur prior to the railway's completion. As a result, on Vancouver Island roughly one quarter of the Island's area, including most of its arable land, stood in developmental limbo.

A major cause of the construction delay was the emerging view that the 1873 route was neither technically nor financially feasible. Another route was selected and it was this route on which the railway was ultimately constructed. The new route led down the Fraser River Valley to a western terminus at Burrard Inlet, present-day Vancouver. British Columbia accepted the route change with resignation, and abandoned the idea of a fixed rail link to Vancouver Island. However, British Columbia continued to regard the Vancouver Island rail line between Esquimalt and Nanaimo as part of Canada's railway obligation under Term 11 of the Terms of Union.

In 1883, negotiations between British Columbia and Canada finally concluded, and the result was described in the Settlement Agreement of 1883. The Settlement Agreement was in turn ratified and embodied as a preamble in both federal and provincial implementing legislation: *An Act relating to the*

En 1875, la Colombie-Britannique accordait au Canada une bande de terres le long du parcours déterminé en 1873. Cette zone de chemin de fer mesurait 20 milles de part et d'autre du parcours proposé. En vertu de l'art. 11, la Colombie-Britannique avait convenu «de transférer au Gouvernement Fédéral [...] une étendue de terres publiques, sur tout le parcours de ce chemin de fer dans la Colombie-Britannique, ne devant pas excéder, néanmoins, vingt (20) milles de chaque côté de cette ligne». D'importantes étendues de terre, tant sur l'île de Vancouver que sur le continent, furent ainsi cédées pour garantir l'aménagement du chemin de fer prévu par l'art. 11.

Il y a eu des retards dans la construction du chemin de fer. Ces retards ont été particulièrement préjudiciables à la Colombie-Britannique puisque aucune colonisation ni aucun aménagement de la bande de terres cédées ne pouvait avoir lieu avant l'achèvement de la construction du chemin de fer. C'est ce qui explique pourquoi l'aménagement d'environ un quart de la superficie de l'île de Vancouver, comprenant la majeure partie de ses terres arables, était «tombé dans l'oubli».

Le retard dans la construction résultait principalement du fait que l'on s'était rendu compte que le parcours de 1873 n'était ni techniquement ni financièrement réalisable. On a alors choisi un autre parcours qui a finalement servi à la construction du chemin de fer. Le nouveau parcours longeait la vallée du fleuve Fraser jusqu'à un terminus situé à l'ouest dans la baie Burrard, site actuel de Vancouver. La Colombie-Britannique s'est résignée au changement de parcours et a abandonné l'idée d'une liaison ferroviaire fixe avec l'île de Vancouver. Toutefois, la Colombie-Britannique a continué de considérer que la ligne ferroviaire de l'île de Vancouver entre Esquimalt et Nanaimo faisait partie de l'obligation du Canada en vertu de l'art. 11 des Conditions de l'adhésion.

En 1883, des négociations entre la Colombie-Britannique et le Canada ont finalement abouti à la Convention fédérale-provinciale de 1883. Cette convention a, à son tour, été ratifiée et incorporée comme préambule dans les lois fédérale et provinciale de mise en œuvre: *An Act relating to the*

to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, c. 14. (“*Provincial Act*”); and *An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Railway Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion*, S.C. 1884, c. 6 (“*Dominion Act*”).

Under the terms of the Settlement Agreement of 1883, Canada agreed to contribute a sum toward the cost of constructing the Esquimalt to Nanaimo line. British Columbia, in turn, confirmed and renewed the grant of contiguous land along the Island rail corridor, and Canada agreed to convey these lands to “the contractors who may build such railway”: clause (e). Canada also agreed to take security from the contractors “for the construction and completion of such railway” before 1887: clause (e). With respect to these proposed contractors, British Columbia agreed to procure the incorporation of a company which would construct the Island rail line. The Esquimalt & Nanaimo Railway Company (“E & N Company”) was thus created: s. 8 of the *Provincial Act*.

The province also agreed, in the Settlement Agreement of 1883, to grant to Canada 3.5 million acres of land in the Peace River interior of mainland British Columbia. This Peace River block grant was intended to respond to unforeseen events at least in part, inasmuch as railway corridor along the new mainland route was considered to be much less valuable than the corridor along the old route.

In addition to Canada and British Columbia, a third party, the proposed railway contractor (“Dunsmuir Syndicate”), was intimately involved in the negotiations which led to the Settlement Agreement of 1883. On the same day that Canada ratified that Agreement, Canada executed a contract (“Dunsmuir Agreement”) with the Dunsmuir Syndicate. The Dunsmuir Agreement was ratified by, and attached as a schedule to, the *Dominion*

Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province, S.B.C. 1884, ch. 14 («*Loi provinciale*»); et *Acte concernant le chemin de fer de l’Île de Vancouver, le bassin de radoub d’Esquimalt, et certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada*, S.C. 1884, ch. 6 («*Loi fédérale*»).

En vertu des conditions de la Convention fédérale-provinciale de 1883, le Canada s’engageait à verser une contribution pour la construction d’un chemin de fer entre Esquimalt et Nanaïmo. La Colombie-Britannique, quant à elle, confirmait et renouvelait la concession de terres avoisinantes le long de la ligne de chemin de fer sur l’Île, et le gouvernement fédéral convenait de transférer ces terres «aux entrepreneurs qui construiront ce chemin [de fer]»: al. (e.). Le Canada avait aussi convenu d’exiger des entrepreneurs des garanties «pour assurer la construction du dit chemin de fer et son achèvement» avant 1887: al. (e.). En ce qui concerne les entrepreneurs proposés, la Colombie-Britannique convenait d’assurer la constitution en personne morale d’une société qui construirait le chemin de fer de l’Île, d'où la constitution de la Compagnie du chemin de fer d’Esquimalt à Nanaïmo («Compagnie E & N»): art. 8 de la *Loi provinciale*.

Dans la Convention fédérale-provinciale de 1883, la province convenait aussi de transférer au Canada trois millions et demi d’acres de terre dans le district de la rivière de la Paix de la Colombie-Britannique. Ce transfert d’un bloc de terre visait, tout au moins en partie, à répondre aux événements imprévus dans la mesure où la bande de terres cédées le long du nouveau parcours sur le continent était considérée beaucoup moins utile que celle de l’ancien parcours.

Outre le Canada et la Colombie-Britannique, une troisième partie, l’entrepreneur ferroviaire proposé («consortium Dunsmuir»), avait étroitement participé aux négociations ayant abouti à la Convention fédérale-provinciale de 1883. Le jour même de sa ratification de la convention fédérale-provinciale, le Canada a signé un contrat («convention Dunsmuir») avec le consortium Dunsmuir. La convention Dunsmuir a été ratifiée dans la *Loi*

Act. In the Dunsmuir Agreement, the Syndicate agreed to “construct, complete, equip, maintain and work continuously” the line of the railway, and to “continuously and in good faith operate the same”: clauses 3 and 9 (emphasis added).

The line from Esquimalt to Nanaimo was completed in 1886 and extended to Victoria. The contract with the Dunsmuir Syndicate was performed by the E & N Company. In 1905, the E & N Company was purchased by the Canadian Pacific Railway Company (“CPR”). At the time of the purchase, the railway was declared to be a work for the general advantage of Canada by s. 1 of *An Act respecting the Esquimalt and Nanaimo Railway Company*, S.C. 1905, c. 90 (“*1905 Declaration Act*”). However, pursuant to s. 4 of that Act, it was established that the declaration would not prejudicially affect the pre-existing rights and liabilities of British Columbia and the E & N Company.

In 1914, the Island rail line was extended north from Nanaimo to Courtenay. Anticipating the extension, British Columbia passed a statute exempting the extension lands from taxes. The statutory exemption was enacted subject to the requirement that the E & N Company “continuously operate” the extension: *Esquimalt and Nanaimo Railway Company’s Land Grant Tax Exemption Ratification Act*, S.B.C. 1912, c. 33 (“*1912 Provincial Land Tax Exemption Act*”), Schedule, clause 3.

Both portions of the Island rail line, that is, between Victoria and Nanaimo, and between Nanaimo and Courtenay, have been operating continuously since their respective completion dates. Since 1977, VIA Rail has been responsible for the operation of passenger service on the line.

Pursuant to the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, a rail line can be declared “uneconomic”, such that its operation can be rationalized or abandoned. The CPR first applied for a declaration and a termination order in 1974 (under forerunner legislation, the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2).

fédérale et annexée à cette loi. Dans la convention Dunsmuir, le consortium s’engageait à «construire, achever, équiper, entretenir et exploiter sans interruption» la ligne de chemin de fer, et «sans interruption et de bonne foi [à] exploiter le dit chemin»: art. 3 et 9 (je souligne).

La ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo a été achevée en 1886 et prolongée jusqu'à Victoria. Le contrat avec le consortium Dunsmuir a été exécuté par la Compagnie E & N. En 1905, la Compagnie E & N a été achetée par la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique («CP»). Lors de l'achat, le chemin de fer a été déclaré entreprise à l'avantage général du Canada, à l'art. 1 de l'*Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo*, S.C. 1905, ch. 90 («*Loi déclaratoire de 1905*»). Toutefois, l'art. 4 de cette loi prévoyait que la déclaration ne porterait pas atteinte aux droits et obligations préexistants de la Colombie-Britannique et de la Compagnie E & N.

e En 1914, la ligne de chemin de fer de l'Île a été prolongée vers le nord à partir de Nanaimo jusqu'à Courtenay. En prévision du prolongement, la Colombie-Britannique avait adopté une loi ayant pour effet d'exempter d'impôt les terres visées par le prolongement. Cette exemption était assujettie à la condition que la Compagnie E & N «exploite sans interruption» le prolongement: *Esquimalt and Nanaimo Railway Company’s Land Grant Tax Exemption Ratification Act*, S.B.C. 1912, ch. 33 («*Loi provinciale d'exemption d'impôt foncier de 1912*»), annexe, art. 3.

Les deux portions de la ligne de chemin de fer de l'Île, soit entre Victoria et Nanaimo, et entre Nanaimo et Courtenay, ont été exploitées sans interruption depuis leurs achèvements respectifs. Depuis 1977, VIA Rail est chargée d'exploiter le service de trains de voyageurs sur cette ligne.

j Conformément à la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, une ligne de chemin de fer peut être déclarée «non rentable» et son exploitation peut alors être rationalisée ou supprimée. Le CP a d'abord demandé une déclaration de non-rentabilité et une ordonnance de suppression du ser-

Following upon events which need not be recounted, in 1984, the Canadian Transport Commission ("CTC") declared that the Victoria to Courtenay rail line was uneconomic: CTC Order R-36539. The CTC directed, however, that service on the line not be discontinued.

The National Transportation Agency ("NTA"), the CTC's successor, did not perform a statutorily prescribed five-year review of the application for discontinuance of the rail line service. In 1989, after the review period expired, the Governor in Council purported to vary Order R-36539 pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.) (formerly S.C. 1987, c. 34). The termination of passenger rail service between Victoria and Courtenay was ordered, effective January 15, 1990: Order-in-Council P.C. 1989-1974.

British Columbia responded to P.C. 1989-1974 with a petition that alleges that Canada has a perpetual constitutional obligation to maintain the rail service on the Island. A declaration to this effect issued from the British Columbia Supreme Court, but it pertained only to the Victoria to Nanaimo portion of the rail line: (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, 65 D.L.R. (4th) 494, [1990] 3 W.W.R. 61. The Nanaimo to Courtenay portion was expressly excluded.

In deference to this result, the Governor in Council revoked Schedule VII to P.C. 1989-1974, meaning that its earlier termination order ceased to have effect. The Governor in Council proceeded, however, to amend again Order R-36539. Termination of the passenger-train service between Nanaimo and Courtenay was thus ordered, effective January 15, 1990: Order-in-Council P.C. 1990-21.

British Columbia responded with a second petition. This petition challenges P.C. 1990-21 on the

vice (en vertu de la loi précédente, la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2). Après des événements dont je n'ai pas à faire le récit, la Commission canadienne des transports («CCT») a déclaré en 1984 que la ligne de chemin de fer entre Victoria et Courtenay était non rentable: ordonnance R-36539 de la CCT. Cependant, elle a ordonné le maintien du service de trains sur cette ligne.

L'Office national des transports («ONT»), qui a succédé à la CCT, n'a pas procédé à l'examen quinquennal, prescrit par la Loi, de la demande de suppression de service. En 1989, après l'expiration du délai imparti pour effectuer l'examen, le gouverneur en conseil a entrepris de modifier l'ordonnance R-36539 conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.) (auparavant L.C. 1987, ch. 34). La suppression du service de trains de voyageurs entre Victoria et Courtenay a été ainsi ordonnée, à compter du 15 janvier 1990: décret C.P. 1989-1974.

À la suite du décret C.P. 1989-1974, la Colombie-Britannique a déposé une requête dans laquelle elle alléguait que le Canada a, en vertu de la Constitution, une obligation perpétuelle de maintenir le service ferroviaire sur l'Île. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu un jugement déclaratoire en ce sens, mais seulement relativement à la portion de la ligne de chemin de fer entre Victoria et Nanaïmo (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, 65 D.L.R. (4th) 494, [1990] 3 W.W.R. 61. La partie entre Nanaïmo et Courtenay a été expressément exclue.

Par égard pour ce résultat, le gouverneur en conseil a révoqué l'annexe VII du décret C.P. 1989-1974, rendant ainsi inopérant son décret antérieur de suppression de service. Toutefois, le gouverneur en conseil a entrepris de modifier de nouveau l'ordonnance R-36539. La suppression du service de trains de voyageurs entre Nanaïmo et Courtenay a ainsi été ordonnée, à compter du 15 janvier 1990: décret C.P. 1990-21.

La Colombie-Britannique a répondu en déposant une deuxième requête dans laquelle elle contestait

basis that it purports to vary a lapsed NTA order, such that P.C. 1990-21 is *ultra vires* the Governor in Council. A declaration to this effect issued from the British Columbia Supreme Court: (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, 69 D.L.R. (4th) 217.

Both the first and second petition judgments were appealed to the British Columbia Court of Appeal: (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114. The Court of Appeal held that P.C. 1990-21 was, indeed, *ultra vires* the Governor in Council. The Court of Appeal also upheld the constitutional declaration in effect, although a continuing rather than a perpetual obligation on the part of Canada to ensure operation of rail service was recognized. This Court granted leave to appeal from that decision, [1992] 2 S.C.R. v.

II. Relevant Constitutional, Statutory, and Other Provisions

A. *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 5)

146. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice of Her Majesty's Most Honourable Privy Council, on Addresses from the Houses of the Parliament of Canada, and from the Houses of the respective Legislatures of the Colonies or Provinces of Newfoundland, Prince Edward Island, and British Columbia, to admit those Colonies or Provinces, or any of them, into the Union . . . on such Terms and Conditions in each Case as are in the Addresses expressed and as the Queen thinks fit to approve, subject to the Provisions of this Act; and the Provisions of any Order in Council in that Behalf shall have effect as if they had been enacted by the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland.

B. *British Columbia Terms of Union* (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 10)

11. The Government of the Dominion undertake to secure the commencement simultaneously, within two years from the date of the Union, of the construction of

le décret C.P. 1990-21 pour le motif qu'il avait pour effet de modifier un arrêté caduc de l'ONT et qu'il excédait les pouvoirs du gouverneur en conseil. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu un jugement déclaratoire en ce sens: (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, 69 D.L.R. (4th) 217.

Les deux jugements rendus relativement aux première et deuxième requêtes ont fait l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114. Celle-ci a statué que le décret C.P. 1990-21 excédait effectivement les pouvoirs du gouverneur en conseil. La Cour d'appel a aussi confirmé le jugement déclaratoire de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, mais elle a reconnu que le Canada avait une obligation continue plutôt que perpétuelle de garantir l'exploitation du service ferroviaire. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi relativement à cette décision, [1992] 2 R.C.S. v.

II. Les textes législatifs, constitutionnels et autres

A. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., ch. 3 (reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, no 5)

146. Il sera loisible à la Reine, de l'avis du très honorable Conseil privé de Sa Majesté, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada et des chambres des législatures respectives des colonies ou provinces de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Colombie-Britannique d'admettre ces colonies ou provinces, ou l'une d'entre elles, dans l'Union [...] selon les termes et conditions, en chaque cas, qui seront exprimés dans les adresses et que la Reine jugera convenables d'approuver, conformément aux dispositions de la présente loi. Les dispositions de tout arrêté en conseil rendu à cet égard auront le même effet que si elles avaient été édictées par le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande.

B. *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, no 10)

11. Le gouvernement de la Puissance s'engage à faire commencer simultanément, dans les deux années de la date de l'Union, la construction d'un chemin de fer du

a railway from the Pacific towards the Rocky Mountains, and from such point as may be selected, east of the Rocky Mountains, towards the Pacific, to connect the seaboard of British Columbia with the railway system of Canada; and further, to secure the completion of such railway within ten years from the date of the Union.

And the Government of British Columbia agrees to convey to the Dominion Government, in trust, to be appropriated in such manner as the Dominion Government may deem advisable in furtherance of the construction of the said railway, a similar extent of public lands along the line of railway throughout its entire length in British Columbia, not to exceed, however, twenty (20) miles on each side of said line, as may be appropriated for the same purpose by the Dominion Government from the public lands in the north-west territories and the Province of Manitoba. Provided that the quantity of land which may be held under pre-emption right or by Crown grant within the limits of the tract of land in British Columbia to be so conveyed to the Dominion Government shall be made good to the Dominion from contiguous public lands; and provided further, that until the commencement, within two years, as aforesaid, from the date of the union, of the construction of the said railway, the Government of British Columbia shall not sell or alienate any further portions of the public lands of British Columbia in any other way than under right of pre-emption, requiring actual residence of the pre-emptor on the land claimed by him. In consideration of the land to be so conveyed in aid of the construction of the said railway, the Dominion Government agrees to pay to British Columbia from the date of the Union, the sum of 100,000 dollars per annum, in half-yearly payments in advance.

C. Settlement Agreement of 1883, as incorporated by way of preamble into the *Dominion Act* and the *Provincial Act* which follow:

WHEREAS negotiations between the Governments of Canada and British Columbia have been recently pending, relative to delays in the commencement and construction of the Canadian Pacific Railway, and relative to the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain railway lands of the Province of British Columbia;

Pacifique aux Montagnes-Rocheuses, et du point qui pourra être choisi, à l'est des Montagnes-Rocheuses, jusqu'au Pacifique, pour relier la côte maritime de la Colombie Britannique au réseau des chemins de fer canadiens, — et de plus à faire achever ce chemin de fer dans les dix années de la date de l'Union.

Et le gouvernement de la Colombie Britannique convient de transférer au Gouvernement Fédéral, à la charge d'en disposer de telle manière que le Gouvernement Fédéral le jugera à propos dans l'intérêt de la construction de ce chemin de fer, une étendue de terres publiques, sur tout le parcours de ce chemin de fer dans la Colombie Britannique, ne devant pas excéder, néanmoins, vingt (20) milles de chaque côté de cette ligne, semblable à celle qui pourra être affectée au même objet par le Gouvernement Fédéral à même les terres publiques des territoires du Nord-Ouest et de la province de Manitoba; pourvu que la quantité de terre qui pourra être possédée en vertu d'un droit de préemption ou d'une concession de la Couronne, dans les limites de l'étendue de terre dans la Colombie Britannique qui devra être ainsi cédée et transportée au Gouvernement Fédéral, sera remplacée au bénéfice du Gouvernement Fédéral à même les terres publiques avoisinantes; et pourvu aussi que jusqu'au commencement, sous deux ans de la date de l'Union, comme il est dit ci-haut, de la construction de ce chemin de fer, le gouvernement de la Colombie Britannique ne vendra ni n'aliénera aucune nouvelle partie des terres publiques de la Colombie Britannique d'aucune autre manière qu'en vertu du droit de préemption, en exigeant de celui qui exercera ce droit qu'il tienne feu et lieu sur la terre qu'il réclamera. En considération des terres ainsi cédées pour aider à la construction de ce chemin de fer, le Gouvernement Fédéral convient de payer à la Colombie Britannique, à dater de l'époque de l'Union, la somme de 100,000 piastres par année, en versements semestriels et d'avance.

h C. Convention fédérale-provinciale de 1883, incorporée comme préambule dans la *Loi fédérale* et la *Loi provinciale*

i CONSIDÉRANT que des négociations ont récemment eu lieu entre le gouvernement du Canada et celui de la Colombie-Britannique, au sujet des retards apportés au commencement et à la construction du chemin de fer Canadien du Pacifique, et au sujet du chemin de fer de l'île de Vancouver, du bassin de radoub d'Esquimalt, et de certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique;

And, whereas, for the purpose of settling all existing disputes and difficulties between the two Governments, it hath been agreed as follows: —

(a). The Legislature of British Columbia shall be invited to amend the Act number eleven, of one thousand eight hundred and eighty, intituled "An Act to authorize the grant of certain public lands on the Mainland of British Columbia to the Government of the Dominion of Canada for Canadian Pacific Railway purposes," so that the same extent of land on each side of the line of railway through British Columbia, wherever finally settled, shall be granted to the Dominion Government in lieu of the lands conveyed by that Act:

(b). The Government of British Columbia shall obtain the authority of the Legislature to grant to the Government of Canada a portion of the lands set forth and described in the Act, number fifteen, of one thousand eight hundred and eighty-two, intituled "An Act to incorporate the Vancouver Land and Railway Company," namely, that portion of the said lands therein described, commencing at the southern boundary thereof and extending to a line running east and west, half-way between Comox and Seymour Narrows; and also a further portion of the lands conveyed by the said Act to the northward of and contiguous to that portion of the said lands last hereinbefore specified, equal in extent to the lands within the limits thereof which may have been alienated from the Crown by Crown grants, pre-emption, or otherwise:

(c). The Government of British Columbia shall obtain the authority of the Legislature to convey to the Government of Canada three and one-half millions of acres of land in the Peace River District of British Columbia, in one rectangular block, east of the Rocky Mountains and adjoining the North-West Territories of Canada:

(d). The Government of British Columbia shall procure the incorporation, by Act of their Legislature, of certain persons, to be designated by the Government of Canada, for the construction of the railway from Esquimalt to Nanaimo:

(e). The Government of Canada shall, upon the adoption by the Legislature of British Columbia of the terms of this agreement, seek the sanction of Parliament to

Et considérant que, dans la vue de régler toutes contestations et difficultés existant entre les deux gouvernements, il a été convenu et arrêté ce qui suit: —

^a (a.) La législature de la Colombie-Britannique sera invitée à modifier l'acte numéro onze, de mil huit cent quatre-vingt, intitulé «*An Act to authorize the grant of certain public lands on the mainland of British Columbia to the Government of the Dominion of Canada for Canadian Pacific Railway purposes,*» — (Acte qui autorise la concession de certaines terres publiques sur la terre ferme de la Colombie-Britannique au gouvernement de la Puissance du Canada pour les fins du chemin de fer Canadien du Pacifique,) — à l'effet d'octroyer au gouvernement fédéral, au lieu des terres transférées par

^b le dit acte, une même étendue de terrain de chaque côté de la ligne du chemin de fer, à travers la Colombie-Britannique, quelle que soit la situation du tracé définitivement établi;

^d (b.) Le gouvernement de la Colombie-Britannique se fera autoriser par la législature à concéder au gouvernement du Canada une portion des terres indiquées et décrites en l'acte numéro quinze, de mil huit cent quatre-vingt-deux, intitulé «*An Act to incorporate the Vancouver Land and Railway Company,*» — (Acte constituant en corporation la Compagnie des terres et du chemin de fer de Vancouver,) — à savoir: la portion des dites terres y désignées commençant à leur limite méridionale et s'étendant jusqu'à une ligne tirée de l'est à l'ouest à mi-chemin entre Comox et le détroit de Seymour; et aussi une autre portion des terres que transfère le dit acte, à prendre au nord et sur la limite de la portion des dites terres ci-dessus en dernier lieu mentionnées, d'une étendue égale à celle de tous terrains compris dans celle-ci qui ont pu être aliénés du domaine de la couronne par concessions, préemptions ou autrement;

^f

^c (c.) Le gouvernement de la Colombie-Britannique se fera autoriser par la législature à transférer au gouvernement du Canada trois millions et demi d'acres de terre dans le district de la rivière de la Paix de la Colombie-Britannique, en un seul bloc rectangulaire, à l'est des Montagnes-Rocheuses, sur la limite du territoire du Nord-Ouest du Canada;

^h

ⁱ (d.) Le gouvernement de la Colombie-Britannique procurera la constitution en corporation, par un acte de la législature provinciale, de certaines personnes que désignera le gouvernement du Canada, pour la confec-tion du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo;

^j (e.) Le gouvernement du Canada, après l'adoption par la législature de la Colombie-Britannique des articles de la présente convention, demandera au parlement l'auto-

enable them to contribute to the construction of a railway, from Esquimalt to Nanaimo, the sum of seven hundred and fifty thousand dollars, and they agree to hand over to the contractors who may build such railway the lands which are or may be placed in their hands for that purpose by British Columbia; and they agree to take security, to the satisfaction of the Government of that Province, for the construction and completion of such railway on or before the tenth day of June, one thousand eight hundred and eighty-seven, — such construction to commence forthwith:

risation de contribuer la somme de sept cent cinquante mille piastres à la construction d'un chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo, et convient de transférer aux entrepreneurs qui construiront ce chemin les terres qui lui sont ou pourront lui être cédées à cet effet par la Colombie-Britannique; et il s'engage à exiger des garanties, à la satisfaction du gouvernement de cette province, pour assurer la construction du dit chemin de fer et son achèvement le ou avant le dixième jour de juin mil huit cent quatre-vingt-sept, les travaux devant se commencer immédiatement;

(k). This agreement is to be taken by the Province in full of all claims up to this date by the Province against the Dominion, in respect of delays in the commencement and construction of the Canadian Pacific Railway, and in respect of the non-construction of the Esquimalt and Nanaimo Railway, and shall be taken by the Dominion Government in satisfaction of all claims for additional lands under the terms of Union, but shall not be binding unless and until the same shall have been ratified by the Parliament of Canada and the Legislature of British Columbia:

(k.) La province acceptera cette convention en règlement de toutes réclamations qu'elle peut avoir jusqu'à ce jour contre la Puissance, à raison des délais apportés au commencement des travaux de construction du chemin de fer Canadien du Pacifique, ainsi que de la non-construction du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo; et de son côté, le gouvernement fédéral acceptera cette convention comme l'équivalent de tous droits à d'autres terres en vertu des conditions d'union; mais la dite convention ne sera obligatoire que lorsqu'elle aura été ratifiée par le parlement du Canada et la législature de la Colombie-Britannique;

D. Provincial Act

An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province,
S.B.C. 1884, c. 14

1. The hereinbefore recited agreement shall be and is hereby ratified and adopted.

7. There is hereby granted to the Dominion Government three and a half million acres of land in that portion of the Peace River District of British Columbia lying East of the Rocky Mountains and adjoining the North-West Territory of Canada, to be located by the Dominion in one rectangular block.

8. For the purpose of facilitating the construction of the Railway between Esquimalt and Nanaimo, it is hereby enacted that such persons . . . as may be named . . . shall be and are hereby constituted a body corporate and politic by the name of "The Esquimalt and Nanaimo Railway Company."

9. The company, and their agents and servants, shall lay out, construct, equip, maintain, and work a continuous double or single track steel railway of the gauge of

D. Loi provinciale

An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province,
S.B.C. 1884, ch. 14

[TRADUCTION] 1. La convention relatée ci-dessus est par les présentes approuvée et adoptée.

g

7. Il est par les présentes cédé au gouvernement du Canada, en un seul bloc rectangulaire, trois millions et demi d'acres de terre dans la partie du district de la rivière de la Paix de la Colombie-Britannique, située à l'est des Montagnes Rocheuses, sur la limite du territoire du Nord-Ouest du Canada.

8. Pour faciliter la construction du chemin de fer entre Esquimalt et Nanaïmo, il est par les présentes établi que les personnes [...] qui peuvent être nommées [...] sont par les présentes constituées en personne morale, sous le nom de «Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo».

9. La compagnie, ses mandataires et employés, procéderont au tracé, à la construction, à l'équipement, à l'entretien et à l'exploitation d'une ligne de chemin de fer

the Canadian Pacific Railway . . . from a point at or near the harbour of Esquimalt, in British Columbia, to a port or place at or near Nanaimo on the eastern coast of Vancouver Island, with power to extend the main line to Comox and Victoria, and to construct branches to settlements on the east coast, and also to extend the said railway by ferry communications to the mainland of British Columbia, and there to connect or amalgamate with any railway line in operation or course of construction . . .

double ou simple continue, en acier, de la largeur prévue pour le Chemin de fer canadien du Pacifique [. . .] depuis un point situé au port d'Esquimalt, en Colombie-Britannique, ou à proximité de celui-ci, jusqu'à un port ou à un endroit situé à Nanaïmo ou à proximité de celle-ci, sur la côte est de l'île de Vancouver. Il pourra y avoir prolongement de la ligne principale jusqu'à Comox et Victoria, et construction d'embranchements jusqu'à des villages sur la côte est; il sera aussi possible de prolonger ladite ligne de chemin de fer au moyen de communications par traversiers jusqu'à la partie continentale de la Colombie-Britannique de façon à la relier à une ligne de chemin de fer en exploitation ou en cours de construction . . .

17. The Consolidated Railway Act, eighteen hundred and seventy-nine (1879), of Canada, shall, so far as its provisions are applicable to the undertaking and are not inconsistent with or contrary to the provisions of this Act, apply to the said railway, and shall be read with and form part of this Act.

17. L'Acte refondu des chemins de fer, de mil huit cent soixante-dix-neuf (1879), du Canada, s'applique à ladite ligne de chemin de fer dans la mesure où ses dispositions sont applicables à l'entreprise ou ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente loi ou contraires à celles-ci, et il s'interprète conjointement à la présente loi et en fait partie.

22. The lands to be acquired by the company from the Dominion Government for the construction of the Railway shall not be subject to taxation, unless and until the same are used by the company for other than railroad purposes, or leased, occupied, sold, or alienated.

22. Les terres que la compagnie doit acquérir du gouvernement fédéral pour la construction du chemin de fer sont exemptées d'impôt, sauf si la Compagnie les utilise à d'autres fins, ou encore si elles sont louées, occupées, vendues ou cédées.

27. The said Esquimalt and Nanaimo Railway Company shall be bound by any contract or agreement for the construction of the Railway from Esquimalt to Nanaimo which shall be entered into by and between the persons so to be incorporated as aforesaid, and Her Majesty, represented by the Minister of Railways and Canals, and shall be entitled to the full benefit of such contract or agreement, which shall be construed and operate in like manner as if such company had been a party thereto in lieu of such persons, and the document had been duly executed by such company under their corporate seal.

27. Ladite Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo est liée par tout contrat ou toute convention se rattachant à la construction de la ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaïmo, devant être conclu entre Sa Majesté, représentée par le ministre des Chemins de fer et Canaux, et les personnes devant être constituées en personne morale; la compagnie bénéficie pleinement d'un tel contrat ou d'une telle convention, que l'on interprète et applique comme si c'était la compagnie, plutôt que les personnes qui la composent, qui avait été une partie à ce contrat ou à cette convention, et comme si le document avait dûment été signé par cette compagnie en sa qualité de personne morale.

E. *Dominion Act*

An Act respecting the Vancouver Island Railway, the Esquimalt Graving Dock, and certain Rail-

E. *Loi fédérale*

Acte concernant le chemin de fer de l'Île de Vancouver, le bassin de radoub d'Esquimalt, et

way Lands of the Province of British Columbia, granted to the Dominion, S.C. 1884, c. 6

certaines terres de chemin de fer de la province de la Colombie-Britannique cédées au Canada, S.C. 1884, ch. 6

1. The hereinbefore recited agreement is hereby *a* approved and ratified.
1. La convention relatée ci-dessus est par le présent approuvée et ratifiée.
2. The agreement, a copy of which, with specification, is hereto appended as a schedule, for the construction, equipment, maintenance and working of a continuous line of railway of a uniform gauge of four feet, eight and one-half inches, from Esquimalt to Nanaimo in Vancouver Island, British Columbia, and also for the construction, equipment, maintenance and working of a telegraph line along the line of the said railway, is hereby approved and ratified, and the Governor in Council is authorized to carry out the provisions thereof according to their purport.
2. La convention, dont copie est reproduite, avec le devis qui l'accompagne, comme annexe, conclue pour la construction, l'équipement, l'entretien et l'exploitation d'une ligne de chemin de fer continue, d'une largeur de voie uniforme de quatre pieds huit pouces et demi, entre Esquimalt et Nanaimo, dans l'île de Vancouver, Colombie-Britannique, et aussi pour la construction, l'équipement, l'entretien et l'exploitation d'une ligne de télégraphe sur le parcours du dit chemin de fer, est par le présent approuvée et ratifiée, et le Gouverneur en conseil est autorisé à en mettre les stipulations à effet suivant leur teneur.
3. The Governor in Council may grant to "The Esquimalt and Nanaimo Railway Company" mentioned in the said agreement, and incorporated by the Act of the Legislature of British Columbia lastly hereinbefore referred to, in aid of the construction of the said railway and telegraph line, a subsidy in money of seven hundred and fifty thousand dollars . . .
3. Le Gouverneur en conseil pourra accorder à la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo, mentionnée dans la dite convention et constituée en corporation par l'acte de la législature de la Colombie-Britannique ci-dessus en dernier lieu mentionné, pour aider à la construction des dites lignes de chemin de fer et de télégraphe, une subvention en argent de sept cent cinquante mille piastres . . .

SCHEDULE.

Between Robert Dunsmuir, James Dunsmuir and John Bryden [and other members of the "Dunsmuir Syndicate"] . . . and Her Majesty Queen Victoria, represented herein by the Minister of Railways and Canals . . .

Whereas it has been agreed by and between the Governments of Canada and British Columbia, that the Government of British Columbia should procure the incorporation, by an Act of their Legislature, of certain persons to be designated by the Government of Canada, for the construction of a railway from Esquimalt to Nanaimo, and that the Government of Canada should take security from such company for the construction of such railway:

ANNEXE.

Entre Robert Dunsmuir, James Dunsmuir et John Bryden [et d'autres membres du «consortium Dunsmuir»] . . . et Sa Majesté la Reine Victoria, représentée à la présente convention par le ministre des Chemins de fer et Canaux . . .

Attendu qu'il a été convenu par et entre les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique que le gouvernement de la Colombie-Britannique procurerait l'incorporation, au moyen d'un acte de la législature provinciale, de certaines personnes que désignerait le gouvernement du Canada, pour la construction d'un chemin de fer depuis Esquimalt jusqu'à Nanaimo, et que le gouvernement du Canada exigerait des garanties de cette compagnie pour la sûreté de l'exécution du chemin;

And whereas the parties hereto, of the first part, are associated together for the purpose of constructing or contracting for the construction of a railway and telegraph line from Esquimalt to Nanaimo, and are hereafter referred to as the said contractors:

3. That the said contractors shall and will well, truly and faithfully lay out, make, build, construct, complete, equip, maintain and work continuously a line of railway of a uniform gauge of four feet eight and a-half inches, from Esquimalt to Nanaimo, in Vancouver Island, British Columbia, the points and approximate route and course being shown on the map hereunto annexed, marked B, and also construct, maintain and work continuously a telegraph line throughout and along the said line of railway, and supply all such telegraphic apparatus as may be required for the proper equipment of such telegraph line, and perform all engineering services, whether in the field or in preparing plans or doing other office work, to the entire satisfaction of the Governor in Council.

9. That the said contractors will, upon and after the completion and equipment of the said line of railway and works appertaining thereto, truly and in good faith keep and maintain the same, and the rolling stock required therefor, in good and efficient working and running order, and shall continuously and in good faith operate the same, and also the said telegraph line and will keep the said telegraph line and appurtenances in good running order.

F. 1905 Declaratory Act

An Act respecting the Esquimalt and Nanaimo Railway Company, S.C. 1905, c. 90

1. The railway of the Esquimalt and Nanaimo Railway Company, hereinafter called "the Company," is declared to be a work for the general advantage of Canada.

4. Nothing in this Act shall prejudicially affect the respective rights and liabilities of the province of British Columbia and of the Company, now existing or which heretofore existed by virtue of the provisions of the Act

Et attendu que les parties de la première part se sont associées pour construire ou entreprendre de construire un chemin de fer et une ligne télégraphique d'Esquimalt à Nanaïmo, — lesquelles parties sont ci-après appelées «les dits entrepreneurs»:

3. Les dits entrepreneurs s'engagent à bien et fidèlement tracer, construire, achever, équiper, entretenir et exploiter sans interruption une ligne de chemin de fer, d'une largeur de voie uniforme de quatre pieds huit pouces et demi, depuis Esquimalt jusqu'à Nanaïmo, dans l'île de Vancouver, Colombie-Britannique, les points, la direction et le développement approximatif de la ligne étant indiqués sur la carte ci-annexée cotée B; et aussi à construire, entretenir et exploiter sans interruption une ligne télégraphique sur tout le parcours et le long de la dite ligne de chemin de fer; à fournir tous appareils télégraphiques nécessaires pour équiper convenablement cette ligne télégraphique, et à exécuter tous services de génie, soit en opérant sur le terrain, soit en préparant les plans ou faisant tout autre travail de bureau, à l'entière satisfaction du Gouverneur en conseil.

9. Les dits entrepreneurs, après avoir achevé et équipé les dits chemins de fer et dépendances, les entretiendront de bonne foi en état effectif de service et d'exploitation, de même que le matériel de roulement nécessaire, et devront sans interruption et de bonne foi exploiter le dit chemin, ainsi que la dite ligne télégraphique, qu'ils tiendront avec ses dépendances en bon état de service.

F. Loi déclaratoire de 1905

Acte concernant la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo, S.C. 1905, ch. 90

1. Le chemin de fer de la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo, ci-après désignée sous le vocable «la Compagnie», est déclaré être une entreprise «à l'avantage général du Canada».

4. Rien en la présente loi ne saurait porter atteinte aux droits et obligations qui existent aujourd'hui pour la province de la Colombie-Britannique et pour la Compagnie, ou qui existaient ci-devant pour elles en vertu des

of the Legislature of the said province, 47 Victoria, chapter 14 [the *Provincial Act*].

G. 1912 Provincial Land Tax Exemption Act

Esquimalt and Nanaimo Railway Company's Land Grant Tax Exemption Ratification Act, S.B.C. 1912, c. 33

2. The Agreement, a copy of which forms the Schedule to this Act, is hereby ratified and confirmed and declared to be legal and binding upon His Majesty the King, the Esquimalt and Nanaimo Railway Company, and the Canadian Pacific Railway Company, who are hereby authorized and empowered to do whatever is necessary to give full effect to the said Agreement, the provisions of which are to be taken as if they had been expressly enacted hereby and formed an integral part of this Act.

SCHEDULE.

3. The Company shall, on or before the thirty-first day of December, 1915, construct, complete, and thereafter continuously operate an extension of its main line northward from its present northerly terminus to a point at or near the Village of Courtenay.

H. Railway Act, R.S.C., 1985, c. R-3

2. (1) In this Act, and in any Special Act,

“Special Act”, when used with reference to a railway, means any Act under which the company has authority to construct or operate a railway, or that is enacted with special reference to that railway, and includes

3. (1) Except as otherwise provided in this Act,

(a) this Act shall be construed as incorporated with the Special Act; and

(b) where the provisions of this Act and of any Special Act passed by Parliament relate to the same subject-matter, the provisions of the Special Act shall, in

dispositions de l'acte de la législature de la dite province, 47 Victoria, chapitre 14 [la *Loi provinciale*].

G. Loi provinciale d'exemption d'impôt foncier de 1912

Esquimalt and Nanaimo Railway Company's Land Grant Tax Exemption Ratification Act, S.B.C. 1912, ch. 33

[TRADUCTION] 2. La convention, ci-annexée, est ratifiée, confirmée et déclarée exécutoire pour Sa Majesté le Roi, la Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaïmo et la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique, lesquels sont par les présentes autorisés et habilités à faire tout ce qui est nécessaire pour mettre pleinement à exécution ladite convention, dont les dispositions doivent s'interpréter comme si elles avaient été explicitement adoptées aux présentes et comme si elles faisaient partie intégrante de la présente loi.

ANNEXE.

3. La Compagnie doit, le 31 décembre 1915 au plus tard, avoir construit et achevé, pour ensuite l'exploiter sans interruption, un prolongement de sa ligne principale vers le nord, depuis son terminus du nord actuel jusqu'à un point situé dans le village de Courtenay ou à proximité de celui-ci.

H. Loi sur les chemins de fer, L.R.C. (1985), ch. R-3

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi ainsi qu'à toute loi spéciale.

«loi spéciale» Relativement à un chemin de fer, toute loi en vertu de laquelle la compagnie est autorisée à construire ou à exploiter un chemin de fer, ou toute loi édictée spécialement au sujet de ce chemin de fer...

3. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi:

a) cette dernière s'interprète comme étant incorporée à la loi spéciale;

b) lorsque les dispositions de la présente loi et celles d'une loi spéciale du Parlement se rapportent aux mêmes matières, les dispositions de la loi spéciale

so far as is necessary to give effect to the Special Act, be taken to override the provisions of this Act.

l'emportent sur les dispositions de la présente loi, dans la mesure nécessaire pour donner effet à cette loi spéciale.

a

7. Where any railway, the construction or operation of which is authorized by a Special Act passed by the legislature of any province, is declared by any Act of Parliament to be a work for the general advantage of Canada, this Act applies to the railway, and to the company constructing or operating it, to the exclusion of such of the provisions of the Special Act as are inconsistent with this Act, and in lieu of any general railway Act of the province.

b

7. Lorsque le Parlement déclare, par une loi, qu'un chemin de fer, dont la construction ou l'exploitation est autorisée par une loi spéciale de la législature d'une province, constitue un ouvrage à l'avantage général du Canada, la présente loi s'applique à ce chemin de fer et à la compagnie qui le construit ou qui l'exploite, à l'exclusion des dispositions de cette loi spéciale qui sont incompatibles avec la présente loi, et aux lieu et place de toute loi générale de la province concernant les chemins de fer.

268. . .

(2) If the Commission determines that the operation of an uneconomic passenger-train service should not be discontinued, the Commission shall so order, and thereafter shall reconsider the application for discontinuance at intervals not exceeding five years from the date of the original application or last consideration thereof, as the case may be, for the purpose of determining whether the passenger-train service should be discontinued . . .

d

268. . .

(2) Si la Commission décide que l'exploitation d'un service non rentable de trains de voyageurs ne doit pas cesser, elle prend une ordonnance à cet effet, puis réexamine par la suite la demande de suppression de service à des intervalles ne dépassant pas cinq ans à compter de la date de la première demande ou de la date à laquelle cette demande a été examinée pour la dernière fois, selon le cas, aux fins de décider si l'exploitation du service de trains de voyageurs devrait cesser; . . .

f

270. (1) In this section,

“claim period” means, in relation to any uneconomic passenger-train service, the period

g

(a) beginning ninety days after the date the application to discontinue the service has been filed with the Commission in accordance with the rules and regulations of the Commission, and

h

(b) ending on the date fixed by the Commission, or as varied pursuant to section 64 of the *National Transportation Act, 1987*, for the discontinuance of the service or part thereof;

i

(2) When an uneconomic service is being operated within a claim period, the company operating it may file a claim with the Commission for the amount of any actual loss of the company attributable to the service in any financial year of the company within the claim

j

(2) Lorsqu'un service non rentable est exploité au cours d'une période de réclamation, la compagnie qui l'exploite peut déposer à la Commission une demande de dédommagement du montant de toute perte réelle de la compagnie attribuable au service pour tout exercice

period, or, where only a part of a financial year is within the claim period, in that part thereof within the claim period.

I. National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985; c. 28 (3rd Supp.)

64. The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of any party or person interested or of the Governor in Council's own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make with respect thereto is binding on the Agency and on all parties.

III. Judgments Below

A. British Columbia Supreme Court (Esson C.J.)

With respect to the first petition brought by British Columbia (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, Esson C.J. found that Term 11 of the *British Columbia Terms of Union* is a skeletal constitutional provision that left much to be resolved between Canada and British Columbia. He recognized that neither Term 11 nor the Settlement Agreement of 1883 imposes an express obligation upon Canada to ensure continuous railway operation. He determined, however, that such an obligation could be properly inferred.

Esson C.J. noted that the only obligation to "continuously operate" the Island rail line is to be found in the Dunsmuir Agreement. He compared the language of that Agreement to the language used to describe a ferry service obligation in *The Queen in Right of Canada v. The Queen in Right of Prince Edward Island*, [1978] 1 F.C. 533 (C.A.). He concluded that "a promise in the Terms of Union to 'continuously operate' can create a perpetual obligation" (p. 351). However, Esson C.J. indicated certain hurdles in the way of that conclusion: British Columbia "must satisfy the court that such an obligation on the part of Canada

de la compagnie compris dans la période de réclamation, ou, lorsqu'il n'y a qu'une partie d'un exercice comprise dans la période de réclamation, pour la partie de cet exercice comprise dans la période de réclamation.

I. Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.)

b **64.** Le gouverneur en conseil peut à tout moment, à son appréciation, modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'une personne intéressée, soit de sa propre initiative; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière; les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties.

d III. Les juridictions inférieures

A. Cour suprême de la Colombie-Britannique (le juge en chef Esson)

e En ce qui concerne la première requête déposée par la Colombie-Britannique (1989), 42 B.C.L.R. (2d) 339, le juge en chef Esson a conclu que l'art. 11 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* est une disposition constitutionnelle sommaire qui laissait beaucoup de points en suspens entre le Canada et la Colombie-Britannique. Il a reconnu que ni l'art. 11 ni la Convention fédérale-provinciale de 1883 n'impose au Canada une obligation explicite d'exploiter sans interruption une ligne de chemin de fer, mais il a décidé qu'on pouvait à bon droit en déduire l'existence.

i Le juge en chef Esson a précisé que la convention Dunsmuir est le seul endroit où est mentionnée l'obligation [TRADUCTION] «d'exploiter sans interruption» la ligne de chemin de fer de l'Île. Il a comparé le texte de cette convention aux termes utilisés pour décrire une obligation de fournir un service de traversiers, dans l'arrêt *La Reine du chef du Canada c. La Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1978] 1 C.F. 533 (C.A.). Il a conclu qu'[TRADUCTION] «une promesse, dans les Conditions de l'adhésion, d'«exploiter sans interruption» une ligne de chemin de fer peut créer une obligation perpétuelle» (p. 351). Cependant, le juge en

was created by the [Settlement Agreement of 1883] and, if it can, that it is enforceable on the same basis as an express term of the Terms of Union" (p. 351).

Esson C.J. proceeded to discuss two decisions which have interpreted the Settlement Agreement of 1883. He first considered *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295 (P.C.), rev'd (1887), 14 S.C.R. 345 ("Precious Metals" case). When that case was before this Court, Ritchie C.J. suggested that the 1883 Agreement was a statutory arrangement which gave effect to and carried out a "constitutional compact" (p. 358), and Gwynne J. characterized the Agreement as being in "the nature of a treaty between these two independent bodies" (p. 372). Esson C.J. contrasted these statements to the Privy Council approach *per* Lord Watson, who said that Term 11 "merely embodies the terms of a commercial transaction, by which the one Government undertook to make a railway, and the other to give a subsidy, by assigning part of its territorial revenues" (p. 304). Esson C.J. preferred the approach of this Court, suggesting that the Privy Council took a "crabbed" (p. 358) view of Term 11.

Esson C.J. then dealt with a second decision, the *E & N Reference* case. He first quoted with approval an *obiter* suggestion from Locke J. to the effect that "the [\$750,000 Settlement Agreement of 1883] subsidies were to be given to ensure not merely the construction of the railway and telegraph lines but also their operation in perpetuity" (p. 418 S.C.R.). He then pointed out that the Privy Council decision adopted the reasoning of O'Halloran J.A. from the British Columbia Court of Appeal, and suggested that the Privy Council thus

chef Esson a mentionné certains obstacles à une telle conclusion: la Colombie-Britannique [TRADUCTION] «doit convaincre le tribunal que [la Convention fédérale-provinciale de 1883] a imposé cette obligation au Canada, et, le cas échéant, que cette obligation est exécutoire au même titre qu'une disposition explicite des Conditions de l'adhésion» (p. 351).

^b Le juge en chef Esson a ensuite analysé deux arrêts consacrés à l'interprétation de la Convention fédérale-provinciale de 1883. Il a commencé par l'arrêt *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295 (P.C.), inf. (1887), 14 R.C.S. 345 («l'Arrêt sur les métaux précieux»). Au moment où notre Cour a été saisie de cette affaire, le juge en chef Ritchie a indiqué que la convention fédérale-provinciale de 1883 était un arrangement législatif qui mettait à exécution une [TRADUCTION] «entente constitutionnelle» (p. 358), et le juge Gwynne a dit que cette convention tenait [TRADUCTION] «de la nature d'un traité entre ces deux organismes indépendants» (p. 372). Le juge en chef Esson a opposé ces affirmations au point de vue du Conseil privé qui, par l'intermédiaire de lord Watson, avait affirmé que l'art. 11 [TRADUCTION] «englobe simplement les conditions d'une opération commerciale, en vertu de laquelle un palier de gouvernement s'est engagé à construire un chemin de fer, et l'autre, à accorder une subvention en cédant une partie de ses revenus territoriaux» (p. 304). Le juge en chef Esson a préféré le point de vue de notre Cour, laissant entendre que le Conseil privé avait adopté une position [TRADUCTION] «rébarbative» (p. 358) à l'égard de l'art. 11.

^c ^d Le juge en chef Esson a ensuite examiné le *Renvoi E & N*. Il a tout d'abord cité en l'approuvant une suggestion incidente du juge Locke, selon laquelle [TRADUCTION] «la subvention [de 750 000 \$ prévue dans la Convention fédérale-provinciale de 1883] devait être accordée pour garantir non seulement la construction de lignes de chemin de fer et de télégraphe, mais aussi leur exploitation à perpétuité» (p. 418 R.C.S.). Il a ensuite fait ressortir que le Conseil privé avait adopté le raisonnement du juge O'Halloran de la

adopted the position that Canada had a constitutional obligation to construct the Island rail line.

The conclusions of Esson C.J. in respect of the constitutional argument are reflected in the following passages from his judgment (at pp. 359-60):

I regard the statement of O'Halloran J.A. as a finding that, despite the protestations of the Dominion at the time, the substance of the matter was that the Dominion did obligate itself to secure construction of the railway. Given all the circumstances existing in 1883, including the relatively local nature of the island railway and the structure of the transaction, I infer that the province relied upon the undertaking to operate continuously given to the Dominion as a benefit which the Dominion impliedly offered to maintain for the benefit of the province. I further conclude that the province, by carrying out its part of the bargain, particularly the very onerous terms relating to the land grant, bound the Dominion to carry out, as part of its bargain with the province, its obligation to ensure continuous operations.

I also conclude that the province is correct in maintaining that the effect of the events of 1905, which gave the Dominion regulatory powers as well as contractual rights against the railway company, strengthened the claim of the province to be able to require the Dominion to enforce the company's obligation. It follows that, in my view, it is not open to Canada to unilaterally exercise its regulatory powers to bring about a cessation of service, as it has purported to do by the [Order-in-Council P.C. 1989-1974].

Notably, since the events which allowed Esson C.J. to infer the perpetual obligation all occurred prior to the extension of the Island line to Courtenay in 1912, he declared that Canada had an obligation to ensure rail service in perpetuity only in respect of the Victoria to Nanaimo portion of the line.

In light of these constitutional conclusions, Esson C.J. dealt only briefly in the first petition with the statutory argument which is part of this

Cour d'appel de la Colombie-Britannique et laissé entendre que le Conseil privé avait ainsi adopté la position selon laquelle le Canada avait une obligation constitutionnelle de construire la ligne de chemin de fer de l'Île.

Les conclusions que le juge en chef Esson a tirées relativement à l'argument constitutionnel se dégagent des passages suivants de son jugement (aux pp. 359 et 360):

[TRADUCTION] J'interprète les propos du juge O'Halloran comme une conclusion que le Dominion s'était fondamentalement engagé, malgré ses protestations à l'époque, à garantir la construction du chemin de fer. Compte tenu de toutes les circonstances qui existaient en 1883, notamment de la nature relativement locale du chemin de fer de l'Île et de la structure de l'opération, je déduis que la province s'était fiée à l'engagement d'exploitation sans interruption, qui avait été pris envers le Dominion à titre d'avantage que celui-ci a implicitement offert de maintenir pour le bénéfice de la province. Je conclus aussi que la province, en s'acquittant de sa part du marché, particulièrement des conditions très onéreuses en matière de concession de terres, a contraint le Dominion à respecter son obligation de garantir, en contrepartie du marché conclu avec la province, l'exploitation sans interruption du chemin de fer.

f Je conclus également que la province a raison de soutenir que les répercussions des événements de 1905, qui ont permis au Dominion d'obtenir des pouvoirs de réglementation de la compagnie de chemin de fer, ainsi que des droits contractuels à son égard, ont renforcé la prétention de la province qu'elle pouvait exiger du Dominion qu'il exécute l'obligation de la compagnie. À mon avis, il s'ensuit que le Canada ne peut exercer unilatéralement ses pouvoirs de réglementation pour supprimer un service, comme il a entrepris de le faire au moyen du [décret C.P. 1989-1974].

h Le juge en chef Esson a déclaré notamment que le Canada était tenu d'offrir à perpétuité un service ferroviaire seulement à l'égard de la ligne Victoria-Nanaimo puisque les événements qui lui avaient permis de conclure à l'existence d'une obligation perpétuelle étaient tous survenus avant le prolongement de la ligne jusqu'à Courtenay, en 1912.

Vu ces conclusions d'ordre constitutionnel, le juge en chef Esson n'a, dans le cadre de la première requête, que brièvement examiné l'argument

appeal. It is germane only to mention that Canada took the position before Esson C.J. that the Dunsmuir Agreement did not become part of the *Dominion Act* simply because it was "approved and ratified" by that Act. Esson C.J. responded (at p. 362):

légal qui est également soulevé dans le présent pourvoi. Il est seulement pertinent de préciser que le Canada avait, devant le juge en chef Esson, adopté le point de vue selon lequel la convention Dunsmuir n'était pas devenue partie intégrante de la *Loi fédérale* simplement parce qu'elle avait été «approuvée et ratifiée» par cette loi. Le juge en chef Esson répond (à la p. 362):

b

In light of my conclusion that the agreement entered into between the Dominion and the province in 1883 has constitutional force, I doubt that this question is of much significance. In any event, I conclude that Sched. 1 to the 1884 Dominion Act is part of the statute. The cases relied on by the respondent do not deal with circumstances such as these in which the government is itself a party to the contract which is set out in the schedule. Perhaps more importantly, the contract in question has been held by cases of high authority to be part of the statute. See *Esquimalt & Nanaimo Ry. v. Treat*, [1919] 3 W.W.R. 356, 35 T.L.R. 737 at 738, 48 D.L.R. 139 (P.C.).

[TRADUCTION] Puisque j'ai conclu que la convention signée en 1883 par le Dominion et la province a force constitutionnelle, je doute que cette question soit bien importante. Quoi qu'il en soit, je conclus que l'ann. 1 de la Loi fédérale de 1884 en fait partie. La jurisprudence invoquée par l'intimé n'a pas trait à des circonstances comme celles qui existent en l'espèce, dans lesquelles le gouvernement est lui-même partie au contrat annexé. Il est peut-être encore plus important de préciser que des tribunaux supérieurs ont jugé que le contrat en question faisait partie de la Loi. Voir l'arrêt *Esquimalt & Nanaimo Ry. c. Treat*, [1919] 3 W.W.R. 356, 35 T.L.R. 737, à la p. 738, 48 D.L.R. 139 (C.P.).

e

Finally, in the second petition brought by British Columbia (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, Esson C.J. addressed the administrative law issue arising out of P.C. 1990-21, which purports to order termination of passenger rail services on the Nanaimo to Courtenay extension. Although he held that the jurisdiction of the Governor General in Council under s. 64 of the *National Transportation Act*, 1987 is very broad, he nonetheless held that the jurisdiction has boundaries: "[o]ne is that the power is only to vary or rescind a decision, order, rule or regulation of the agency" (p. 278). Esson C.J. concluded that because the statutory five-year review did not occur, the effect "is simply to terminate the application of the railway to abandon" (p. 280). In the result, no order existed for the Governor in Council to vary. Esson C.J. held that P.C. 1990-21 was, therefore, *ultra vires*.

Enfin, pour ce qui est de la deuxième requête de la Colombie-Britannique (1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, le juge en chef Esson a examiné la question de droit administratif découlant du décret C.P. 1990-21 qui a pour objet d'ordonner la suppression du service de trains de voyageurs entre Nanaimo et Courtenay. Tout en concluant que le gouverneur général en conseil possède une compétence très étendue en vertu de l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, le juge en chef Esson a néanmoins affirmé que cette compétence a des limites: [TRADUCTION] «[I]l y a une limite au pouvoir de modifier ou d'annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlement de l'office» (p. 278). Le juge en chef Esson a statué que l'omission d'effectuer l'examen quinquennal prescrit par la Loi a [TRADUCTION] «simplement pour effet de mettre un terme à la demande de suppression de service présentée par la compagnie de chemin de fer» (p. 280). En définitive, il n'existe aucune ordonnance que le gouverneur en conseil pouvait modifier. Le juge en chef Esson a statué que le décret C.P. 1990-21 était, en conséquence, *ultra vires*.

f

g

h

i

j

B. *British Columbia Court of Appeal (per curiam)* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280

1. Constitutional Issue

Like Esson C.J., the Court of Appeal recognized that the constitutional argument could be made only in respect of the Victoria to Nanaimo portion of the rail line. The Court of Appeal embarked upon an extensive historical review, and agreed with Esson C.J.'s analysis and conclusions on the constitutional issue. The Court of Appeal then proceeded to give additional reasons.

The Court of Appeal found the 1883 arrangements to be constitutional rather than commercial in nature, in line with the Supreme Court of Canada (and not Privy Council) decision in the *Precious Metals* case. The Court of Appeal did not consider itself strictly bound by the Privy Council result, inasmuch as the case dealt not with railway operations but with land grants, and the court characterized the Privy Council decision as a "serious misapprehension of Canadian constitutional history" (p. 302). The *E & N Reference* case was cited as support for a broader approach to the 1883 arrangements.

The Court of Appeal considered a number of factors to be significant to its decision. These points of support can be briefly summarized as follows:

1. The 1873 designation of Esquimalt as the western terminus is evidence:
 - a. of constitutional intentions existing at that time,
 - b. that a tidewater terminus would not satisfy Term 11,
 - c. that the interpretation of "seaboard" in Term 11 should refer to economics and population.
2. British Columbia maintained the railway land reserve on the Island from an early date.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (per curiam)* (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280

1. Question constitutionnelle

À l'instar du juge en chef Esson, la Cour d'appel a reconnu que l'argument fondé sur la Constitution ne pouvait être soulevé que relativement à la ligne de chemin de fer Victoria-Nanaimo. La Cour d'appel a procédé à un examen historique approfondi et a souscrit à l'analyse et aux conclusions du juge en chef Esson relativement à la question constitutionnelle. La Cour d'appel a ensuite exposé des motifs supplémentaires.

Elle a conclu que les arrangements de 1883 étaient de nature constitutionnelle plutôt que commerciale, conformément à ce que la Cour suprême du Canada (et non le Conseil privé) avait décidé dans l'*Arrêt sur les métaux précieux*. La Cour d'appel n'a pas jugé qu'elle était strictement liée par l'arrêt du Conseil privé puisqu'il portait non pas sur des opérations ferroviaires, mais sur des concessions de terres, et elle a qualifié l'arrêt du Conseil privé de [TRADUCTION] «grave erreur d'interprétation de l'histoire constitutionnelle canadienne» (p. 302). Elle a cité le *Renvoi E & N* à l'appui d'une interprétation plus large des arrangements de 1883.

La Cour d'appel a considéré qu'un certain nombre de facteurs étaient importants relativement à sa décision. Ces points d'appui peuvent être résumés brièvement ainsi:

1. La désignation en 1873 d'Esquimalt comme terminus de l'ouest est une preuve:
 - a. des desseins constitutionnels de l'époque,
 - b. qu'un terminus à la ligne de marée haute ne satisferait pas à l'art. 11,
 - c. que l'interprétation de l'expression «côte maritime» à l'art. 11 doit tenir compte de questions de nature économique et démographique.
2. La Colombie-Britannique a entrepris très tôt de réserver des terres pour le chemin de fer de l'Île.

3. Proposals early in 1874 for an immediate start on the island railway from Victoria to Nanaimo are indicative of Canada's constitutional intentions at the time. ^a
4. A proposal by Lord Carnarvon in 1874 to expedite construction of the Esquimalt to Nanaimo portion of the rail line, although generally seen as a "compromise", is further evidence that Term 11 was intended to include a Vancouver Island railway. ^b
5. Canada promised the E & N franchise to the Dunsmuir Syndicate before concluding the 1883 Settlement Agreement with British Columbia. ^c
6. The 1883 arrangements included provisions relating to the mainland and island railways, and to the Peace River grant. The arrangements constituted an exercise in nation building. ^d
7. The parallel structure of the mainland and island railway provisions in the 1883 arrangements makes the two railways constitutionally indistinguishable. ^e
8. The Dunsmuir Agreement includes a provision requiring the E & N Company to work the rail line continuously. This covenant was a crucial part of the arrangements. The constitutional nature of the interlocking arrangements entitles British Columbia to enforce them through Canada. This involves the "working out" of Term 11's skeletal terms. ^f
- g
- h
- i

3. Les propositions faites au début de 1874 relativement à la construction immédiate du chemin de fer de l'Île entre Victoria et Nanaïmo montrent les desseins constitutionnels du Canada à l'époque.

4. Une proposition de lord Carnarvon en 1874 visant à hâter la construction de la ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaïmo, quoique généralement considérée comme un «compromis», constitue une autre preuve que l'art. 11 visait à inclure un chemin de fer sur l'île de Vancouver.

5. Le Canada a promis d'accorder la franchise E & N au consortium Dunsmuir avant de conclure la Convention fédérale-provinciale de 1883 avec la Colombie-Britannique.

6. Les arrangements de 1883 comportaient des dispositions relatives aux chemins de fer continental et insulaire et au transfert de terres dans le district de la rivière de la Paix. Ces arrangements faisaient partie de la création d'un pays.

7. La structure parallèle des dispositions relatives aux chemins de fer continental et insulaire, contenues dans les arrangements de 1883, fait qu'il est impossible, sur le plan constitutionnel, d'établir une distinction entre les deux chemins de fer.

8. La convention Dunsmuir exige notamment de la Compagnie E & N qu'elle exploite sans interruption la ligne de chemin de fer. Cette exigence constituait un élément crucial des arrangements. En raison de la nature constitutionnelle de ces arrangements interdépendants, la Colombie-Britannique est habilitée à les faire exécuter par l'intermédiaire du Canada. Cela nécessite la «clarification» des termes sommaires de l'art. 11.

The Court of Appeal qualified the significance of these factors by observing that points (3) and (4) above may be ambiguous in meaning, and that points (5) to (8) may simply indicate the existence of negotiations intended to resolve a serious federal/provincial dispute. ^j

La Cour d'appel a atténué l'importance de ces facteurs en faisant observer que les points 3 et 4 peuvent avoir un sens ambigu et que les points 5 à 8 peuvent simplement indiquer l'existence de négociations visant à résoudre un grave différend fédéral-provincial.

In general terms, the Court of Appeal concluded as follows with respect to the constitutional issue (at pp. 307-8):

Canada assumed a constitutional obligation to British Columbia, and indeed to all of Canada, to ensure the continuation of the arrangements made to carry the Terms of Union into effect for the benefit of all its citizens. It is untenable, in our view, to argue that Term 11 was spent once the last spike on the Mainland railway was driven.

In view of the history of the E. & N., it is equally untenable to argue that it stands upon a different constitutional footing from the railway on the Mainland. There was a constitutional impasse when Canada sought to limit its obligation under Term 11 to securing a line of rail to an almost unpopulated point on the Pacific coast. That impasse was resolved in 1883. In our judgment, the resolution agreed upon, structured as we have described, was a constitutional arrangement.

In our view, therefore, the arrangements for the construction and continuous working of the E. & N. railway from Esquimalt to Nanaimo are constitutional and cannot be changed without the consent of the province.

In so far as the Court of Appeal determined that the constitutional obligation owed by Canada could be modified with provincial consent, the Court of Appeal amended the declaration issued by Esson C.J., such that the obligation became characterized as "continuing" rather than "perpetual".

2. Statutory Interpretation Issue

Dealing with the statutory interpretation issue in the alternative, the Court of Appeal held that if Canada could constitutionally order rail service termination, special legislation would be required to achieve the result. The court recognized that under s. 3 of the *Railway Act*, a "special Act" takes precedence over the *Railway Act* in the event of conflict. The court held that "[t]he [Dominion Act] clearly falls within the definition of a Special Act" (p. 309). In effect, therefore, the Court of Appeal held that, if the obligation in the Dunsmuir Agreement to "operate continuously" could be considered part of the *Dominion Act* itself, it would not

De manière générale, la Cour d'appel est arrivée à la conclusion suivante relativement à la question constitutionnelle (aux pp. 307 et 308):

[TRADUCTION] Le Canada a, envers la Colombie-Britannique et en fait envers tout le Canada, une obligation constitutionnelle de garantir le maintien des arrangements pris pour mettre en œuvre les Conditions de l'adhésion pour le bénéfice de tous ses citoyens. À notre avis, on ne saurait soutenir que l'art. 11 est devenu sans effet une fois planté le dernier clou sur les traverses du chemin de fer continental.

Compte tenu de l'historique de la ligne entre E. & N., il est également impossible de soutenir que, du point de vue constitutionnel, elle diffère du chemin de fer continental. Il y avait impasse constitutionnelle lorsque le Canada a cherché à limiter l'obligation, qui lui incombaît en vertu de l'art. 11, d'établir une ligne de chemin de fer jusque dans une région presque inhabitée sur le littoral du Pacifique. Cette impasse s'est réglée en 1883. À notre avis, le règlement qui a été convenu, structuré comme nous l'avons décrit, constituait un arrangement constitutionnel.

Nous estimons donc que les arrangements pris pour construire et exploiter sans interruption la ligne E. & N. entre Esquimalt et Nanaimo sont de nature constitutionnelle et ne peuvent être modifiés sans le consentement de la province.

Dans la mesure où elle a décidé que l'obligation constitutionnelle du Canada pouvait être modifiée avec le consentement de la province, la Cour d'appel a modifié le jugement déclaratoire du juge en chef Esson, de manière à qualifier l'obligation de «continue» plutôt que «perpétuelle».

2. Question d'interprétation législative

Relativement à la question d'interprétation législative subsidiaire, la Cour d'appel a conclu que, si le Canada pouvait constitutionnellement ordonner la suppression du service de trains, il lui faudrait adopter une loi spéciale. La cour a reconnu qu'aux termes de l'art. 3 de la *Loi sur les chemins de fer*, une «loi spéciale» a, en cas de conflit, préséance sur la *Loi sur les chemins de fer*. La cour a statué que [TRADUCTION] «[l]a [Loi fédérale] relève clairement de la définition d'une loi spéciale» (p. 309). En fait, la Cour d'appel a donc conclu que, s'il était possible de considérer que l'obligation d'«exploiter sans interruption» imposée

be possible to order rail service termination using the provisions of the *Railway Act* for support.

The Court of Appeal proceeded to ask whether the Dunsmuir Agreement, as a schedule to the *Dominion Act*, has statutory force. In pursuing legislative intent, the Court of Appeal recognized “the need not only for examination of each relevant provision of a statute, by itself and in context of the whole Act, but consideration also of the overall purpose of the statute” (p. 314).

As a general proposition, the Court of Appeal was of the view that the Dunsmuir Agreement was a critical part of the 1883 settlement, such that it “must have been intended to have statutory force” (p. 320). Support for this view was taken from *obiter* comments in *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. v. Treat* (1919), 48 D.L.R. 139 (P.C.). In that case, Viscount Haldane observed in passing that the *Dominion Act* gave “statutory authority” (p. 140) to the Dunsmuir Agreement.

The Court of Appeal also supported its view of the Dunsmuir Agreement by reference to the *1905 Declaratory Act* which declared the E & N line to be a work for the general advantage of Canada. Since, in s. 4 of that statute, the pre-existing rights and liabilities of both British Columbia and the E & N Company were expressly preserved, the Court of Appeal held that “Parliament guaranteed the continued operation of the obligations created by the [Provincial Act], including those contained in the Dunsmuir Agreement” (p. 321). The Court of Appeal tied the Dunsmuir Agreement obligations to the *Provincial Act* by noting that s. 9 of that Act “provides that the company will ‘work’ the railway” and by noting that s. 27 “binds the company to the provisions of the Dunsmuir Agreement” (p. 321).

The Court of Appeal thus concluded on the statutory interpretation issue that all of the provisions

sé dans la convention Dunsmuir fait partie de la *Loi fédérale* elle-même, on ne pourrait pas invoquer les dispositions de la *Loi sur les chemins de fer* pour ordonner la suppression d'un service ferroviaire.

La Cour d'appel s'est ensuite demandée si la convention Dunsmuir, annexée à la *Loi fédérale*, avait force de loi. En examinant l'intention du législateur, la Cour d'appel a reconnu [TRADUCTION] «la nécessité non seulement d'examiner chacune des dispositions pertinentes d'une loi, séparément et dans le contexte de l'ensemble de la loi, mais aussi de tenir compte de l'objet global de la loi en question» (p. 314).

En général, la Cour d'appel était d'avis que la convention Dunsmuir constituait une partie essentielle de la Convention fédérale-provinciale de 1883, de sorte qu'on [TRADUCTION] «doit avoir voulu qu'elle ait force de loi» (p. 320). Ce point de vue reposait sur des remarques incidentes dans l'arrêt *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. c. Treat* (1919), 48 D.L.R. 139 (C.P.). Dans cet arrêt, le vicomte Haldane avait fait remarquer, en passant, que la *Loi fédérale* a conféré [TRADUCTION] «force de loi» (p. 140) à la convention Dunsmuir.

La Cour d'appel a également fondé sa perception de la convention Dunsmuir sur la *Loi déclaratoire de 1905* qui déclarait que la ligne E & N était une entreprise à l'avantage général du Canada. Étant donné que l'art. 4 de cette loi préservait expressément les droits et obligations préexistants de la Colombie-Britannique et de la Compagnie E & N, la Cour d'appel a conclu que [TRADUCTION] «le Parlement a garanti le maintien des obligations imposées par la [Loi provinciale], y compris celles contenues dans la convention Dunsmuir» (p. 321). La Cour d'appel a rattaché les obligations prévues dans la convention Dunsmuir à la *Loi provinciale*, en soulignant que l'art. 9 de cette loi [TRADUCTION] «prévoit que la compagnie procédera à «l'exploitation» du chemin de fer» et que l'art. 27 [TRADUCTION] «prévoit que la compagnie est liée par les dispositions de la convention Dunsmuir» (p. 321).

La Cour d'appel a ainsi conclu, relativement à la question d'interprétation législative, que la *Loi*

of the Dunsmuir Agreement were given statutory force by the *Dominion Act*. The court held, therefore, that the *Railway Act* could not permit a termination order in respect of the Island rail line. In reaching this conclusion, the court contrasted the potentially unprofitable character of the Island rail line with the generous extent of the railway land reserve. Notably, the provisions of the Schedule were held to have statutory force, even though five of the provisions were specifically repeated in the text of the *Dominion Act* itself.

3. Administrative Issue

Finally, the Court of Appeal turned to the administrative law issue. Canada argued before the Court of Appeal that a CTC (or NTA) order subsists as valid until varied or set aside because the CTC is a superior court of record. The Court of Appeal, however, noted that Esson C.J. had not characterized CTC Order R-36539 as void *ab initio*. Rather, the Court of Appeal held that the order was valid when it was made, but that it had simply lapsed (at pp. 327-28):

Whether the order was of a superior court of record or simply the order of a court of record with some of the powers of a superior court, the order, either by its terms, or by reason of the provisions of either of the above mentioned subsections of the *Railway Act, 1970*, or 1985 [subss. 260(8) and 268(2) respectively], expired five years after it was pronounced.

The court held that the purpose of the five-year review requirement in s. 268(2) of the *Railway Act* is to ensure that any review of a decision not to discontinue an uneconomic passenger-train service is "based upon information that [is] current and up-to-date" (p. 328). The court held that the five-year reconsideration requirement is a "fundamental and mandatory requirement of the regulatory system" (p. 330), and that failure to comply with the requirement cannot be considered a mere procedural error. The court stated that the authority of the Governor in Council to regulate railways is not absolute. It must be exercised within the limits of

fédérale avait conféré force de loi à toutes les dispositions de la convention Dunsmuir. La cour a donc conclu que la *Loi sur les chemins de fer* ne pouvait permettre d'ordonner la suppression du service ferroviaire de l'Île. En tirant cette conclusion, la cour a opposé la non-rentabilité potentielle de la ligne ferroviaire de l'Île à la généreuse étendue de terres qui avait été réservée à cette fin. Elle a statué notamment que les dispositions de l'annexe avaient force de loi, même si cinq d'entre elles se trouvaient expressément reprises dans la *Loi fédérale* elle-même.

3. Question de droit administratif

La Cour d'appel a finalement examiné la question de droit administratif. Le Canada a soutenu devant la Cour d'appel qu'une ordonnance de la CCT (ou un arrêté de l'ONT) demeure valide tant qu'elle n'est pas modifiée ou annulée parce que la CCT est une cour supérieure d'archives. Cependant, la Cour d'appel a fait remarquer que le juge en chef Esson n'avait pas dit que l'ordonnance R-36539 de la CCT était nulle *ab initio*. La Cour d'appel a plutôt statué que l'ordonnance était valide lorsqu'elle a été rendue, mais qu'elle était simplement devenue caduque (aux pp. 327 et 328):

[TRADUCTION] Qu'il s'agisse de l'ordonnance d'une cour supérieure d'archives ou simplement de l'ordonnance d'une cour d'archives dotée de certains pouvoirs d'une cour supérieure, elle a pris fin cinq ans après avoir été rendue, soit en raison de son propre texte soit en raison des paragraphes susmentionnés de la *Loi sur les chemins de fer* de 1970 ou de 1985 [par. 260(8) et 268(2) respectivement].

La cour a conclu que, l'exigence de réexamen à tous les cinq ans que l'on trouve au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* a pour objet d'assurer que tout examen d'une décision de maintenir un service de trains de voyageurs non rentable est [TRADUCTION] «fondée sur des renseignements à jour» (p. 328). La cour a statué que ce réexamen quinquennal constitue [TRADUCTION] «une condition fondamentale et impérative du système de réglementation» (p. 330), et que l'omission de la remplir ne saurait être considérée comme une simple erreur de procédure. La cour a dit que le pouvoir qu'a le gouverneur en conseil de réglementer

its Parliamentary grant. The court thus concluded that the variation order apparent in Order-in-Council P.C. 1990-21 is *ultra vires* the Governor in Council.

IV. Issues

The issues before this Court are the same three issues which were before the British Columbia Court of Appeal, namely:

1. Constitutional: Does Canada owe a continuing constitutional obligation to the province of British Columbia to ensure the maintenance of passenger and freight rail service on the E & N Railway between Victoria and Nanaimo?
2. Statutory Interpretation: If Parliament has jurisdiction to authorize the termination of rail service on the E & N Railway, does either the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, or the *National Transportation Act*, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), authorize the Governor in Council to exercise that jurisdiction, without further statutory authority?
3. Administrative: Was Order-in-Council P.C. 1990-21, enacted on January 11, 1990 (directing that passenger service on the E & N Railway between Nanaimo and Courtenay be discontinued) made without jurisdiction, and therefore *ultra vires* by reason of the failure of the NTA to conduct a five-year review of CTC Order R-36539?

As will be discussed in the following analysis, I am of the view that Canada does not owe a continuing constitutional obligation to British Columbia regarding the E & N Railway, that Parliament need not enact special legislation to order service termination on that railway, and that the impugned order of the Governor in Council was not *ultra vires* by

les chemins de fer n'est pas absolu. Il doit être exercé dans les limites que le Parlement a fixées en l'attribuant. La cour a ainsi conclu que l'ordonnance de modification qui se dégage du décret C.P. 1990-21 excède les pouvoirs du gouverneur en conseil.

IV. Les questions en litige

Notre Cour est saisie des trois mêmes questions que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, savoir:

1. Une question constitutionnelle: en vertu de la Constitution, le Canada a-t-il envers la province de la Colombie-Britannique une obligation continue d'assurer le maintien du service de trains de voyageurs et de marchandises sur la ligne E & N entre Victoria et Nanaimo?
2. Une question d'interprétation législative: si le Parlement a compétence pour autoriser la suppression du service ferroviaire sur la ligne E & N, le gouverneur en conseil est-il autorisé en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, ou de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), à exercer cette compétence, en l'absence de tout autre pouvoir légal?
3. Une question de droit administratif: le décret C.P. 1990-21, en date du 11 janvier 1990 (qui ordonnait la suppression du service de trains de voyageurs sur la ligne E & N entre Nanaimo et Courtenay), a-t-il été pris en l'absence de compétence et est-il donc *ultra vires* du fait que l'ONT n'a pas procédé à l'examen quinquennal de l'ordonnance R-36539 de la CCT?

Comme nous le verrons dans l'analyse qui suit, je suis d'avis que le Canada n'a pas, en vertu de la Constitution, une obligation continue envers la Colombie-Britannique relativement à la ligne E & N, que le Parlement n'a pas besoin d'adopter une loi spéciale pour ordonner la suppression de ce service ferroviaire et que le décret attaqué du gou-

reason of the failure of the NTA to conduct a five-year review of CTC Order R-36539.

V. Analysis

A. The Constitutional Issue

The required constitutional analysis begins with a recognition of the constitutional status of Term 11 of the *British Columbia Terms of Union*. Pursuant to s. 146 of the *Constitution Act, 1867* it was lawful for British Columbia to enter Canada upon terms which "shall have effect as if they had been enacted by the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland". Section 52(2) of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11, places the constitutional status of Term 11 beyond doubt. That section provides that the acts and orders listed in the Schedule to the *Constitution Act, 1982* are part of Canada's Constitution. The *British Columbia Terms of Union*, dated May 16, 1871, are listed as Item 4 in that Schedule.

The railway obligations placed upon Canada by Term 11 which are thus endowed with constitutional force are located principally in the first paragraph of the term which I repeat:

11. The Government of the Dominion undertake to secure the commencement simultaneously, within two years from the date of the Union, of the construction of a railway from the Pacific towards the Rocky Mountains, and from such point as may be selected, east of the Rocky Mountains, towards the Pacific, to connect the seaboard of British Columbia with the railway system of Canada; and further, to secure the completion of such railway within ten years from the date of the Union.

I must emphasize, at the outset, that in the express language of Term 11, there is no reference to railway operations, continuing, perpetual, or otherwise.

Faced with the language of Term 11, British Columbia's position might be summarized in the

verneur en conseil n'était pas *ultra vires* du fait que l'ONT n'a pas procédé à l'examen quinquennal de l'ordonnance R-36539 de la CCT.

a V. Analyse

A. La question constitutionnelle

L'analyse constitutionnelle requise commence par la reconnaissance du statut constitutionnel de l'art. 11 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*. Conformément à l'art. 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il était loisible à la Colombie-Britannique d'adhérer au Canada à des conditions qui «auront le même effet que si elles avaient été édictées par le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande». Le paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11, écarte tout doute quant au statut constitutionnel de l'art. 11 puisqu'il prévoit que les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982* font partie de la Constitution du Canada. Les *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, en date du 16 mai 1871, sont mentionnées au no 4 de cette annexe.

Les obligations en matière de chemin de fer qui sont imposées au Canada et qui ont ainsi force constitutionnelle sont énoncées surtout dans le premier paragraphe de l'art. 11, que je reproduis:

11. Le gouvernement de la Puissance s'engage à faire commencer simultanément, dans les deux années de la date de l'Union, la construction d'un chemin de fer du Pacifique aux Montagnes-Rocheuses, et du point qui pourra être choisi, à l'est des Montagnes-Rocheuses, jusqu'au Pacifique, pour relier la côte maritime de la Colombie-Britannique au réseau des chemins de fer canadiens, — et de plus à faire achever ce chemin de fer dans les dix années de la date de l'Union.

i Je dois souligner, au départ, que l'art. 11 ne fait nullement état d'exploitation de chemin de fer continue, perpétuelle ou autre.

j Compte tenu du texte de l'art. 11, voici comment on pourrait résumer la position de la Colom-

following way. First, it is said that Term 11 is a skeletal provision, one which left much to be resolved between the province of British Columbia and the Dominion of Canada. Second, it is said that Canada breached the Term 11 obligation soon after 1871. In consequence of these two propositions, British Columbia asserts that all of the 1883 arrangements have constitutional force, since those arrangements effected a working out of the skeletal language of Term 11 and a resolution of Canada's constitutional breach position.

As to the characterization of Term 11 as a "skeletal" provision, I agree with British Columbia in so far as neither the route nor the terminus of the proposed railway could be known in 1871. The history of events between 1871 and 1883 clearly demonstrates the difficult resolution of these issues. The initial 1875 Vancouver Island land grants, for example, were clearly intended to uphold obligations in respect of the proposed route of 1873, but British Columbia felt free to renounce this grant once the route changed: S.B.C. 1882, c. 16; see also the *E & N Reference* case, *per* Bird J.A., at p. 1901 *B.C. Gazette*, and *per* Locke J., at p. 409 S.C.R. It was not until 1883 that the precise nature of the Term 11 obligation, in respect of land issues, took on a definite shape.

The Settlement Agreement of 1883 finally resolved the route and terminus difficulties, and it also resolved British Columbia's grievances in respect of the Esquimalt to Nanaimo line. The first three clauses of the Agreement speak to the concomitant resolution of land grant issues in respect of the mainland railway belt, an Island land grant, and the Peace River grant.

With particular regard to the Peace River grant, British Columbia asserts that the constitutional status of the 1883 arrangements cannot be narrowly confined to the language of Term 11. Term 11 suggests that the provincial land grant was to include only "contiguous" lands in the form of a railway

bie-Britannique. Premièrement, on dit que l'art. 11 est une disposition sommaire qui laissait beaucoup de points en suspens entre la province de la Colombie-Britannique et le Dominion du Canada. Deuxièmement, on affirme que le Canada a, peu après 1871, manqué à l'obligation qu'il avait en vertu de l'art. 11. À partir de ces deux affirmations, la Colombie-Britannique soutient que tous les arrangements de 1883 ont force constitutionnelle puisqu'ils venaient clarifier le texte sommaire de l'art. 11 et remédier au manquement du Canada à son obligation constitutionnelle.

c Je suis d'accord avec la Colombie-Britannique pour dire que l'art. 11 peut être qualifié de disposition «sommaire» dans la mesure où on ne pouvait pas savoir en 1871 quel serait le parcours ou le terminus du chemin de fer proposé. La chronologie des événements entre 1871 et 1883 démontre clairement que ces questions ont été difficiles à résoudre. Par exemple, la concession initiale de terres sur l'île de Vancouver en 1875 visait nettement à maintenir des obligations relativement au projet de parcours de 1873; toutefois, la Colombie-Britannique s'est sentie libre de renoncer à cette concession lors du changement de parcours: S.B.C. 1882, ch. 16; voir aussi le *Renvoi E & N*, le juge Bird, à la p. 1901 *B.C. Gazette*, et le juge Locke, à la p. 409 R.C.S. Ce n'est qu'en 1883 que la nature précise de l'obligation imposée par l'art. 11 s'est fait jour relativement aux questions foncières.

g La Convention fédérale-provinciale de 1883 a finalement résolu les difficultés en matière de parcours et de terminus ainsi que les récriminations de la Colombie-Britannique relativement à la ligne Esquimalt-Nanaimo. Les trois premières dispositions de cette convention portent sur le règlement concomitant des questions de concession de terres relativement à la zone de chemin de fer sur le continent, dans l'Île et dans le district de la rivière de la Paix.

i En ce qui concerne particulièrement la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix, la Colombie-Britannique affirme que le statut constitutionnel des arrangements de 1883 ne peut être strictement limité au texte de l'art. 11. Cet article laisse entendre que la concession de terres

belt. British Columbia says that the Peace River block was not contiguous to the mainland line, but has been treated as having a constitutional character. In particular, British Columbia argues that, once it was determined that Canada was overcompensated by the Peace River grant, a constitutional amendment was sought to effect restitution: *Constitution Act, 1930* (U.K.), 20 & 21 Geo. 5, c. 26 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 26), Schedule, Item (4).

provinciales devait comprendre seulement des terres «avoisinantes» sous la forme d'une zone de chemin de fer. La Colombie-Britannique affirme que le bloc de la rivière de la Paix n'était pas avoisinant à la ligne continentale, mais qu'il a été considéré comme ayant un caractère constitutionnel. En particulier, la Colombie-Britannique soutient que, lorsqu'on s'est rendu compte que le gouvernement fédéral avait été trop indemnisé par la concession des terres dans le district de la rivière de la Paix, on a demandé une modification de la Constitution pour qu'il y ait restitution: *Loi constitutionnelle de 1930* (R.-U.), 20 & 21 Geo. 5, ch. 26 (reproduite dans L.R.C. (1985), App. II, no 26), annexe, no (4).

I do not believe that the non-contiguous nature of the Peace River grant, coupled with the events of 1930, advances British Columbia's position appreciably. To advance this belief, I need not quibble with the proposition that the Peace River grant and the original railway belt served similar functions historically. As understood in 1871, the grant of the railway belt to Canada was intended to counterbalance the enormous undertaking assumed by Canada. Term 11 characterized the land grants as being "in aid of the construction of the said railway", and this captures the flavour of the transaction.

Je ne crois pas que la concession de terres non avoisinantes dans le district de la rivière de la Paix, conjuguée aux événements de 1930, favorise sensiblement la position de la Colombie-Britannique. Pour affirmer cela, je n'ai pas à tergiverser sur la proposition voulant que les terres cédées dans le district de la rivière de la Paix et la zone initiale de chemin de fer visaient des fins historiquement similaires. Comme on l'avait compris en 1871, la concession de la zone de chemin de fer au Canada avait pour but de faire contrepoids à l'énorme engagement pris par le Canada. L'article 11 précisait que les terres étaient cédées «pour aider à la construction de ce chemin de fer», et c'est là l'essence de l'opération.

This original understanding of the railway belt's role must be placed in context, however, since it was also understood, in 1871, that the mainland rail line would lead through Yellowhead Pass on its way to Bute Inlet, some distance north of Burrard Inlet, and that the railway belt would include fertile agricultural lands. Since the route ultimately selected led through Kicking Horse Pass, and since the railway belt was consequently surrounded by less valuable land, the Peace River grant may have responded, at least in part, to this discrepancy between expectation and reality. Like the Term 11 railway belt, therefore, the Peace River block may

Cependant, il faut situer dans son contexte la conception initiale que l'on se faisait du rôle de la zone de chemin de fer, puisque l'on croyait également en 1871 que la ligne de chemin de fer continentale traverserait le passage Yellowhead, en direction de la baie Bute, à une certaine distance au nord de la baie Burrard, et que la zone de chemin de fer comprendrait des terres agricoles fertiles. Puisque le parcours finalement choisi traversait le passage Kicking Horse et que la zone de chemin de fer se trouvait donc entourée de terres d'une moins grande valeur, la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix peut avoir remédié, du moins en partie, à cette divergence entre les attentes et la réalité. En conséquence, comme la zone de chemin de fer visée à l'art. 11, le bloc de

have constituted aid for the "construction of the said railway".

The functional similarity I see between these two land grants is qualified only in this sense: the Peace River grant was effected by the Settlement Agreement of 1883, and not by Term 11. Therefore, it is not necessarily true that the Peace River grant was intended to be only "compensation" for the diminished value of the railway belt. The railway belt defined by Term 11 was granted "in aid of the construction of the said railway" (emphasis added). But by 1883, while the "said railway" could still be defined, different obligations on Canada's behalf had also arisen in respect of Vancouver Island. I will discuss my view of the Vancouver Island rail line in greater detail below. For the present, it is sufficient to observe that the Peace River grant undoubtedly "aided" the exercise of nation building, but its aid was not necessarily confined to the constitutional obligations of Term 11. 1883 involved other obligations which the Peace River block may have been intended to aid as well.

Leaving aside these nuances, I am willing to assume that the Peace River grant did nothing more than what British Columbia says it did, namely, that it shored up the diminished value of the Term 11 railway belt. In my opinion, however, this functional similarity between the railway-belt grant and the Peace River grant does not speak to the constitutionality of the latter. Instead, British Columbia can argue that the Peace River grant had constitutional status only because the grant was retransferred by way of Imperial instrument.

To respond to this point, which is the fulcrum of British Columbia's argument, I must note that the retransfer of lands in 1930 involved not only the

la rivière de la Paix pourrait bien avoir aidé «à la construction de ce chemin de fer».

La similitude pratique qui, à mon avis, existe entre ces deux concessions de terres n'est atténuée qu'en ce sens: les terres dans le district de la rivière de la Paix ont été cédées en vertu de la Convention fédérale-provinciale de 1883 et non pas de l'art. 11. En conséquence, il n'est pas nécessairement vrai que la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix visait seulement à «compenser» la valeur moindre de la zone de chemin de fer. Selon l'art. 11, la zone de chemin de fer était cédée «pour aider à la construction de ce chemin de fer» (je souligne). Mais dès 1883, même s'il était encore possible de définir «ce chemin de fer», diverses obligations avaient été contractées pour le compte du Canada relativement à l'île de Vancouver. Je traiterai davantage plus loin de ma conception de la ligne de chemin de fer sur l'île de Vancouver. Il suffit, pour l'instant, de faire remarquer que la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix a sans doute «aidé» à la création d'un pays, mais que l'aide apportée n'était pas nécessairement limitée aux obligations constitutionnelles visées à l'art. 11. La Convention fédérale-provinciale de 1883 comportait d'autres obligations que le bloc de la rivière de la Paix peut aussi avoir eu pour objet d'aider à satisfaire.

À part ces nuances, je suis disposé à tenir pour acquis que la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix n'a rien fait de plus que ce qu'affirme la Colombie-Britannique, c'est-à-dire compenser la valeur moindre de la zone de chemin de fer visée à l'art. 11. Cependant, j'estime que cette similitude pratique entre la concession de la zone de chemin de fer et celle de terres dans le district de la rivière de la Paix n'établit pas la constitutionnalité de la seconde concession. La Colombie-Britannique peut plutôt soutenir que la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix possédait un statut constitutionnel seulement parce que les terres ont fait l'objet d'une nouvelle cession par instrument impérial.

Pour répondre à ce point, qui est le nœud de l'argumentation de la Colombie-Britannique, je dois faire remarquer que la nouvelle cession de

Peace River block, but also the remaining unalienated railway belt itself. Although the latter conveyance clearly had constitutional dimensions, I am not inclined to endow the Peace River block with constitutional status simply by association. The Imperial character of the 1930 retransfer was demanded by some of its subject matter. That there may be a constitutional flavour about the remaining subject matter after 1930 says little about its flavour before that date. The lands granted pursuant to the clear language of Term 11 were "contiguous" lands. The treatment of the Peace River block in 1930 cannot alter the fact that the block does not comprise contiguous lands.

terres effectuée en 1930 englobait non seulement le bloc de terres dans le district de la rivière de la Paix, mais aussi le reste des terres non aliénées comprises dans la zone de chemin de fer. Bien que, ^a dans le dernier cas, la concession ait clairement comporté des aspects constitutionnels, je ne suis pas porté à conférer, simplement par association, un statut constitutionnel au bloc de terres dans le district de la rivière de la Paix. C'est en raison de certaines terres faisant l'objet de la nouvelle cession de 1930 qu'il a fallu procéder par instrument impérial. Le fait que les autres terres ayant fait l'objet de cette cession aient peut-être eu un caractère constitutionnel après 1930 renseigne peu sur ce qu'était la situation avant cette date. Les terres cédées conformément au texte clair de l'art. 11 étaient des terres «avoisinantes». La façon dont on a traité en 1930 le bloc de terres dans le district de ^b la rivière de la Paix ne saurait changer le fait que ce bloc ne comporte pas de terres avoisinantes. ^c

What is more, even if I were inclined to attribute a constitutional dimension to the Peace River block, I think the attribution would do little to assist British Columbia. The language of Term 11 contemplates a land transfer; it simply contemplates a transfer of "contiguous" land. If it were necessary to bring the Peace River block within this language, I might reason that, in 1871, it was generally understood that lands along a railway had recognized value. Thus, I could say that Term 11 spoke of "contiguous" lands to define the value of the land transaction for both parties. A necessary consequence of this reasoning would be that, once the route changed, a literal reading of the word "contiguous" would have frustrated the intention made evident by its inclusion. Thus, if it were necessary, and subject to the qualification offered later in these reasons, I could have invoked a "living tree" approach to constitutional interpretation to respond to the Peace River block: *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.).

^d Qui plus est, même si j'étais porté à reconnaître un aspect constitutionnel au bloc de la rivière de la Paix, cela n'aiderait pas vraiment, à mon avis, la Colombie-Britannique. L'article 11 prévoit une ^e cession de terres; il envisage simplement une cession de terres «avoisinantes». S'il était nécessaire de dire que le bloc de la rivière de la Paix se trouvait visé par cette expression, je pourrais faire valoir que l'on savait généralement en 1871 que les terres situées le long d'une ligne de chemin de fer avaient une valeur reconnue. Je pourrais alors dire que l'art. 11 parlait de terres «avoisinantes» pour établir la valeur de l'opération foncière pour ^f les deux parties. Ce raisonnement aurait nécessairement pour conséquence qu'une fois le parcours changé, une interprétation littérale du terme «avoisinantes» aurait contrecarré l'intention qui se dégageait de son inclusion. Donc, s'il avait été nécessaire de le faire et sous réserve de ce que j'affirme plus loin dans les présents motifs, j'aurais pu avoir recours à l'interprétation constitutionnelle par analogie à l'«arbre susceptible de croître» pour justifier la cession du bloc de terres dans le district de la rivière de la Paix: *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.). ^g ^h ⁱ ^j

But even this unnecessary extension of the living-tree doctrine has a foothold in Term 11 which I have already noted: Term 11 contemplates a land transfer. The language of Term 11 does not, however, contemplate an operational obligation of any kind. To read such an obligation in through the Settlement Agreement of 1883 would require development of some new doctrine, something more than a living-tree approach, which is not supported by the historical fact of the Peace River grant.

I need say nothing more to justify the conclusion that the Settlement Agreement of 1883 in some respects implemented the language of Term 11. To this extent only, I agree with British Columbia that Term 11 is skeletal in respect of certain land issues. Term 11 is skeletal only because the railway belt had to be marked out on the ground. Term 11 is not "skeletal" if that word implies the subsequent addition of a structure not defined by its terms. One senses that, in British Columbia's approach, the skeleton does not define the appearance of the species. However, as I will proceed to discuss, while the 1883 arrangements were an important way of giving Term 11 a precise meaning, the parties could not "work out" that which is not comprehended by Term 11 language, namely, an obligation in respect of railway operations.

It cannot be contended that either Canada or British Columbia was unaware, in 1871, of the distinction between constructing a railway, and operating a railway. A useful comparison exists in the Terms of Union which governed the entry of Prince Edward Island into Confederation in 1873 (*Prince Edward Island Terms of Union* (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 12); see also *Constitution Act, 1982*, Schedule, Item 6):

That the Dominion Government shall assume and defray all the charges for the following services, viz.: — *j*

Cependant, même cette application inutilement élargie du principe de l'arbre susceptible de croître possède à l'art. 11 une assise que j'ai déjà mentionnée: l'art. 11 envisage une cession de terres. *a* Cependant, l'art. 11 ne prévoit aucune obligation d'exploiter le chemin de fer. Pour considérer que la Convention fédérale-provinciale de 1883 comporte une telle obligation, il faudrait concevoir un nouveau principe, quelque chose de plus qu'une interprétation par analogie à l'arbre susceptible de croître, ce que n'appuie pas le fait historique de la concession de terres dans le district de la rivière de la Paix.

c Je n'ai pas besoin de justifier davantage la conclusion que la Convention fédérale-provinciale de 1883 est venue mettre en œuvre à certains égards le texte de l'art. 11. Ce n'est que dans cette mesure que je suis d'accord avec la Colombie-Britannique pour dire que l'art. 11 constitue une disposition sommaire relativement à certaines questions foncières. L'article 11 n'est sommaire que parce qu'il fallait délimiter physiquement la zone de chemin de fer. L'article 11 n'est pas «sommaire» s'il implique l'ajout subséquent d'une structure qu'il ne définit pas. On sent que, selon cette interprétation que donne la Colombie-Britannique, une disposition sommaire ne détermine pas l'apparence du produit final. Toutefois, comme je vais l'analyser, bien que les arrangements de 1883 aient constitué une façon importante de donner un sens précis à l'art. 11, les parties ne pouvaient pas «clarifier» ce qui n'est pas compris dans l'art. 11, savoir l'obligation d'exploiter le chemin de fer. *f* *g*

On ne peut soutenir que le Canada ou la Colombie-Britannique ignorait, en 1871, la distinction qui existe entre la construction et l'exploitation d'un chemin de fer. On trouve une comparaison utile dans les conditions qui ont régi l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard à la Confédération en 1873 (*Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard* (reproduites dans L.R.C. (1985), App. II, no 12); voir aussi la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe, no 6):

Que le gouvernement du Canada se chargera des dépenses occasionnées par les services suivants:

Efficient Steam Service for the conveyance of mails and passengers, to be established and maintained between the Island and the mainland of the Dominion, Winter and Summer, thus placing the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion; [Emphasis added.]

In *The Queen in Right of Canada v. The Queen in Right of Prince Edward Island, supra*, the Federal Court of Appeal effectively assumed that this clear language imposed upon Canada an operational obligation to ensure a service, and the court determined only how "continuous" that service must be. The contrast between this term, and British Columbia's Term 11, is striking: where, in Term 11, is the operational reference to railway service?

Although constitutional terms must be capable of growth, constitutional interpretation must nonetheless begin with the language of the constitutional law or provision in question. As early as 1883, in interpreting s. 109 of the *Constitution Act, 1867*, it was recognized in *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767 (P.C.), by the Lord Chancellor (Earl of Selborne) at p. 778 that:

It is a sound maxim of law, that every word ought, *prima facie*, to be construed in its primary and natural sense, unless a secondary or more limited sense is required by the subject or by the context.

Equally, at the same time as the "living tree" approach to constitutional interpretation was developed in *Edwards v. Attorney-General for Canada, supra*, it was also said that "the question is not what may be supposed to have been intended, but what has been said" (*per* Lord Sankey L.C., at p. 137). In passing, I would not wish to be taken as having decided whether the other broad principles established in the *Edwards* case apply to specific agreements like Terms of Union, which were intended to settle specific problems.

Un service convenable de bateaux à vapeur, transportant les malles et passagers, qui sera établi et maintenu entre l'île et les côtes du Canada, l'été et l'hiver, assurant ainsi une communication continue entre l'île et le chemin de fer Intercolonial, ainsi qu'avec le réseau des chemins de fer du Canada; [Je souligne.]

Dans l'arrêt *La Reine du chef du Canada c. La Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard*, précité, la Cour d'appel fédérale a effectivement tenu pour acquis que cette disposition imposait clairement au Canada une obligation d'assurer un service, et la cour a seulement déterminé comment «continu» devait être ce service. Il existe un contraste frappant entre cette disposition et l'art. 11 applicable à la Colombie-Britannique: où trouve-t-on dans l'art. 11 le renvoi à l'exploitation d'un service ferroviaire?

Bien que les dispositions constitutionnelles doivent être susceptibles d'évoluer, l'interprétation en la matière doit néanmoins commencer par l'examen du texte de la loi ou de la disposition constitutionnelle en cause. Dès 1883, dans l'arrêt *Attorney-General of Ontario c. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767 (C.P.), prononcé par le lord chancelier (le comte de Selborne), à la p. 778, on avait reconnu, en interprétant l'art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que:

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit que chaque terme devrait, à première vue, être interprété dans son sens primaire et naturel, sauf si la matière ou le contexte nécessite qu'on lui attribue un sens secondaire ou plus restreint.

De même, parallèlement au développement de l'interprétation constitutionnelle par analogie à l'"arbre susceptible de croître" dans l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, précité, on a aussi affirmé qu' [TRADUCTION] «il s'agit de savoir non pas ce qu'on a supposé voulu dire, mais bien ce qu'on a dit» (le lord chancelier Sankey, à la p. 137). En passant, je ne voudrais pas que l'on croie que je me suis prononcé sur l'application des autres grands principes formulés dans l'arrêt *Edwards* à certaines conventions comme les Conditions de l'adhésion, qui visaient à résoudre des problèmes spécifiques.

The interpretive process proposed by British Columbia denies the straightforward proposition that regard must first be had for the language of the provision to be interpreted. British Columbia asserts that because some aspects of Term 11 are skeletal, the whole of the railway obligation must be considered ambiguous. I have already noted that Term 11 is "skeletal" only in a very limited sense. Even if a much broader view were acceptable, however, what British Columbia invites this Court to do is to move beyond the language of Term 11 to the Settlement Agreement of 1883, from thence to the *Dominion Act*, and from thence to the Dunsmuir Agreement where, finally, an obligation in respect of operations will be located.

In response to British Columbia's invitation, it is useful to cite *Prince Edward Island (Minister of Transportation and Public Works) v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 1 F.C. 129 (C.A.). In that case, the same *Prince Edward Island Terms of Union* already quoted were at issue. With reference to those terms, it was argued that Canada has a constitutional obligation to maintain or operate rail services on the Island. Writing for the Federal Court of Appeal, I stated (at pp. 136-37):

I do not find it necessary to deal with each of the imaginative steps along the interpretive journey mapped out by the appellant which leads to his constitutional destination. I say this for the reason that the Terms of Union do not require Canada to operate the railway in Prince Edward Island or to maintain and operate a rail link between the railway within Prince Edward Island and the railway on the mainland. This is acknowledged by counsel for the appellant, who also recognizes that what the Terms of Union expressly state is that the railway on the Island shall be the property of Canada and Canada will pay the cost of a service that will place the Island in continuous communication with the Intercolonial Railway and the railway system of the Dominion.

In my view, what the appellant is in effect arguing is that the Terms of Union are not clear on their face as shown by what he calls the poor drafting, brevity, disorganization and the like. To resolve the doubt one must discern an understanding that must be implied from the

Le processus d'interprétation proposé par la Colombie-Britannique rejette le principe simple selon lequel il faut d'abord tenir compte du texte de la disposition à interpréter. Selon la Colombie-Britannique, puisque certains aspects de l'art. 11 sont sommaires, il faut considérer comme ambiguë la totalité de l'obligation en matière ferroviaire. J'ai déjà fait remarquer que l'art. 11 n'est «sommaire» que dans un sens fort limité. Mais, même si une conception plus large était acceptable, ce que la Colombie-Britannique nous invite à faire est d'aller au-delà du texte de l'art. 11 de la Convention fédérale-provinciale de 1883, pour examiner la *Loi fédérale* et ensuite la convention Dunsmuir dans laquelle on finit par trouver une obligation d'exploiter.

Pour répondre à cette invitation de la Colombie-Britannique, il est utile de citer l'arrêt *Île-du-Prince-Édouard (Ministre des Transports et des Travaux publics) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 1 C.F. 129 (C.A.). Cet arrêt portait sur les *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*, que j'ai déjà citées. On soutenait que le Canada avait l'obligation constitutionnelle de maintenir ou d'exploiter un service ferroviaire sur l'île. J'ai affirmé, au nom de la Cour d'appel fédérale, aux pp. 136 et 137:

Je n'estime pas nécessaire de traiter de chacune des étapes astucieuses de l'interprétation des Conditions par lesquelles est passé l'appellant pour parvenir à sa destination constitutionnelle. Je dis ceci parce que les Conditions de l'adhésion n'exigent pas que le Canada exploite le chemin de fer sur l'Île-du-Prince-Édouard ni qu'il maintienne et exploite une liaison ferroviaire entre le chemin de fer sur l'Île-du-Prince-Édouard et le chemin de fer sur le continent. L'avocat de l'appellant en convient; il reconnaît également ce que les Conditions de l'adhésion disent expressément, c'est que le chemin de fer sur l'Île deviendra la propriété du Canada et que celui-ci se chargera des dépenses occasionnées par un service qui assurera une communication continue entre l'Île et le chemin de fer Intercolonial et le réseau des chemins de fer du Canada.

À mon avis, ce que soutient l'appellant en réalité, c'est que les Conditions de l'adhésion ne sont pas claires à première vue, comme le démontrent ce qu'il appelle leur mauvaise rédaction, leur brièveté, leur mauvais agencement et ainsi de suite. Pour dissiper le doute, il faut

circumstances at the time and the conduct of the parties since the Terms of Union were approved. I find this approach rather dangerous because it can easily lead to a rewriting of the Terms if not a slanting of the arrangement unjustifiably in favour of one side. But more fundamentally I think the appellant's approach is misguided because what is surely paramount is the meaning to be given to the words chosen by the parties in the Terms of Union.

In this respect, I do not agree that the words chosen were badly expressed or otherwise defective. In fact, I believe the relevant Terms of Union are clear in their intent and meaning and should be taken to express the agreement that was intended by the parties. In other words, there is no need to rely on the rules of statutory construction, extrinsic evidence, or legislative history when the language under consideration is clear.

In like manner, I suggest that the case made by British Columbia in this appeal is answered with relative ease. Term 11 is clear on its face: it imposed an obligation of construction on Canada, not an obligation of operation.

In passing, I add that British Columbia can take no support from my *obiter* statement in the *Prince Edward Island* case, to the effect that (at p. 139): "If an obligation to operate perpetually were intended, clear language to that effect would have been employed as was done, as Counsel for CN pointed out, in the 1883 B.C. railway settlement". Clearly, this statement was unnecessary to the decision in that case, and, even as *obiter*, it is qualified since I also stated (in footnote 14 at p. 139): "Without commenting on the correctness of [Esson C.J.'s first petition] decision, I would point out that the facts and language of the relevant enactments are materially different from those in the case at bar". Additionally, the comment only suggests that if perpetual railway operation was intended when Prince Edward Island joined Confederation, the Terms of Union could have used the kind of language used in the Dunsmuir Agreement. The comment in no way considers whether the language of

découvrir une entente implicite à même les circonstances à l'époque et le comportement des parties depuis l'adoption des Conditions de l'adhésion. Je trouve cette approche plutôt dangereuse car elle peut facilement mener à une nouvelle rédaction des Conditions, voire à un réaménagement qui en fausserait les termes au profit de l'une des parties. Mais, essentiellement, je juge erronée l'approche de l'appelant parce que ce qui importe sûrement le plus, c'est le sens à donner aux mots choisis par les parties dans les Conditions de l'adhésion.

À cet égard, je n'estime pas que les mots choisis sont mal exprimés ou laissent par ailleurs à désirer. De fait, je crois que le sens et l'intention des Conditions pertinentes de l'adhésion sont clairs et que ces dernières expriment l'accord qu'envisageaient les parties. En d'autres termes, point n'est besoin de recourir aux règles d'interprétation des lois, aux éléments de preuve extrinsèques ou aux antécédents législatifs lorsque le libellé à l'étude est clair.

De même, j'estime qu'on peut assez facilement répondre à l'argument avancé par la Colombie-Britannique. L'article 11 est clair à première vue: il impose au Canada une obligation de construire et non une obligation d'exploiter.

J'ajoute, en passant, que la Colombie-Britannique ne peut se fonder sur ma remarque incidente dans l'arrêt de l'*Île-du-Prince-Édouard* (à la p. 139), voulant que «[s]i l'on avait voulu que le Canada exploite le chemin de fer à perpétuité, on l'aurait dit en des termes clairs comme ce fut le cas, ainsi que l'a souligné l'avocat du CN, dans la convention de 1883 relative au chemin de fer de la Colombie-Britannique». De toute évidence, cette remarque n'était pas nécessaire pour régler le litige et, même en tant que remarque incidente, elle est nuancée puisque j'ai aussi affirmé (note 14, à la p. 139): «Sans faire de commentaires sur la justesse de cette décision [du juge en chef Esson sur la première requête], je soulignerai que les faits et les libellés des textes législatifs pertinents sont substantiellement différents de ceux qui nous concernent en l'espèce». En outre, ce commentaire laisse seulement entendre que si on avait voulu que le chemin de fer soit exploité à perpétuité lors de l'adhésion de l'*Île-du-Prince-Édouard* à la Confédération, on aurait pu utiliser dans les Conditions de l'adhésion des termes du genre de ceux utilisés dans la convention Dunsmuir. Le commentaire ne

the Dunsmuir Agreement has constitutional status itself.

Then British Columbia argues that a broader view of Term 11 must be adopted because, by 1883, Canada was in breach of its obligations under that term. That Canada was in breach is clear. Term 11 established that construction of the rail line was to be commenced within two years, and completed within ten years, of 1871. As the simple existence of the Settlement Agreement of 1883 points out, neither of these time frames for construction was observed.

It is equally clear, in my view, that construction delays gave rise to a legitimate grievance on the part of British Columbia, since the settlement and development of that province was intimately associated with the land grants contemplated by Term 11. Ample evidence of British Columbia's concern over the delay can be located in the Carnarvon Papers, published by the province in 1880. In particular, I note the 1878 petition by the British Columbia Legislative Assembly which requested the right to "withdraw from the Union" (Carnarvon Papers, No. 198) in the event that British Columbia's grievances could not be satisfied by Lord Carnarvon's 1874 proposal.

I do not discount the proposition repeatedly asserted in the reasons of the Court of Appeal, namely, that the 1883 arrangements were the culmination of a nation-building effort. I must plainly state, however, that such arrangements could not create obligations of a constitutional kind unless those obligations were already specifically envisaged by the terms of Term 11. To assert otherwise is to suggest that British Columbia and Canada — acting alone in 1883 — could agree upon, and give effect to, a constitutional amendment.

The manner in which Canada's Constitution could have been amended in 1883 is, or should be, trite law. Today, of course, the federal government

porte aucunement sur la question de savoir si la convention Dunsmuir a elle-même un statut constitutionnel.

La Colombie-Britannique soutient ensuite que l'art. 11 doit recevoir une interprétation plus large puisque, dès 1883, le Canada avait manqué aux obligations que lui imposait cette disposition. Il est évident que le Canada était en défaut. Aux termes b de l'art. 11, la construction du chemin de fer devait commencer dans les deux années qui ont suivi 1871 et être achevée dans les dix années suivantes. Comme en témoigne la simple existence de la Convention fédérale-provinciale de 1883, ni l'un ni l'autre de ces échéanciers n'a été respecté.

À mon avis, il est également clair que les retards dans la construction ont donné lieu à des récriminations légitimes de la part de la Colombie-Britannique, puisque la colonisation et le développement de cette province étaient étroitement associés aux concessions de terres envisagées par l'art. 11. Les Carnarvon Papers, publiés par la province en 1880, e témoignent amplement des préoccupations de la Colombie-Britannique quant au retard. Je souligne, en particulier, que l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique avait demandé en 1878 le droit de [TRADUCTION] «se retirer de l'Union» (Carnarvon Papers, n° 198) dans l'éventualité où la proposition soumise par lord Carnarvon en 1874 ne permettrait pas de répondre aux récriminations de la Colombie-Britannique.

^g Je ne fais pas abstraction de l'affirmation maintes fois répétée dans les motifs de la Cour d'appel, savoir que les arrangements de 1883 étaient l'aboutissement d'efforts de création d'un pays. Toutefois, je dois carrément affirmer que ces arrangements ne pouvaient créer des obligations de nature constitutionnelle, sauf si elles étaient déjà spécifiquement envisagées par le texte de l'art. 11. Prétendre le contraire revient à soutenir que la Colombie-Britannique et le Canada pouvaient, en 1883, s'entendre unilatéralement sur une modification de la Constitution et la mettre à exécution.

La manière dont la Constitution canadienne aurait pu être modifiée en 1883 est bien connue en droit ou devrait l'être. Il va sans dire que, de nos

and any affected provincial government can agree upon constitutional amendments which affect no other province pursuant to s. 43 of the *Constitution Act, 1982*. Similarly, after 1949, amendment of the *Constitution Act, 1867* could occur without Imperial Parliament consent if the amendment involved modification of a purely federal power: *British North America (No. 2) Act, 1949* (U.K.), 13 Geo. 6, c. 81 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 33), repealed by *Constitution Act, 1982*, s. 53(1) and Schedule, Item 22; see *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54. Clearly, however, prior to 1949, constitutional amendments did require the participation of the Imperial Parliament, since the *Constitution Act, 1867* (then the *British North America Act, 1867*) was an Act of that Parliament. If authority for this simple proposition is desired, see *Reference re Authority of Parliament in relation to the Upper House, supra*, at p. 60, and *Reference re Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at p. 802.

I am thus somewhat confounded by the argument which suggests that Canada and British Columbia, acting alone, could have made an agreement which had a "constitutional nature" in 1883 which was not specifically contemplated by Term 11. As already noted, I have no doubt of the importance of the provisions of the Settlement Agreement of 1883 to the process of nation building. As recognized by the Privy Council in the *E & N Reference* case, the "whole arrangement would have broken down" (p. 108) if the parties had refused to enact their respective obligations in the *Dominion and Provincial Acts*. However, to admit that nation building was at issue is to admit an historical, not a constitutional, fact. All constitutional amendments, perforce, can be considered acts of nation building. But not all acts of nation building, perforce, attain constitutional status.

jours, le gouvernement fédéral et tout gouvernement provincial concerné peuvent, en vertu de l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, s'entendre sur des modifications de la Constitution qui ne touchent aucune autre province. De même, après 1949, il était possible de modifier la *Loi constitutionnelle de 1867* sans le consentement du Parlement impérial s'il s'agissait d'une modification touchant un pouvoir purement fédéral: *Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2)*, 1949 (R.-U.), 13 Geo. 6, ch. 81 (reproduit dans L.R.C. (1985), App. II, n° 33), abrogé par la *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 53(1), et annexe, n° 22; voir *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54. Mais de toute évidence, avant 1949, les modifications de la Constitution nécessitaient la participation du Parlement impérial puisque la *Loi constitutionnelle de 1867* (alors l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*) était une loi de ce parlement. Pour une justification de cette simple affirmation, voir le *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, précité, à la p. 60, et *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la p. 802.

Je suis quelque peu déconcerté par l'argument selon lequel le Canada et la Colombie-Britannique auraient pu, en 1883, conclure unilatéralement une entente de «nature constitutionnelle» qui n'était pas spécifiquement nécessaire à la clarification du texte sommaire de l'art. 11. Comme je l'ai déjà fait remarquer, je ne doute aucunement de l'importance de la Convention fédérale-provinciale de 1883 dans le processus de création du pays. Comme l'a reconnu le Conseil privé, dans le *Renvoi E & N*, [TRADUCTION] «toute l'entente aurait échoué» (p. 108) si les parties avaient refusé d'édicter leurs obligations respectives dans la *Loi fédérale* et la *Loi provinciale*. Cependant, reconnaître que la création du pays était en cause revient à reconnaître un fait historique et non un fait de nature constitutionnelle. Toutes les modifications constitutionnelles peuvent forcément être considérées comme des actes de création d'un pays. Cependant, tous les actes de création d'un pays n'acquièrent pas forcément un statut constitutionnel.

Indeed, to put the matter as I understand it, the 1883 arrangements resolved a constitutional dispute, but that resolution was part constitutional, part political. The principal constitutional part has already been reviewed, that is, the implementation of Term 11 obligations through the resolution of land-grant issues. The political part, quite simply, is anything which is not specifically contemplated by the language of Term 11 of the *British Columbia Terms of Union*. For example, I would clearly place Canada's contribution of \$750,000 toward the Island rail line construction in this latter category: see clause (e) of the Settlement Agreement of 1883 and s. 3 of the *Dominion Act*. As recognized by the judgment of Rand J. in the *E & N Reference* case, there was indeed a "legitimate complaint on the part of the Province" (p. 436) in 1883, but the resulting arrangements were largely "political arrangements to be embodied in statutes" (p. 439).

I conclude, therefore, that if an obligation on behalf of Canada to operate the Vancouver Island rail line arose in 1883, that obligation resulted only from a political compromise intended to resolve a constitutional impasse. This is not to say that the 1883 arrangements lacked stability or importance. One need only consider the taxation collection agreements which have existed and do exist between the federal government and the provinces of Canada to realize that very stable political arrangements sometimes lack constitutional status: see G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at p. 28.

Stated another way, I see no value in a constitutional argument which is not grounded in the language of the Constitution itself. It would be a vast extension of constitutional law to suggest that British Columbia and Canada could do anything but respond to such language in resolving the constitutional impasse which existed by 1883. As Profes-

En fait, si je comprends bien, les arrangements de 1883 ont réglé un différend en matière constitutionnelle, mais ce règlement était en partie de nature constitutionnelle et en partie de nature politique. On a déjà examiné le volet constitutionnel principal, c'est-à-dire la mise à exécution des obligations prévues à l'art. 11 par le règlement des questions de concession de terres. Le volet politique comprend tout simplement tout ce qui n'est pas spécifiquement envisagé par l'art. 11 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*. Par exemple, je classerais dans cette dernière catégorie la contribution de 750 000 \$ du Canada pour la construction de la ligne de chemin de fer de l'Île: voir l'al. (e.) de la Convention fédérale-provinciale de 1883 ainsi que l'art. 3 de la *Loi fédérale*. Comme l'a reconnu le juge Rand dans le *Renvoi E & N*, il y a effectivement eu, en 1883, [TRADUCTION] «des récriminations légitimes de la part de la province» (p. 436), mais les arrangements qui ont suivi étaient en majeure partie [TRADUCTION] «des arrangements politiques à incorporer dans des lois» (p. 439).

Je conclus donc que si le Canada avait, en 1883, l'obligation d'exploiter la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver, cette obligation émanait seulement d'un compromis politique destiné à résoudre une impasse constitutionnelle. Cela ne veut pas dire que les arrangements de 1883 manquaient de stabilité ou d'importance. On n'a qu'à examiner les ententes en matière de perception d'impôt qui ont existé et qui continuent d'exister entre le gouvernement fédéral et les provinces canadiennes pour se rendre compte que, parfois, des arrangements politiques très stables n'ont pas de statut constitutionnel: voir G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2^e éd. 1981), à la p. 28.

En d'autres termes, je n'accorde aucune valeur à un argument fondé sur la Constitution, qui ne repose pas sur le texte même de la Constitution. Ce serait élargir considérablement la portée du droit constitutionnel que d'affirmer qu'en résolvant l'impasse constitutionnelle qui existait en 1883, la Colombie-Britannique et le Canada ne pouvaient

sor Hogg has recognized in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 9:

The definition of the "Constitution of Canada" in s. 52(2) is introduced by the word "includes". In general, in Canadian statutes, the word "includes" indicates that the definition is not exhaustive. The word "means" is customary for an exhaustive definition. But, considering the specificity of the list of Acts and orders, and the grave consequences (namely, supremacy and entrenchment . . .) of the inclusion of other instruments, surely no court would be so bold as to make additions to the 30 instruments in the schedule. It seems only realistic, therefore, to regard the definition as exhaustive, although it omits many instruments of importance to the government of Canada or the provinces. For example, the definition omits the pre-1867 instruments which governed the territory now forming part of Ontario and Quebec: the Royal Proclamation of 1763, the Quebec Act of 1774, the Constitutional Act of 1791 and the Union Act of 1840. Also excluded are the pre-1867 instruments which are still the constitutions of Nova Scotia (1749), Prince Edward Island (1769), New Brunswick (1784), Newfoundland (1832) and British Columbia (1866).

The argument of British Columbia runs contrary to the common sense notion expressed by Professor Hogg. Since there is no suggestion in the language of the Terms of Union that Canada has a continuing constitutional obligation to operate the Island rail line, British Columbia cannot assert that such an obligation, located in another instrument which is not itself constitutional, somehow attained constitutional status. It is not necessary, of course, to discount completely the possibility that documents not listed in s. 52(2) of the *Constitution Act, 1982* might yet be considered constitutional in certain contexts. That issue does not fall to be resolved in this case.

These comments are sufficient to dispose of the first issue. Nonetheless, I feel I must respond to certain arguments grounded in case law because of the reliance placed upon them in the courts below.

que réagir à ce texte. Comme l'a reconnu le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 9:

[TRADUCTION] La définition de l'expression «Constitution du Canada» au par. 52(2) est précédée du terme «comprend». En général, dans les lois canadiennes, le terme «comprend» indique que la définition n'est pas exhaustive. Le terme «désigne» précède habituellement une définition exhaustive. Cependant, compte tenu de la spécificité de la liste des textes législatifs et décrets, et des graves conséquences (savoir la primauté et la constitutionnalisation . . .) de l'inclusion d'autres instruments, il est certain qu'aucun tribunal n'aurait l'audace de faire des ajouts à la liste des 30 instruments énoncés dans l'annexe. En conséquence, il semble seulement réaliste de considérer la définition comme exhaustive, même si elle omet de nombreux instruments importants pour le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux. Par exemple, la définition ne mentionne pas les instruments antérieurs à 1867 qui régissaient le territoire qui fait maintenant partie de l'Ontario et du Québec: la Proclamation royale de 1763, l'Acte de Québec de 1774, la Loi constitutionnelle de 1791 et l'Acte d'Union de 1840. Sont également exclus des instruments antérieurs à 1867, toujours en vigueur: les constitutions de la Nouvelle-Écosse (1749), de l'Île-du-Prince-Édouard (1769), du Nouveau-Brunswick (1784), de Terre-Neuve (1832) et de la Colombie-Britannique (1866).

L'argument de la Colombie-Britannique va à l'encontre de la notion de bon sens formulée par le professeur Hogg. Puisque le texte des Conditions de l'adhésion ne laisse aucunement entendre que le Canada a une obligation constitutionnelle continue d'exploiter la ligne ferroviaire de l'île, la Colombie-Britannique ne saurait soutenir qu'une telle obligation, formulée dans un autre instrument qui n'est pas lui-même constitutionnel, a d'une manière ou d'une autre acquis un statut constitutionnel. Il n'est certes pas nécessaire d'éarter complètement la possibilité que des documents non énumérés au par. 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* puissent quand même être considérés comme constitutionnels dans certains contextes. Cette question n'a pas à être tranchée en l'espèce.

Ces commentaires suffisent pour trancher la première question. J'estime néanmoins nécessaire de répondre à certains arguments fondés sur la jurisprudence en raison de l'importance qui leur a été

In particular, extensive reference has been made to the *Precious Metals* case and the *E & N Reference* case already cited. I will comment upon each of these decisions in turn.

The controversy in the *Precious Metals* case concerned the nature of the land grant effected by the *Provincial Act*, and, in particular, s. 2 of that Act. Section 2 gave effect to British Columbia's obligation to convey a contiguous strip of land within the meaning of Term 11 of the Terms of Union. British Columbia and Canada went to court with a reference case to determine ownership of the precious metals beneath the railway belt. The precise issue to be determined was whether the grant from British Columbia to Canada was governed by the rule which governs Crown grants to private persons, "namely, that by a grant of land from the crown the precious metals would not pass unless the intention of the crown that they should pass was expressed in apt and precise words" (p. 357 S.C.R.).

Before this Court, the rule governing private grants was found to be inapplicable, and it was held that the provincial statute transferred mineral rights to Canada. There were two majority judgments. For Ritchie C.J., the following characterization of the grant was accepted (at pp. 357-58):

This is not to be looked upon as a transaction between the crown and a private individual, or to be governed by principles applicable to transfers between private parties. This was a statutory arrangement between the government of the Dominion and the government of British Columbia, in settlement of a constitutional question between the two governments, or rather, giving effect to, and carrying out, the constitutional compact under which British Columbia became part and parcel of the Dominion of Canada, and as a part of that arrangement the government of British Columbia relinquished to the Dominion of Canada . . . , all right to certain public lands belonging to the crown . . . ; it was a statutory transfer or relinquishment by the Province of British Columbia of the right of that province in or to such public lands to the Dominion of Canada, to be managed, controlled and dealt with by the Dominion government

accordée devant les tribunaux d'instance inférieure. En particulier, on a invoqué amplement l'*Arrêt sur les métaux précieux* et le *Renvoi E & N*, précités. Je vais les commenter à tour de rôle.

Dans l'*Arrêt sur les métaux précieux*, la controverse portait sur la nature de la concession foncière visée par la *Loi provinciale* et, en particulier, l'art. 2 de cette loi qui mettait à exécution l'obligation de la Colombie-Britannique de céder une bande de terre avoisinante au sens de l'art. 11 des Conditions de l'adhésion. La Colombie-Britannique et le Canada ont, dans un renvoi, demandé aux tribunaux de déterminer qui était propriétaire des métaux précieux situés sous la zone de chemin de fer. Ce qu'il fallait décider précisément c'était si la concession faite par la Colombie-Britannique au Canada était régie par la règle applicable aux concessions faites par Sa Majesté à des particuliers, selon laquelle [TRADUCTION] «dans le cas d'une concession foncière faite par Sa Majesté, il n'y aura transfert des métaux précieux que si l'intention de Sa Majesté qu'ils soient transférés a été exprimée nettement et clairement» (p. 357 R.C.S.).

Notre Cour a conclu que la règle régissant les concessions à des particuliers n'était pas applicable et elle a statué que la loi provinciale transférait au Canada les droits miniers. Cette affaire a donné lieu à deux décisions majoritaires. Le juge en chef Ritchie a accepté la qualification suivante de la concession (aux pp. 357 et 358):

[TRADUCTION] Il ne faut pas considérer qu'il s'agit d'une opération entre l'État et un particulier ni d'une opération régie par les principes applicables aux transferts entre particuliers. Il s'agissait d'un arrangement législatif entre le gouvernement fédéral et le gouvernement de la Colombie-Britannique, qui visait à régler une question constitutionnelle entre les deux gouvernements, ou plutôt qui visait à mettre à exécution l'entente constitutionnelle en vertu de laquelle la Colombie-Britannique a adhéré au Dominion du Canada, et dans le cadre duquel, le gouvernement de la Colombie-Britannique a cédu au Dominion du Canada [...] tout droit sur certaines terres publiques qu'il détenait [...] ; la province de la Colombie-Britannique avait, par un texte de loi, transféré ou cédu au Dominion du Canada son droit sur les terres publiques en cause, lesquelles seraient gérées et administrées par le gouvernement fédéral de la même

in as full and ample a manner as the provincial government could have done, had no such act been passed, and, in my opinion, having the same force and effect as if the British North America Act, instead of declaring that the several provinces should retain all their respective public property . . . and that all lands belonging to the several provinces should continue to belong to the several provinces, there had been engrafted thereon an exception of certain portions of such public lands which should belong to the Dominion government. [Emphasis added.]

In coming to the same conclusion, Gwynne J. (Taschereau J. concurring) held that the controlling feature on the facts was the intention of British Columbia and Canada at the time. For Term 11 purposes, Gwynne J. considered that Canada and British Columbia could be compared to independent actors on the international stage. He stated (at pp. 372-73):

The transaction thus authorized being of the nature of a treaty between these two independent bodies . . . the case must be regarded not at all in the light of a grant of land by the crown to a subject, but in the light of a treaty between the two independent contracting parties upon the faith of which alone the Province of British Columbia was received into and became part of the Dominion of Canada, and being given by the British North America Act the force of an act of parliament.

Gwynne J. held that the parties must have intended for Canada to have total control over the railway belt in order "to give effect to the condition upon which British Columbia was received into the union" (p. 386).

In quite short reasons, Lord Watson reversed the decision of this Court. Lord Watson obviously took issue with Gwynne J.'s characterization of Term 11 as embodying a treaty-like power. He stated (at pp. 303-4):

If the 11th Article of Union had been an independent treaty between the two Governments, which obviously contemplated the cession by the Province of all its interests in the land forming the railway belt, royal as well as territorial, to the Dominion Government, the conclusion

manière qu'aurait pu le faire le gouvernement de la province si cette loi n'avait pas été adoptée, et à mon avis, ce transfert a le même effet que si l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, plutôt que de déclarer que les diverses provinces devraient conserver la propriété de leurs terres publiques respectives [. . .] et que toutes leurs terres devraient continuer de leur appartenir, renfermait une exception relativement à certaines parties de ces terres publiques qui devraient appartenir au gouvernement fédéral. [Je souligne.]

b

Le juge Gwynne (avec l'appui du juge Taschereau) est arrivé à la même conclusion, affirmant que l'élément factuel déterminant était l'intention de la Colombie-Britannique et du Canada à l'époque. Pour les fins de l'art. 11, le juge Gwynne a considéré que le Canada et la Colombie-Britannique pouvaient être comparés à des acteurs indépendants sur la scène internationale. Il affirme, aux pp. 372 et 373:

[TRADUCTION] Étant donné que l'opération ainsi autorisée tenait de la nature d'un traité entre ces deux organismes indépendants [. . .] il faut considérer le dossier comme s'il s'agissait non pas d'une concession de terres faite par Sa Majesté à l'un de ses sujets, mais bien d'un traité entre deux parties contractantes indépendantes, sur la seule foi de quoi la province de la Colombie-Britannique a été admise dans le Dominion du Canada, et qui s'est vu conférer la force d'une loi du parlement par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

Le juge Gwynne a conclu que les parties doivent avoir voulu que le Canada exerce un contrôle total sur la zone de chemin de fer afin [TRADUCTION] «de mettre à exécution la condition à laquelle la Colombie-Britannique a été admise dans l'union» (p. 386).

h

Dans des motifs fort brefs, lord Watson a infirmé la décision de notre Cour. Il n'était manifestement pas d'accord avec le juge Gwynne pour dire que l'art. 11 renfermait un pouvoir de conclure une sorte de traité. Il affirme, aux pp. 303 et 304:

[TRADUCTION] Si l'art. 11 des Conditions de l'adhésion avait constitué un traité indépendant entre les deux gouvernements, dans lequel on aurait de toute évidence envisagé la cession au gouvernement fédéral par la province de tous ses droits sur les terres formant la zone de

j

of the Court below would have been inevitable. But their Lordships are unable to regard its provisions in that light. The 11th article does not appear to them to constitute a separate and independent compact. It is part of a general statutory arrangement, of which the leading enactment is, that, on its admission to the Federal Union, British Columbia shall retain all the rights and interests assigned to it by the provisions of the British North America Act, 1867, which govern the distribution of provincial property and revenues between the Province and the Dominion; the 11th article being nothing more than an exception from these provisions. The article in question does not profess to deal with *jura regia*; it merely embodies the terms of a commercial transaction, by which the one Government undertook to make a railway, and the other to give a subsidy, by assigning part of its territorial revenues. [Emphasis added.]

The language used by Lord Watson in this passage is troubling. If Lord Watson meant to suggest that Term 11 is simply a commercial and not a constitutional provision, then the judgment of the Privy Council must be regarded as having been rendered *per incuriam* for reasons I have already noted. If, then, Lord Watson erred in this fashion, the Court of Appeal below was correct to assert that the Privy Council "seriously misapprehen[ded]" (p. 302) Canadian history and the learned trial judge was correct to refer to its "crabbed" (p. 358) view of Term 11 (assuming without deciding that, as a matter of *stare decisis*, either court had sufficient justification to ignore the perceived authority of the Privy Council).

In any event, I prefer to advocate a more generous view of Lord Watson's reasons. Although Lord Watson held that Term 11 "merely embodies the terms of a commercial transaction", I do not believe he meant to assert that those terms were not, in themselves, of constitutional stature. Rather, I believe that Lord Watson intended to circumscribe the reasons of Gwynne J. Read expansively, Gwynne J.'s reasons might suggest that Term 11 authorizes treaty-making not confined by

chemin de fer, qu'il s'agisse de droits découlant d'une prérogative royale ou de droits en matière territoriale, la Cour suprême n'aurait pu conclure autrement qu'elle l'a fait. Toutefois, leurs seigneuries sont incapables de percevoir ses dispositions sous cet angle. L'article 11 ne leur paraît pas constituer une entente distincte et indépendante. Il fait partie d'un arrangement législatif général, dont la disposition principale prévoit que la Colombie-Britannique conserve, au moment de son admission dans la Fédération, tous les droits et intérêts qui lui ont été attribués par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, qui régit le partage des biens et revenus provinciaux entre la province et le Dominion; l'article 11 ne constitue qu'une exception à ces dispositions. L'article en question ne porte pas sur les droits découlant d'une prérogative royale; il englobe simplement les conditions d'une opération commerciale en vertu de laquelle un palier de gouvernement s'est engagé à construire un chemin de fer, et l'autre, à accorder une subvention en cédant une partie de ses revenus territoriaux.

[Je souligne.]

Lord Watson utilise dans ce passage des termes troublants. S'il a voulu dire que l'art. 11 constitue simplement une disposition commerciale et non constitutionnelle, il faut alors considérer que le Conseil privé a rendu une décision par inadvertance pour les motifs que j'ai déjà mentionnés. Alors, si lord Watson a commis pareille erreur, la Cour d'appel a eu raison de soutenir que le Conseil privé avait commis une [TRADUCTION] «grave erreur d'interprétation» (p. 302) de l'histoire constitutionnelle canadienne et le juge de première instance a eu raison de dire que le Conseil privé avait adopté une position [TRADUCTION] «rébarbative» (p. 358) à l'égard de l'art. 11 (en supposant sans en décider que, du point de vue de la *stare decisis*, l'un ou l'autre tribunal était suffisamment justifié d'ignorer l'autorité perçue du Conseil privé).

Quoiqu'il en soit, je préconise une interprétation plus libérale des motifs de lord Watson. Bien que celui-ci ait conclu que l'art. 11 [TRADUCTION] «englobe simplement les conditions d'une opération commerciale», je ne crois pas qu'il a voulu dire que ces conditions n'avaient pas de statut constitutionnel en soi. Je crois plutôt que lord Watson a voulu circonscrire les motifs du juge Gwynne. Si on les interprète de façon libérale, ces motifs pourraient laisser entendre que l'art. 11

the language of Term 11 itself. I believe Lord Watson's statement is grounded in s. 146 of the *Constitution Act, 1867*, which states in part that Terms of Union could only be "subject to the Provisions of this Act". In other words, a meaning for Term 11 could not have been negotiated by Canada and British Columbia in contravention of the *Constitution Act, 1867* itself, so as to extend unjustifiably the reach of the Terms of Union.

This interpretation makes Lord Watson's reasons intelligible. He proceeded from his allegedly narrow view of Term 11 to decide that the word "lands" as used in Term 11 connotes only certain necessary incidents of land, such as mines and minerals. According to Lord Watson, "jura regalia [Royal rights] are not accessories of land" (p. 305). Lord Watson then viewed Term 11 in the context of the *Constitution Act, 1867*, and, in particular, in light of the fact that "Royalties" belong to the provinces by virtue of s. 109. In the absence of any clear reason to suppose precious metals were intended to pass with the provincial transfer, a pre-eminent effect was given to s. 109, undoubtedly because of s. 146 of the *Constitution Act, 1867*. Looking back to the long passage quoted from Lord Watson above, it becomes especially relevant to note the distinction drawn between rights "royal as well as territorial". In my view, if royalties received the exceptional treatment I have described in the *Precious Metals* case, that treatment would be entirely consistent with the Privy Council's approach to the topic: see G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), at pp. 79-83.

However, regardless of the view which is taken of the Privy Council decision in the *Precious Metals* case, it should be clear that there is nothing

autorise la conclusion de traités non limitée par le texte même de l'art. 11. À mon avis, les propos de lord Watson se fondent sur l'art. 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit notamment que les Conditions de l'adhésion doivent être établies «conformément aux dispositions de la présente loi». En d'autres termes, le Canada et la Colombie-Britannique n'auraient pu négocier une interprétation de l'art. 11, qui aurait été contraire à la *Loi constitutionnelle de 1867* elle-même, de manière à élargir indûment la portée des Conditions de l'adhésion.

c Une telle interprétation nous permet de comprendre les motifs de lord Watson. Il s'est fondé sur son interprétation soi-disant restrictive de l'art. 11 pour décider que le mot «terres» utilisé à l'art. 11 suggère seulement certains accessoires nécessaires des terres, comme les mines et les minéraux. Selon lord Watson, [TRADUCTION] «les jura regalia [les droits découlant de la prérogative royale] ne sont pas l'accessoire des terres» (p. 305). Lord Watson a ensuite examiné l'art. 11 dans le contexte de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, particulièrement, à la lumière du fait que les «redevances» appartiennent aux provinces en vertu de l'art. 109. Comme il n'existe aucune raison précise de supposer qu'on a voulu que les métaux précieux soient inclus dans le transfert de terres effectué par la province, on a donné à l'art. 109 un effet prééminent, sans doute à cause de l'art. 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si l'on retourne au long extrait tiré des motifs de lord Watson, il devient tout à fait pertinent de relever la distinction entre les «droits découlant d'une prérogative royale [et les] droits en matière territoriale». À mon avis, si les redevances ont reçu, dans l'*Arrêt sur les métaux précieux*, le traitement exceptionnel que j'ai décrit, ce traitement serait tout à fait compatible avec la façon dont le Conseil privé a abordé le sujet: voir G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), aux pp. 79 à 83.

Toutefois, quelle que soit l'opinion adoptée quant à la décision du Conseil privé dans l'*Arrêt sur les métaux précieux*, il devrait être évident que

about that case which assists British Columbia in any way in this appeal. I have already conceded that, in respect of the kind of land issues discussed in the case, the 1883 arrangements did constitute a "carrying out [of] the constitutional compact" evident in the Terms of Union, as Ritchie C.J. suggested in the decision of this Court. 1883 implemented 1871. However, to the extent that either the parties or the courts below dispute whether the *Precious Metals* case is authority for the constitutional character of the 1883 arrangements *in toto*, the dispute demonstrates a logical error. That error exists in the assumption that the arrangements were either wholly geared toward constitutional implementation, or wholly geared toward commerce.

At issue in the *E & N Reference* case was s. 22 of the *Provincial Act*. Pursuant to s. 22, British Columbia enacted as follows:

22. The lands to be acquired by the company from the Dominion Government for the construction of the Railway shall not be subject to taxation, unless and until the same are used by the company for other than railroad purposes, or leased, occupied, sold, or alienated.

As a result of a 1945 Commission appointed to inquire into the forest resources of British Columbia and legislation relating thereto, the courts were asked to determine whether British Columbia could levy a certain form of tax against the E & N Company. This determination required a number of issues to be examined, but, for present purposes, it is sufficient to state that the courts were asked whether British Columbia and the E & N Company were united in contract with respect to the s. 22 obligation.

In the reasons of the British Columbia Court of Appeal, attention must be paid only to the reasons of O'Halloran J.A. O'Halloran J.A. concluded there was no privity of contract between the E & N Company and British Columbia relevant to the taxation issue. He held that the Dunsmuir Agreement was a contract between Canada and the Dunsmuir Syndicate (later the E & N Company), and that the

cet arrêt n'est d'aucun secours pour la Colombie-Britannique. En ce qui concerne le type de questions foncières analysées dans cet arrêt, j'ai déjà reconnu que les arrangements de 1883 «mett[aint] à exécution l'entente constitutionnelle» qui ressortait des Conditions de l'adhésion, comme le juge en chef Ritchie l'a affirmé dans l'arrêt de notre Cour. Les arrangements de 1883 mettaient en œuvre les conditions de 1871. Cependant, dans la mesure où les parties ou les tribunaux d'instance inférieure se demandent si l'*Arrêt sur les métaux précieux* établit que les arrangements de 1883 sont en totalité de nature constitutionnelle, ils commettent une erreur sur le plan logique. Il est erroné de supposer que ces arrangements étaient soit en totalité axés sur la mise en œuvre de textes constitutionnels, soit en totalité axés sur le commerce.

d Le *Renvoi E & N* portait sur l'art. 22 de la *Loi provinciale* de la Colombie-Britannique, qui prévoyait ceci:

[TRADUCTION] 22. Les terres que la compagnie doit acquérir du gouvernement fédéral pour la construction du chemin de fer sont exemptées d'impôt, sauf si la compagnie les utilise à d'autres fins, ou encore si elles sont louées, occupées, vendues ou cédées.

f À la suite d'une Commission chargée en 1945 d'examiner la question des ressources forestières de la Colombie-Britannique et des textes législatifs s'y rapportant, on a demandé aux tribunaux de déterminer si la Colombie-Britannique pouvait assujettir la Compagnie E & N à une certaine forme d'impôt. De nombreuses questions ont alors dû être examinées, mais, pour les fins du présent pourvoi, il suffit de préciser que les tribunaux étaient appelés à déterminer si la Colombie-Britannique et la Compagnie E & N se trouvaient liées par un contrat relativement à l'obligation imposée à l'art. 22.

i Dans les motifs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, il ne faut prêter attention qu'à l'opinion du juge O'Halloran. Le juge a conclu qu'il n'y avait pas entre la Compagnie E & N et la Colombie-Britannique de lien de droit contractuel pertinent en ce qui concernait la question de la taxation. Il a conclu que la convention Dunsmuir était un contrat entre le Canada et le consortium

1883 Settlement Agreement (and *Dominion* and *Provincial Acts*) involved an agreement between Canada and British Columbia. O'Halloran J.A. specifically rejected the argument that s. 22 of the *Provincial Act* could be viewed as an offer from British Columbia to the E & N Company which was accepted through the latter's construction of the rail line. On this point, he stated (at p. 1888):

In my opinion, . . . the Provincial "draft bill" containing section 22 . . . was not an offer by the Province to the contractors, but was in historical truth an acceptance by the Province of the offer the Dominion made to the Province . . . , and which acceptance the Dominion produced to the contractors . . . to induce them to enter into the agreement with the Dominion of that date to build the railway, and as an assurance to the contractors that the Dominion could and would carry out the terms of the agreement it was then negotiating with them.

As a further point of analysis, O'Halloran J.A. examined in some detail the dealings among Canada, British Columbia, and the railway contractors. He took issue with the suggestion that British Columbia had dealt directly with the railway contractors in the following terms (at p. 1889):

It was the obligation of the Dominion under the Terms of Union and embodied in its offer to the Province of 5 May, 1883, that it would secure the construction of the railway. The Province since 1871 had been holding the Dominion firmly to that obligation, and it is inconsistent with the historical setting and the trend of events to suggest now, that the Province in 1883 suddenly embarked on a course of conduct which would have relieved the Dominion from that obligation.

In a similar vein, O'Halloran J.A. examined whether the contractors believed themselves to be negotiating directly with British Columbia. He stated (at p. 1892):

In the historical setting of the events which occurred the contractors could not fail to realize that the Province could not assume responsibility for the construction of

Dunsmuir (plus tard la Compagnie E & N), et que la Convention fédérale-provinciale de 1883 (ainsi que la *Loi fédérale* et la *Loi provinciale*) comportait une entente entre le Canada et la Colombie-Britannique. Le juge O'Halloran a expressément rejeté l'argument selon lequel l'art. 22 de la *Loi provinciale* pouvait être considéré comme une offre faite par la Colombie-Britannique à la Compagnie E & N, que cette dernière a acceptée en construisant la ligne de chemin de fer. Sur ce point, il dit (à la p. 1888):

[TRADUCTION] À mon avis, [...] «l'avant-projet de loi» provincial comprenant l'art. 22 [...] ne constituait pas une offre faite aux entrepreneurs par la province, mais constituait, à vrai dire d'après l'histoire, une acceptation par la province de l'offre que le Dominion lui avait faite [...]; le Dominion a ensuite présenté cette acceptation aux entrepreneurs [...] pour les inciter à conclure avec le gouvernement de l'époque l'entente pour la construction du chemin de fer, ainsi qu'à titre de garantie offerte aux entrepreneurs que le Dominion pouvait exécuter et exécuterait les conditions de l'entente négociée avec eux.

Comme autre point d'analyse, le juge O'Halloran a examiné de façon assez détaillée les rapports entre le Canada, la Colombie-Britannique et les entrepreneurs ferroviaires. Il n'était pas d'accord avec l'idée que la Colombie-Britannique avait fait directement affaire avec les entrepreneurs ferroviaires (à la p. 1889):

[TRADUCTION] En vertu des Conditions de l'adhésion, le Dominion avait l'obligation de garantir la construction du chemin de fer, comme en témoigne l'offre qu'il a faite à la Province le 5 mai 1883. Depuis 1871, la Province avait fermement exigé du Dominion qu'il s'acquitte de cette obligation et il est incompatible avec le contexte historique et la tournure des événements de soutenir maintenant que la Province a soudainement, en 1883, adopté une ligne de conduite qui aurait dégagé le Dominion de cette obligation.

Dans le même sens, le juge O'Halloran a examiné si les entrepreneurs croyaient eux-mêmes négocier directement avec la Colombie-Britannique. Il dit (à la p. 1892):

[TRADUCTION] Dans le contexte historique des événements survenus, les entrepreneurs n'étaient pas sans savoir que la Province ne pouvait assumer la responsabi-

the railway, for that was the obligation of the Dominion under the Terms of Union, and the failure to carry out that obligation had been the cause of much bitterness and agitation in the Province. It would be plain to the contractors, moreover, that the Dominion was contracting with them as principal and not as agent or trustee for the Province.

O'Halloran J.A. concluded that British Columbia dealt only with Canada, that British Columbia gave Canada what the latter wanted for the railway contractors, and that British Columbia did not deal with the contractors.

This Court reversed the British Columbia Court of Appeal. A contract was found, although three rather difficult sets of reasons were delivered, and several *obiter* statements were made.

For Locke J. (Kerwin J. concurring), it was not possible to locate any contractual relationship between British Columbia and the proposed contractor (i.e., the Dunsmuir Syndicate) from the course of dealings which preceded the *Provincial Act*. However, a contract could be found between the province and the E & N Company because of the *Provincial Act* itself. Locke J. held that pursuant to s. 9 of that Act, the E & N Company was to "lay out, construct, equip, maintain, and work" the rail line. He connected that obligation to s. 27, which provides that the E & N Company "shall be bound by any contract or agreement for the construction of the Railway from Esquimalt to Nanaimo which shall be entered into" between the Dunsmuir Syndicate and Canada. Canada was seen to be a trustee which conveyed consideration from British Columbia to the contractor. On this basis, the E & N Company could enforce the tax exemption.

It is notable that Locke J. considered the *quid pro quo* for the E & N Company's ability to enforce the tax exemption to be that British

lité de la construction du chemin de fer, puisque c'était le Dominion qui était tenu de le faire en vertu des Conditions de l'adhésion, et que l'inexécution de cette obligation avait été à l'origine de beaucoup d'amertume et d'agitation dans la Province. D'ailleurs, il était clair pour les entrepreneurs que le Dominion concluait avec eux un contrat en tant que mandant et non en tant que mandataire ou fiduciaire de la Province.

b Le juge O'Halloran a conclu que la Colombie-Britannique avait fait affaire seulement avec le Canada, qu'elle avait donné au Canada ce qu'il voulait pour les entrepreneurs ferroviaires et qu'elle n'avait pas traité avec les entrepreneurs.

c Notre Cour a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et conclu à l'existence d'un contrat, bien que trois juges aient rédigé des motifs plutôt complexes et que plusieurs observations incidentes aient été formulées.

d e f g h i j Le juge Locke (avec l'appui du juge Kerwin) a jugé impossible de conclure à l'existence d'un rapport contractuel entre la Colombie-Britannique et l'entrepreneur proposé (c.-à-d. le consortium Dunsmuir) à partir des négociations qui ont précédé l'adoption de la *Loi provinciale*. Toutefois, il a pu conclure à l'existence d'un contrat entre la province et la Compagnie E & N en raison de la *Loi provinciale* elle-même. Le juge Locke a affirmé que la Compagnie E & N devait, conformément à l'art. 9 de cette loi, procéder [TRADUCTION] «au tracé, à la construction, à l'équipement, à l'entretien et à l'exploitation» de la ligne de chemin de fer. Il a associé cette obligation à l'art. 27 qui prévoit que la Compagnie E & N [TRADUCTION] «est liée par tout contrat ou toute convention se rattachant à la construction de la ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo, devant être conclu» entre le consortium Dunsmuir et le Canada. Le Canada était perçu comme un fiduciaire qui transmettait à l'entrepreneur la contrepartie de la Colombie-Britannique. Pour ce motif, la Compagnie E & N pouvait se prévaloir de l'exemption d'impôt.

j Il est remarquable que le juge Locke ait considéré que la capacité de la Compagnie E & N de faire valoir l'exemption d'impôt avait pour contre-

Columbia could compel the Company to work the line. He stated (at pp. 422-23):

... it is clear that is what was intended, since otherwise the railway company might have simply built the line for the purpose of obtaining the valuable subsidies and discontinued operation if it proved unprofitable. . . . As I see the matter, the statutory obligation of the Province to exempt the lands from taxation upon the terms of sec. 22 continues in perpetuity in the same manner as the obligations of the railway company under secs. 9 and 27. . . .

In a later passage, Locke J. makes similar reference to the E & N Company being "bound by the covenant given by the contractors to operate the railway . . . in perpetuity by reason of sec. 27 of the [Provincial Act]" (pp. 429-30). It may be useful to make two points about this reference immediately. First, Locke J.'s interpretation of events was reversed by the Privy Council. Second, and perhaps more important, the obligation of perpetual operation recognized by Locke J. was a contractual obligation owed by the E & N Company to British Columbia. To the extent that the respondent in this appeal attempts to derive constitutional support from this statement, the attempt must therefore fail. On the one hand, the alleged obligation at issue was not owed by Canada. On the other hand, as Locke J. recognized, the statutory character of the contract he found could be altered at will by British Columbia legislation (p. 423). Obviously, if a perpetual constitutional obligation exists, British Columbia would lack the capacity to alter it at will. Moreover, as no contract law notions have been argued in the present appeal, I need not discuss such notions further.

Like Locke J., Rand J. in the *E & N Reference* case found that a contract resulted from the enactment of the *Provincial Act*, rather than from preceding negotiations. Also like Locke J., Rand J. recognized that the arrangements were subject to repeal by the provincial legislature (pp. 438-39). What is more interesting for present purposes is

partie la capacité de la Colombie-Britannique de forcer la Compagnie à exploiter la ligne ferroviaire. Il affirme (aux pp. 422 et 423):

a [TRADUCTION] . . . il est clair que c'est ce qu'on voulait car, autrement, la compagnie ferroviaire aurait pu construire la ligne de chemin de fer afin d'obtenir les précieuses subventions et en cesser l'exploitation si elle se révélait non rentable. [. . .] Si je comprends bien, l'obligation que la province avait, en vertu de la Loi, d'exempter les terres d'impôt aux conditions prévues à l'art. 22, est perpétuelle de la même façon que les obligations qui incombaient à la compagnie de chemin de fer en vertu des art. 9 et 27 . . .

c Plus loin, le juge Locke mentionne aussi que la Compagnie E & N était [TRADUCTION] «liée par l'engagement des entrepreneurs d'exploiter le chemin de fer [. . .] à perpétuité en raison de l'art. 27 de la [Loi provinciale]» (pp. 429 et 430). Il peut être utile de faire immédiatement deux remarques à ce sujet. Premièrement, le Conseil privé a infirmé l'interprétation que le juge Locke a donnée des événements survenus. Deuxièmement, ce qui est peut-être encore plus important, l'obligation d'exploitation perpétuelle reconnue par le juge Locke était une obligation contractuelle que la Compagnie E & N avait envers la Colombie-Britannique. Par conséquent, dans la mesure où l'intimé en l'espèce tente de trouver un appui de nature constitutionnelle dans cette affirmation, il doit échouer. D'une part, la prétendue obligation en cause n'incombait pas au Canada. D'autre part, comme l'a reconnu le juge Locke, le caractère légal du contrat qu'il a constaté pouvait être modifié à volonté par une loi de la Colombie-Britannique (p. 423). De toute évidence, s'il existait une obligation constitutionnelle perpétuelle, la *b* Colombie-Britannique n'aurait pas la capacité de la modifier à son gré. De plus, comme on n'a avancé aucune notion du droit des contrats en l'espèce, je n'ai pas à analyser davantage ces notions.

i Dans le *Renvoi E & N*, le juge Rand, à l'instar du juge Locke, a conclu qu'un contrat avait résulté de l'adoption de la *Loi provinciale* et non des négociations préalables. Tout comme le juge Locke, le juge Rand a reconnu que les arrangements pouvaient être abrogés par la législature provinciale (pp. 438 et 439). Ce qui nous intéresse

that Rand J. specifically disavowed the constitutional approach taken by O'Halloran J.A. at the Court of Appeal. In concluding that the contractors dealt with Canada and not British Columbia, O'Halloran J.A. had taken the position that Canada incurred a Term 11 obligation to secure construction of the Island railway, and he inferred that British Columbia would not have dealt directly with the contractors (or *vice versa*) for fear of weakening this obligation. Rand J., however, stated (at pp. 435-36):

Nor would it be profitable to examine the constitutional position from which in substance O'Halloran and Bird JJ. A. proceeded, i.e. that the construction of the island railway was an obligation of the Dominion under the terms of union: even with that as an initial assumption, the conclusions to which the questions invite us, are not, in the view I take of the settlement as a whole, materially affected.

Similarly, for Kellock J., a contract arose inasmuch as Canada contracted as trustee for British Columbia as beneficiary. Interestingly, Kellock J. inferred that the *Provincial Act* involved a contract through reference to Lord Watson's description of Term 11 as a "commercial transaction" (p. 452). Finally, Estey J., too, found a contract in the statutory scheme.

In contrast, the Privy Council rejected the contract argument outright. Most important is Lord Greene's adoption of O'Halloran J.A.'s approach (at p. 107):

In the Court of Appeal O'Halloran J.A. came to the conclusion that there was no contractual relationship between the province and the contractors or the railway company. Their Lordships agree with this conclusion and with the reasoning on which it is based.

Although the Privy Council agreed that s. 22 of the *Provincial Act* was essential to the scheme of

davantage pour les fins du présent pourvoi est le fait que le juge Rand a expressément désapprouvé l'approche constitutionnelle adoptée par le juge O'Halloran de la Cour d'appel. En concluant que les entrepreneurs traitaient avec le Canada et non avec la Colombie-Britannique, le juge O'Halloran avait adopté le point de vue selon lequel le Canada avait assumé une obligation, fondée sur l'art. 11, de garantir la construction du chemin de fer de l'Île, et il a déduit que la Colombie-Britannique n'aurait pas traité directement avec les entrepreneurs (ou vice versa) de crainte d'atténuer cette obligation. Toutefois, le juge Rand affirme (aux pp. 435 et 436):

[TRADUCTION] Il ne serait pas non plus avantageux d'examiner le point de vue constitutionnel sur lequel les juges O'Halloran et Bird se sont essentiellement fondés, savoir que la construction du chemin de fer de l'Île était une obligation du Dominion en vertu des conditions d'adhésion: même en se servant de cela comme hypothèse initiale, les conclusions auxquelles nous amènent les questions posées ne sont pas sensiblement touchées, d'après mon interprétation de l'ensemble de l'entente.

De même, pour le juge Kellock, un contrat a été conclu dans la mesure où le Canada a agi à titre de fiduciaire et la Colombie-Britannique, à titre de bénéficiaire. Il est intéressant de noter que le juge Kellock a déduit, du fait que lord Watson avait décrit l'art. 11 comme une [TRADUCTION] «opération commerciale» (p. 452), que la *Loi provinciale* comportait un contrat. Enfin, le juge Estey a lui aussi conclu à l'existence d'un contrat dans l'ensemble législatif.

Par contre, le Conseil privé a carrément rejeté l'argument de l'existence d'un contrat. Sur ce point, il importe de signaler que lord Greene a adopté le point de vue du juge O'Halloran de la Cour d'appel (à la p. 107):

[TRADUCTION] Le juge O'Halloran de la Cour d'appel est arrivé à la conclusion qu'il n'existant pas de relation contractuelle entre la province et les entrepreneurs ou la compagnie de chemin de fer. Leurs Seigneuries souscrivent à cette conclusion et au raisonnement sur lequel elle repose.

Bien que le Conseil privé ait accepté que l'art. 22 de la *Loi provinciale* était indispensable à l'arran-

1883, no contractual intention was found. In particular, Lord Greene rejected the suggestion that British Columbia would have had "any intention of a contractual nature that [s. 22 of the *Provincial Act*], when enacted, should remain for all time on the Statute Book" (p. 108).

The *E & N Reference* case is relevant in this case because British Columbia argues that when Lord Greene adopted the reasoning of O'Halloran J.A. from the Court of Appeal, he adopted that reasoning in its entirety, including O'Halloran J.A.'s characterization of the Vancouver Island rail line as a Term 11 rail line. I have several problems with this argument which I will consider in turn.

First, the Privy Council did not unqualifiedly adopt the reasons of O'Halloran J.A. in the *E & N Reference* case. Lord Greene simply agreed with O'Halloran J.A.'s contract law conclusion "and with the reasoning on which it is based" (*supra*, at p. 107). It is far from clear that O'Halloran J.A.'s Term 11 remarks are necessary to his contract law conclusion, since his constitutional interpretation simply informed his factual analysis of what the parties intended in 1883. Further, even if one assumes that a Term 11 status for the rail line was acknowledged, O'Halloran J.A. simply discusses the constitutional status of the construction obligation on Vancouver Island. Proving this status would not advance British Columbia's position in respect of an operational obligation.

Second, at the level of this Court in the *E & N Reference* case, Rand J. said it would be "unprofitable" (*supra*, at p. 435) to proceed from O'Halloran J.A.'s constitutional starting point. If the Privy Council intended to discount this blunt statement, I would consider it odd that the Privy Council judgment fails to acknowledge its existence.

gement de 1883, il n'a conclu à l'existence d'aucune intention de conclure un contrat. Lord Greene a, en particulier, rejeté l'idée que la Colombie-Britannique aurait eu [TRADUCTION] «une intention de nature contractuelle, savoir que [l'art. 22 de la *Loi provinciale*], une fois adopté, devrait demeurer dans le code» (p. 108).

b Le *Renvoi E & N* est pertinent en l'espèce parce que la Colombie-Britannique soutient que, lorsqu'il a souscrit au raisonnement du juge O'Halloran de la Cour d'appel, lord Greene a adopté l'ensemble de ce raisonnement, y compris sa c qualification de la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver comme étant une ligne de chemin de fer visée par l'art. 11. Je suis d'avis que cet argument pose plusieurs problèmes que je vais examiner à tour de rôle.

d Premièrement, le Conseil privé n'a pas adopté sans réserve les motifs du juge O'Halloran dans le *Renvoi E & N*. Lord Greene a simplement souscrit à la conclusion en matière de droit des contrats du juge O'Halloran [TRADUCTION] «et au raisonnement sur lequel elle repose» (précité, à la p. 107). Il est loin d'être évident que les remarques que le juge O'Halloran a faites au sujet de l'art. 11 étaient nécessaires pour arriver à sa conclusion en matière de droit des contrats, étant donné que son interprétation de la Constitution venait simplement appuyer son analyse factuelle de l'intention des parties en 1883. Par ailleurs, même si l'on suppose g que la ligne de chemin de fer se trouvait visée par l'art. 11, le juge O'Halloran a simplement examiné le statut constitutionnel de l'obligation de construction du chemin de fer sur l'île de Vancouver. h La preuve de ce statut n'appuierait pas la position de la Colombie-Britannique relativement à l'existence d'une obligation d'exploitation.

i Deuxièmement, dans le *Renvoi E & N*, le juge Rand de notre Cour affirme qu'il «ne serait pas [...] avantageux» (précité, à la p. 435) de se fonder sur la prémissse constitutionnelle du juge O'Halloran. Si le Conseil privé a voulu faire abstraction de cette affirmation on ne peut plus claire, il serait étrange, selon moi, que l'arrêt du Conseil privé n'en reconnaissasse pas l'existence.

Finally, although it is not necessary to my decision, I am somewhat sceptical of the suggestion that the Esquimalt to Nanaimo line can be considered a Term 11 rail line. That line is certainly not a line which connects to the "railway system of Canada" within the meaning of Term 11, and I would find it difficult to rationalize some facts of this case with a Term 11 characterization. Without embarking upon a detailed discussion of the point, I simply cite the difference in language between clause (e.) of the anticipated settlement agreement enacted as a preamble to *An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province*, S.B.C. 1883, c. 14, and clause (e) of the Settlement Agreement of 1883 which actually resulted. I also suggest that it could be difficult to rationalize the decisions in *McGregor v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1907] A.C. 462 (P.C.), and *Burrard Power Co. v. The King*, [1911] A.C. 87 (P.C.), with a contrary view. I would have thought that a Term 11 rail line would, *ipso facto*, fall within the legislative jurisdiction of Canada by virtue of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* as an interprovincial undertaking. It is difficult to understand why Canada would have declared the rail line to be a work for the general advantage of Canada in the 1905 *Declaratory Act* if that rail line had always been within Canada's legislative jurisdiction. None of these points, of course, discounts the significance of the Island rail line as a nation-building enterprise.

Thus, case law in no way interferes with the conclusions I have already reached. I reiterate that Canada owes no constitutional obligation to British Columbia in respect of the Victoria to Nanaimo Vancouver Island rail line. I would allow the appeal on this issue and set aside the contrary declaration issued by the Court of Appeal.

B. The Statutory Interpretation Issue

It will be helpful to describe precisely the statutory interpretation issue at the outset. Pursuant to

Enfin, quoique cela ne soit pas utile à ma décision, je doute quelque peu que l'on puisse considérer la ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo comme visée par l'art. 11. Cette ligne n'est certainement pas une ligne qui relie au «réseau des chemins de fer canadiens» au sens de l'art. 11, et il me serait difficile d'expliquer certains faits de la présente affaire en disant que la ligne est visée par l'art. 11. Sans entreprendre une analyse détaillée de ce point, je citerai simplement la différence qui existe entre le texte de l'al. (e.) de la convention fédérale-provinciale prévue qui a été adoptée comme préambule de la loi intitulée *An Act relating to the Island Railway, the Graving Dock, and Railway Lands of the Province*, S.B.C. 1883, ch. 14, et l'al. (e.) de la Convention fédérale-provinciale de 1883 qui a été effectivement conclue. J'affirme également qu'il pourrait être difficile d'expliquer par un point de vue contraire les arrêts *McGregor c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1907] A.C. 462 (C.P.), et *Burrard Power Co. c. The King*, [1911] A.C. 87 (C.P.). J'aurais cru qu'une ligne de chemin de fer visée par l'art. 11 aurait par le fait même, à titre d'entreprise interprovinciale, relevé de la compétence législative fédérale en raison de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est difficile de comprendre pourquoi le Canada aurait déclaré que la ligne de chemin de fer est une entreprise à l'avantage général du Canada dans la *Loi déclaratoire de 1905* si elle avait toujours relevé de la compétence législative fédérale. Il va sans dire qu'aucun de ces points n'écarte l'importance de la ligne ferroviaire de l'Île comme entreprise de création du pays.

En conséquence, la jurisprudence ne va nullement à l'encontre des conclusions auxquelles je suis déjà arrivé. Je répète que le Canada n'a envers la Colombie-Britannique aucune obligation constitutionnelle relativement à la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver entre Victoria et Nanaimo. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce point et d'infirmer le jugement déclaratoire contraire qui a été rendu par la Cour d'appel.

B. La question d'interprétation législative

Il sera utile de décrire précisément, au départ, la question d'interprétation législative soulevée. Con-

ss. 3 and 7 of the federal *Railway Act* a “special Act” is accorded the following special treatment:

3. (1) Except as otherwise provided in this Act,

(a) this Act shall be construed as incorporated with the Special Act; and

(b) where the provisions of this Act and of any Special Act passed by Parliament relate to the same subject-matter, the provisions of the Special Act shall, in so far as is necessary to give effect to the Special Act, be taken to override the provisions of this Act.

7. Where any railway, the construction or operation of which is authorized by a Special Act passed by the legislature of any province, is declared by any Act of Parliament to be a work for the general advantage of Canada, this Act applies to the railway, and to the company constructing or operating it, to the exclusion of such of the provisions of the Special Act as are inconsistent with this Act, and in lieu of any general railway Act of the province.

In s. 2(1) of the *Railway Act*, one finds the following definition of a “special Act”:

“Special Act”, when used with reference to a railway, means any Act under which the company has authority to construct or operate a railway, or that is enacted with special reference to that railway . . .

It is clear enough that the *Dominion Act*, the *Provincial Act*, the *1905 Declaratory Act*, and the *1912 Provincial Land Tax Exemption Act*, must all be considered “special Acts”, at least in so far as each was enacted “with special reference” to the E & N line.

Thus, based upon s. 3(1)(b), it is argued that if a “continuous operation” provision can be located within any federal “special Act” above listed, such a provision could not be contradicted by the *Railway Act*. The “special Act” provision would take precedence pursuant to s. 3(1)(b), and termination could not be effected using the provisions of the *Railway Act*. As a result, it is argued that Parliament must enact special legislation to order pas-

formément aux art. 3 et 7 de la *Loi sur les chemins de fer* fédérale, une «loi spéciale» reçoit le traitement spécial suivant:

a **3. (1)** Sauf disposition contraire de la présente loi:

a) cette dernière s’interprète comme étant incorporée à la loi spéciale;

b) lorsque les dispositions de la présente loi et celles d’une loi spéciale du Parlement se rapportent aux mêmes matières, les dispositions de la loi spéciale l’emportent sur les dispositions de la présente loi, dans la mesure nécessaire pour donner effet à cette loi spéciale.

c **7.** Lorsque le Parlement déclare, par une loi, qu’un chemin de fer, dont la construction ou l’exploitation est autorisée par une loi spéciale de la législature d’une province, constitue un ouvrage à l’avantage général du Canada, la présente loi s’applique à ce chemin de fer et à la compagnie qui le construit ou qui l’exploite, à l’exclusion des dispositions de cette loi spéciale qui sont incompatibles avec la présente loi, et aux lieux et places de toute loi générale de la province concernant les chemins de fer.

e Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur les chemins de fer* définit ainsi l’expression «loi spéciale»:

f «loi spéciale» Relativement à un chemin de fer, toute loi en vertu de laquelle la compagnie est autorisée à construire ou à exploiter un chemin de fer, ou toute loi édictée spécialement au sujet de ce chemin de fer . . .

g Il est assez clair que la *Loi fédérale*, la *Loi provinciale*, la *Loi déclaratoire de 1905* et la *Loi provinciale d’exemption d’impôt foncier de 1912* doivent toutes être considérées comme des «lois spéciales», au moins dans la mesure où chacune a été édictée «spécialement au sujet» de la ligne de chemin de fer E & N.

i Ainsi, on soutient que, compte tenu de l’al. 3(1)b), si on pouvait trouver dans l’une ou l’autre des «lois spéciales» fédérales susmentionnées une disposition prescrivant l’«exploitation sans interruption», pareille disposition ne saurait être contredite par la *Loi sur les chemins de fer*. Conformément à l’al. 3(1)b), la disposition de la «loi spéciale» aurait préséance et la suppression du service ne pourrait se faire au moyen des dispositions

senger rail service termination on the Island rail line.

Likewise, based upon s. 7, it is argued that if a "continuous operation" provision can be located within the provincial "special Act" above listed, such a provision would take effect unless this Court found that the special Act was inconsistent with the *Railway Act*. There is no doubt, of course, that the E & N Railway was declared to be a work for the general advantage of Canada as contemplated by s. 7. With reference to s. 3(1)(a), then, it is argued that the *Railway Act* permissively permits termination orders, and that a special Act which mandates "continuous operation" ought to be construed along with the *Railway Act*. It is said that there is no necessary inconsistency between a statute which permissively permits termination, and one which mandates continuous operation.

Two different "continuous operation" provisions exist in this case. The first, as already noted, exists in the Dunsmuir Agreement which is scheduled to the *Dominion Act*. The second is in an agreement scheduled to the *1912 Provincial Land Tax Exemption Act*, and it relates only to the Nanaimo to Courtenay extension. The potential for each of these provisions to circumvent the general operation of the *Railway Act* will be considered immediately below.

However, I pause to observe that no particular effort has been made to debate whether the word "continuously" in this context should be given its strict meaning, or whether, in this case, "continuously" might be better interpreted to mean "continually". Continually can mean "done on a regular basis", whereas "continuously" implies something "done in perpetuity", or "unremittingly done". Since the point will not again arise, I think it should be made here: absent a compelling context (such as existed in *The Queen in Right of Canada v. The Queen in Right of Prince Edward Island*,

de la *Loi sur les chemins de fer*. En définitive, on soutient que le Parlement doit adopter une loi spéciale pour ordonner la suppression du service de trains de voyageurs sur l'Île.

^a De même, compte tenu de l'art. 7, on soutient que si on peut trouver une disposition prescrivant l'«exploitation sans interruption» dans la «loi spéciale» provinciale susmentionnée, pareille disposition s'appliquerait sauf si notre Cour était d'avis que la loi spéciale est incompatible avec la *Loi sur les chemins de fer*. Il n'y a pas de doute, naturellement, que le chemin de fer E & N a été déclaré ouvrage à l'avantage général du Canada comme l'envisage l'art. 7. On soutient ensuite, pour ce qui est de l'al. 3(1)a), que la *Loi sur les chemins de fer* autorise la délivrance d'ordonnances de suppression du service et qu'il faut interpréter toute loi spéciale prescrivant l'«exploitation sans interruption» conformément à la *Loi sur les chemins de fer*. On affirme qu'il n'existe pas nécessairement d'incompatibilité entre une loi qui autorise la suppression d'un service et une autre qui prescrit l'exploitation sans interruption.

^f En l'espèce, deux dispositions différentes prescrivent l'«exploitation sans interruption». La première se trouve, comme je l'ai déjà mentionné, dans la convention Dunsmuir qui est annexée à la *Loi fédérale*. La deuxième, qui se trouve dans une entente annexée à la *Loi provinciale d'exemption d'impôt foncier de 1912*, se rapporte seulement au prolongement de la ligne entre Nanaimo et Courtenay. Je vais maintenant examiner si ces deux dispositions peuvent permettre de contourner l'application générale de la *Loi sur les chemins de fer*.

^g Cependant, je prends le temps de faire remarquer que l'on ne s'est pas vraiment efforcé d'examiner si, dans ce contexte, l'expression «sans interruption» («continuously») devrait être interprétée dans son sens strict, ou s'il n'y aurait pas lieu de lui donner le sens de «continuellement» («continually»), lequel terme peut signifier «fait sur une base régulière», alors que l'expression «sans interruption» implique que quelque chose sera «fait à perpétuité» ou «fait sans relâche». Puisque cette question ne se présentera plus, j'estime opportun de faire la remarque suivante: en

supra), I would be loath to interpret a truly perpetual obligation if the context would be satisfied by something less.

Returning to the problem at hand, British Columbia's argument in respect of the Dunsmuir Agreement faces one significant hurdle: in order for the "continuous operation" obligations in the Dunsmuir Agreement to have any importance, those obligations must be part of a "special Act". British Columbia must thus prove that the provisions of the Dunsmuir Agreement, which Agreement appears as a schedule to the *Dominion Act*, were given statutory force by that Act, such that the provisions are, in effect, provisions of the *Dominion Act* itself.

The Court of Appeal reviewed a number of cases before reaching the conclusion that the Dunsmuir Agreement was intended to be incorporated into the *Dominion Act*. I do not find it necessary to consider all of these cases, especially since, subject to what is said below, I do not quarrel with the consideration given to them by the Court of Appeal.

Unlike the Court of Appeal, I find instructive the decision of this Court in *Ottawa Electric Railway Co. v. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] S.C.R. 105. For present purposes, it is sufficient to cite the following statutory provisions at issue in the case (S.C. 1924, c. 84, ss. 1 and 2):

1. The agreement set out in the Schedule to this Act . . . is ratified and confirmed, and the parties thereto are hereby empowered and authorized to carry out their respective obligations and to exercise their respective privileges thereunder.

2. Notwithstanding the provisions of *The Railway Act, 1919* . . . , the rates of fares on The Ottawa Electric Railway Company's transportation system, as established by the said agreement, shall not be altered before the thirteenth day of August, 1928, . . . and thereafter

l'absence d'un contexte impératif (comme celui qui existait dans l'affaire *La Reine du chef du Canada c. La Reine du chef de l'Île-du-Prince-Édouard*, précitée), je serais peu disposé à reconnaître l'existence d'une véritable obligation perpétuelle dans le cas où le contexte exigerait quelque chose de moins.

Pour revenir au problème qui nous occupe, l'argument de la Colombie-Britannique relativ à la convention Dunsmuir se heurte à un obstacle important: pour que les obligations d'«exploitation sans interruption», que l'on trouve dans la convention Dunsmuir, aient une importance quelconque, elles doivent faire partie d'une «loi spéciale». La Colombie-Britannique doit donc prouver que la *Loi fédérale* confère force de loi à son annexe, la convention Dunsmuir, de sorte que les dispositions de cette convention soient en réalité des dispositions de la loi elle-même.

La Cour d'appel a examiné un certain nombre de décisions avant de conclure qu'on a voulu que la convention Dunsmuir fasse partie de la *Loi fédérale*. Je ne juge pas nécessaire d'examiner toutes ces décisions, étant donné particulièrement que, sous réserve de ce qui suit, je ne conteste pas l'examen qu'en a fait la Cour d'appel.

Contrairement à la Cour d'appel, je juge intéressant l'arrêt de notre Cour *Ottawa Electric Railway Co. c. Corporation of the City of Ottawa*, [1945] R.C.S. 105. Il suffit, pour les fins du présent pourvoi, de reproduire les dispositions législatives suivantes qui étaient alors en litige (S.C. 1924, ch. 84, art. 1 et 2):

1. Le traité énoncé à l'Annexe de la présente loi [...] est ratifié et confirmé, et les parties à ce traité sont par la présente loi autorisées à remplir leurs obligations respectives et à exercer leurs priviléges respectifs en vertu de ce traité.

2. Par dérogation aux dispositions de la *Loi des chemins de fer, 1919*, [...] les taux de passage sur le réseau de transport de la Compagnie du chemin de fer électrique d'Ottawa, tels qu'établis par ledit traité, ne doivent pas être changés avant le treizième jour d'août

any alteration in such fares shall be governed by the terms and conditions of the said agreement.

Five judges took part in the *Ottawa Electric* decision, but only four judges through three sets of reasons determined the status of the agreement mentioned in the provisions above cited.

Focusing on the language in s. 1 of the statute, Rinfret C.J. (Taschereau J. concurring) came to the following conclusion (at p. 117):

... the agreement, while being "ratified and confirmed" by section 1, was not made part of the Act. The object of that section is to give the agreement validity and to state that "the parties thereto are hereby empowered and authorized to carry out their respective obligations and to exercise their respective privileges thereunder". Be it noticed that the authorization is to carry out the obligations and the privileges thereunder and, therefore, those of the agreement. No power or authorization is added to the agreement itself.

Rand J. was equally clear in reaching the opposite result. He stated (at p. 126): "I have little doubt that the provisions dealing with fares and the powers of the Board over them have become the subject of statutory enactment". Finally, Kerwin J. cited the two statutory provisions I have quoted above, and then offered the following comments (at p. 122):

But the provision that "the rates of fares . . . shall not be altered . . . by the Board of Railway Commissioners for Canada", coupled with the last leg of section 2 "and thereafter any alteration in such fares shall be governed by the terms and conditions of the said agreement" lead me to the conclusion that something more than mere approval of the agreement is accomplished and that in fact the agreement should be construed as a statutory enactment.

Although divided in the result, I discern a common thread in the judgments of Rinfret C.J. and Kerwin J., namely, that statutory ratification and confirmation of a scheduled agreement, standing alone, is generally insufficient reason to conclude that such an agreement constitutes a part of the statute itself. Although Kerwin J. held that incorporation was intended, it is apparent from his rea-

1928 [...] et, par la suite, tout changement de ces taux de passage doit être subordonné aux termes et conditions dudit traité.

a Cinq juges ont pris part à la décision *Ottawa Electric*, mais seulement quatre, dans trois ensembles de motifs, ont déterminé le statut du traité mentionné dans les dispositions précitées.

b Lorsqu'il a examiné le texte de l'art. 1 de la loi en question, le juge en chef Rinfret (avec l'appui du juge Taschereau) est arrivé à la conclusion suivante (à la p. 117):

c [TRADUCTION] ... bien que «ratifié et confirmé» par l'art. 1, le traité n'a pas été incorporé dans la Loi. Cet article a pour objet de valider le traité et de préciser que «les parties à ce traité sont par la présente loi autorisées à remplir leurs obligations respectives et à exercer leurs priviléges respectifs en vertu de ce traité». À remarquer qu'il s'agit de l'autorisation de remplir les obligations et d'exercer les priviléges prévus dans la Loi et, en conséquence, dans le traité. Aucun pouvoir ni aucune autorisation ne sont ajoutés au traité lui-même.

e Le juge Rand a été aussi clair en concluant le contraire. Il affirme (à la p. 126): [TRADUCTION] «Je ne doute guère que les dispositions relatives aux taux de passage et les pouvoirs de la Commission en cette matière ont fait l'objet d'un texte législatif». Enfin, le juge Kerwin a cité les deux dispositions législatives reproduites plus haut et fait les commentaires suivants (à la p. 122):

g [TRADUCTION] Cependant, la disposition prévoyant que «les taux de passage [...] ne doivent pas être changés [...] par la Commission des chemins de fer du Canada», conjuguée à la dernière partie de l'art. 2 «et, par la suite, tout changement de ces taux de passage doit être subordonné aux termes et conditions dudit traité», m'amène à conclure qu'il y a plus qu'une simple approbation du traité et qu'en fait ce traité devrait être interprété comme une loi.

i Bien que le juge en chef Rinfret et le juge Kerwin ne se soient pas entendus sur le résultat, je décèle un point commun dans leurs jugements respectifs, savoir que les seules ratification et confirmation d'un traité en annexe ne suffiront pas généralement pour conclure que ce traité fait partie de la loi même. Même si le juge Kerwin a conclu qu'on voulait incorporer le traité dans la loi, il res-

sons that it was s. 2 of S.C. 1924, c. 84, which led him to conclude that "something more than mere approval of the agreement is accomplished". I infer from this conclusion that s. 1 of that Act, which simply ratified and confirmed the scheduled agreement, would have constituted "mere approval" rather than statutory incorporation from Kerwin J.'s perspective. On this point, therefore, his reasons accord with those of Rinfret C.J. (Taschereau J. concurring).

I also find useful the following dictum from Fullerton J.A. in *Winnipeg v. Winnipeg Electric Railway Co.*, [1921] 2 W.W.R. 282 (Man. C.A.), at p. 306:

... in order to make an agreement scheduled to an Act a part of the Act itself it is not sufficient to find words in the statute merely confirming and validating the agreement; you must find words from which the intention can be inferred.

Like the Court of Appeal, I do not regard this statement as meaning that a scheduled agreement will have statutory force only if that intention is made express in a particular provision, e.g. "the agreement is hereby confirmed, ratified, and endowed with statutory force", although an intention nearly so obvious is sometimes apparent: see, e.g., s. 1 of the *Constitution Act, 1930*, already discussed, which gave the "force of law" to scheduled agreements. Rather, all of the tools of statutory interpretation can be called in aid to determine whether incorporation is intended: see, e.g., *Cree Regional Authority v. Canada (Federal Administrator)*, [1991] 3 F.C. 533 (C.A.), at pp. 546-47 and 551-52. I do believe, however, that simple "ratification" or "confirmation" of a scheduled agreement, without more, is equivocal in terms of the required legislative intention.

In the Court of Appeal, an intention to confer statutory force was found because of the "constitutional importance of the undertaking", and because of the "plainly potentially unprofitable character" of the railway contrasted with the "extent of the grant" conferred upon Canada in compensation (p. 321). The Court of Appeal held that "[i]t seems

sort de ses motifs que c'est l'art. 2 des S.C. 1924, ch. 84, qui l'a amené à conclure qu'"il y a plus qu'une simple approbation du traité". Je déduis de cette conclusion que l'art. 1 de la loi en cause, qui ne faisait que ratifier et confirmer le traité annexé, n'aurait, selon le juge Kerwin, que «simplement approuvé» ce traité plutôt que de l'incorporer dans la Loi. Les motifs du juge Kerwin s'accordent donc, sur ce point, avec ceux du juge en chef Rinfret (aux motifs duquel a souscrit le juge Taschereau).

Je juge également utile cette remarque incidente que fait le juge Fullerton dans l'arrêt *Winnipeg c. Winnipeg Electric Railway Co.*, [1921] 2 W.W.R. 282 (C.A. Man.), à la p. 306:

[TRADUCTION] ... pour qu'un traité annexé à une loi fasse partie de la loi elle-même, il ne suffit pas de trouver dans la loi des termes qui ne font que confirmer et valider ce traité; il faut trouver des termes qui permettent de déduire qu'on a voulu l'incorporer dans la loi.

À l'instar de la Cour d'appel, je ne considère pas que cela signifie qu'un traité annexé n'aura force de loi que dans le cas où une disposition particulière le prévoit expressément: par exemple, «le traité est par les présentes confirmé, ratifié et a force de loi»; cependant, une intention presque aussi évidente est parfois apparente: voir, par exemple, l'art. 1 déjà examiné de la *Loi constitutionnelle de 1930*, qui donne «force de loi» aux conventions annexées. On peut plutôt utiliser tous les outils d'interprétation législative pour déterminer si l'on a voulu incorporer une entente donnée dans une loi: voir, par exemple, l'arrêt *Administration régionale crie c. Canada (Administrateur fédéral)*, [1991] 3 C.F. 533 (C.A.), aux pp. 546 et 547 et aux pp. 551 et 552. Je crois, cependant, que la simple «ratification» ou «confirmation» d'une entente annexée, sans plus, est équivoque pour ce qui est de déceler l'intention requise du législateur.

La Cour d'appel a conclu qu'on a voulu conférer force de loi compte tenu de [TRADUCTION] «l'importance constitutionnelle de l'entreprise» et de la «non-rentabilité potentiellement évidente» du chemin de fer par rapport à «l'étendue des terres concédées» au Canada à titre indemnitaire (p. 321). La cour a conclu qu'[TRADUCTION] «[i]l semble tout à

wholly reasonable that Parliament would have intended that the obligations to maintain and operate the line be incorporated into the federal statute" (p. 321). With respect, I cannot agree with this approach. The question is not whether it would have been reasonable for Parliament to confer statutory force upon the Dunsmuir Agreement, but whether, in fact, there is anything about the *Dominion Act* which compels the conclusion that such force was actually conferred.

Pursuant to s. 2 of the *Dominion Act*, the Dunsmuir Agreement receives the following treatment:

2. The agreement, a copy of which, with specification, is hereto appended as a schedule, for the construction, equipment, maintenance and working of a continuous line of railway of a uniform gauge of four feet, eight and one-half inches, from Esquimalt to Nanaimo in Vancouver Island, British Columbia, and also for the construction, equipment, maintenance and working of a telegraph line along the line of the said railway, is hereby approved and ratified, and the Governor in Council is authorized to carry out the provisions thereof according to their purport. [Emphasis added.]

It is not difficult, in my view, to envision the rationale to account for the existence of this provision. Had the need arisen, for example, s. 2 might have prevented arguments to the effect that the Dunsmuir Agreement was *ultra vires* the executive. Given what is said immediately above, however, I do not believe that s. 2, by itself, bestows statutory force upon that Agreement.

Perhaps more to the point, unlike the Court of Appeal, I can find nothing outside of s. 2 which expresses the intention British Columbia must prove. The *Dominion Act* simply confirms and ratifies the Dunsmuir Agreement, authorizes the Governor in Council to carry out the contract, and proceeds, in several of its provisions, to recount specifically clauses from that contract (ss. 4, 5, 6, 8, and 9). If the Dunsmuir Agreement was intended to have statutory force, I would find this repetition of contractual provisions in the text of the *Dominion Act* to be inexplicable.

fait raisonnable de soutenir que le Parlement aurait voulu incorporer dans la loi fédérale les obligations d'entretenir et d'exploiter la ligne» (p. 321). En toute déférence, je ne puis souscrire à ce point de vue. La question est non pas de savoir s'il aurait été raisonnable que le Parlement confère force de loi à la convention Dunsmuir, mais plutôt de savoir si, en réalité, il existe quoi que ce soit au sujet de la *Loi fédérale* qui oblige à conclure que pareille force a vraiment été conférée.

Conformément à l'art. 2 de la *Loi fédérale*, la convention Dunsmuir a été traitée de la façon suivante:

2. La convention, dont copie est reproduite, avec le devis qui l'accompagne, comme annexe, conclue pour la construction, l'équipement, l'entretien et l'exploitation d'une ligne de chemin de fer continue, d'une largeur de voie uniforme de quatre pieds huit pouces et demi, entre Esquimalt et Nanaïmo, dans l'île de Vancouver, Colombie-Britannique, et aussi pour la construction, l'équipement, l'entretien et l'exploitation d'une ligne de télégraphe sur le parcours du dit chemin de fer, est par le présent approuvée et ratifiée, et le Gouverneur en conseil est autorisé à en mettre les stipulations à effet suivant leur teneur. [Je souligne.]

À mon avis, il n'est pas difficile d'imaginer la raison d'être de cette disposition. Par exemple, si cela avait été nécessaire, l'art. 2 aurait pu prévenir les arguments voulant que la convention Dunsmuir excède les pouvoirs de l'exécutif. Cependant, compte tenu de ce que je viens de dire, je ne crois pas que l'art. 2 confère en soi force de loi à cette convention.

Plus particulièrement, contrairement à ce qu'a affirmé la Cour d'appel, je ne vois rien d'autre, à part l'art. 2, qui exprime l'intention que doit prouver la Colombie-Britannique. La *Loi fédérale* ne fait que confirmer et ratifier la convention Dunsmuir; elle autorise le gouverneur en conseil à exécuter le contrat et reprend spécifiquement, dans plusieurs de ses dispositions, des clauses de ce contrat (art. 4, 5, 6, 8 et 9). Si on avait voulu que la convention Dunsmuir ait force de loi, je jugerais inexplicable cette répétition de dispositions du contrat dans la *Loi fédérale*.

I also find that nothing outside of the *Dominion Act* causes me to rethink this obvious interpretation. The Court of Appeal considered *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. v. Treat, supra*, to be a significant contrary authority, but I disagree. In that case, in a statement which was clearly unnecessary to a resolution of the case, Viscount Haldane suggested that through the *Dominion Act*, "statutory authority was *inter alia* given to . . . an agreement relative to the construction of the railway" (p. 140). I see no reason to believe that this passing remark was intended to determine the statutory or contractual status of the Dunsmuir Agreement, and, indeed, I perceive little difference between the suggestion that a statute "confirms" or "ratifies" a contract, and the suggestion that a statute gives "statutory authority" to a contract.

Likewise, I am not persuaded by arguments founded upon the 1905 *Declaratory Act*. As already noted, s. 1 of that Act declared the Island rail line to be a work for the general advantage of Canada. Pursuant to s. 4 of that Act, however, certain pre-existing rights and liabilities were expressly maintained:

4. Nothing in this Act shall prejudicially affect the respective rights and liabilities of the province of British Columbia and of the Company, now existing or which heretofore existed by virtue of the provisions of the Act of the Legislature of the said province, 47 Victoria, chapter 14 [the *Provincial Act*].

The Court of Appeal based a difficult argument upon this provision. It cited ss. 9 and 27 of the *Provincial Act*, apparently to suggest that these sections also gave statutory effect to the operational obligations located in the Dunsmuir Agreement. In this fashion, the Court of Appeal suggested that s. 4 of the 1905 *Declaratory Act* is significant because its terms operated in 1905 to obviate s. 6 of the federal *Railway Act*, 1903, S.C. 1903, c. 58. In similar fashion to s. 7 of the current *Railway Act*, s. 6 made the *Railway Act*, 1903 applicable to rail lines subjected to the declaratory power to the exclusion of inconsistent provisions in any provincial "special Act".

En outre, je ne trouve rien, à part la *Loi fédérale*, qui me pousse à repenser cette interprétation évidente. La Cour d'appel a jugé que l'arrêt *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. c. Treat*, précité, était une décision contraire importante, mais je ne suis pas de cet avis. Dans cet arrêt, dans une affirmation tout à fait inutile au règlement du litige, le vicomte Haldane a affirmé que par la *Loi fédérale* [TRADUCTION] «on avait notamment conféré force de loi à [...] une entente relative à la construction du chemin de fer» (p. 140). Je ne vois aucune raison de croire que cette remarque, faite en passant, visait à déterminer le statut légal ou contractuel de la convention Dunsmuir, et, en fait, je vois peu de différence entre l'idée qu'une loi «confirme» ou «ratifie» un contrat, et celle qu'une loi confère «force de loi» à un contrat.

De même, je ne suis pas convaincu par les arguments fondés sur la *Loi déclaratoire de 1905*. Comme je l'ai déjà souligné, l'art. 1 de cette loi déclare que la ligne de chemin de fer de l'Île est une entreprise à l'avantage général du Canada. Toutefois, conformément à l'art. 4, certains droits et obligations préexistants sont expressément maintenus:

4. Rien en la présente loi ne saurait porter atteinte aux droits et obligations qui existent aujourd'hui pour la province de la Colombie-Britannique et pour la Compagnie, ou qui existaient ci-devant pour elles en vertu des dispositions de l'acte de la législature de la dite province, 47 Victoria, chapitre 14 [la *Loi provinciale*].

La Cour d'appel a fondé un argument complexe sur cette disposition. Elle a cité les art. 9 et 27 de la *Loi provinciale* apparemment pour laisser entendre que ces dispositions conféraient aussi force de loi aux obligations en matière d'exploitation qui étaient prévues dans la convention Dunsmuir. C'est ainsi que la Cour d'appel a affirmé que l'art. 4 de la *Loi déclaratoire de 1905* est important parce que son texte a eu pour effet, en 1905, de parer à l'art. 6 de l'*Acte des chemins de fer*, 1903, S.C. 1903, ch. 58. Comme le fait l'art. 7 de la *Loi sur les chemins de fer* actuelle, l'art. 6 rendait l'*Acte des chemins de fer*, 1903 applicable aux lignes de chemin de fer assujetties au pouvoir déclaratoire, sous réserve des dispositions contraires de toute «loi spéciale» provinciale.

Although the *Provincial Act* is clearly a "special Act", I cannot agree with the Court of Appeal that ss. 9 and 27 of that Act have any particular significance in this case. Section 9 simply provides that the E & N Company "shall lay out, construct, equip, maintain, and work" the rail line. This reference to "working" the rail line, however, has nothing to do with an operational obligation; s. 9 simply gives the E & N Company the corporate power to act in a particular fashion. Section 27 of the Act is no more exceptional. It provides:

27. The said Esquimalt and Nanaimo Railway Company shall be bound by any contract or agreement for the construction of the Railway from Esquimalt to Nanaimo which shall be entered into by and between the persons so to be incorporated as aforesaid, and Her Majesty, represented by the Minister of Railways and Canals, and shall be entitled to the full benefit of such contract or agreement, which shall be construed and operate in like manner as if such company had been a party thereto in lieu of such persons, and the document had been duly executed by such company under their corporate seal.

While I agree with the Court of Appeal that s. 27 bound the E & N Company to the Dunsmuir Agreement, it could in no way statutorily create any right nor liability itself. It seems to me that s. 27 was simply intended to avoid problems associated with the rule in *Kelner v. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174, which deals with the ratification of pre-incorporation contracts. It was necessary only because the Dunsmuir Syndicate rather than the successor E & N Company was a party to the Dunsmuir Agreement.

Thus, s. 4 of the 1905 *Declaratory Act* did not operate to preserve any operational obligations apparent in the *Provincial Act*. The principal obligations of this kind are located in s. 17 of the *Provincial Act*, and preservation of these obligations would have rendered the 1905 *Declaratory Act* meaningless. None of which means that no ratio-

Bien que la *Loi provinciale* soit clairement une «loi spéciale», je ne puis être d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les art. 9 et 27 de cette loi revêtent une importance particulière en l'espèce. L'article 9 prévoit simplement que la Compagnie E & N procédera «au tracé, à la construction, à l'équipement, à l'entretien et à l'exploitation» de la ligne de chemin de fer. Toutefois, cette mention de «l'exploitation» de la ligne n'a rien à voir avec une obligation d'exploiter; l'art. 9 donne simplement à la Compagnie E & N le pouvoir d'une personne morale d'agir d'une façon particulière. L'article 27 de cette loi n'est pas plus exceptionnel:

[TRADUCTION] 27. Ladite Compagnie du chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo est liée par tout contrat ou toute convention se rattachant à la construction de la ligne de chemin de fer entre Esquimalt et Nanaimo, devant être conclu entre Sa Majesté, représentée par le ministre des Chemins de fer et Canaux, et les personnes devant être constituées en personne morale; la compagnie bénéficie pleinement d'un tel contrat ou d'une telle convention, que l'on interprète et applique comme si c'était la compagnie, plutôt que les personnes qui la composent, qui avait été une partie à ce contrat ou à cette convention, et comme si le document avait dûment été signé par cette compagnie en sa qualité de personne morale.

Bien que je sois d'accord avec la Cour d'appel pour dire que l'art. 27 liait la Compagnie E & N à la convention Dunsmuir, cette disposition ne pouvait créer en soi aucun droit ni aucune obligation. Il me semble que l'art. 27 visait simplement à éviter les problèmes liés à la règle établie dans l'arrêt *Kelner c. Baxter* (1866), L.R. 2 C.P. 174, qui porte sur la ratification des contrats antérieurs à la constitution en personne morale. Il était nécessaire seulement parce que c'était le consortium Dunsmuir, plutôt que la Compagnie E & N qui lui a succédé, qui était partie à la convention Dunsmuir.

En conséquence, l'art. 4 de la *Loi déclaratoire de 1905* n'avait pas pour effet de préserver toute obligation d'exploiter qui ressortait de la *Loi provinciale*. Les principales obligations à ce chapitre sont mentionnées à l'art. 17 de la *Loi provinciale* et, s'il y avait eu préservation de ces obligations, la *Loi déclaratoire de 1905* aurait perdu tout son

nale for the inclusion of s. 4 can be imagined. As the mere existence of the dispute in the *E & N Reference* case points out, Canada might well have believed in 1905 that the *Provincial Act* united the E & N Company and British Columbia in contract, and s. 4 might thus have been intended to preserve this perceived relationship.

sens. Cela ne signifie pas que l'on ne peut pas imaginer de justification pour l'inclusion de l'art. 4. Comme le fait ressortir la simple existence du différend dont il est question dans le *Renvoi E & N*, le Canada aurait bien pu croire en 1905 que la *Loi provinciale* avait contractuellement uni la Compagnie E & N et la Colombie-Britannique, et que l'art. 4 aurait alors pu viser à préserver cette relation qui était perçue.

Finally, I wish to mention in passing that *An Act respecting the Railway from Esquimalt to Nanaimo, in British Columbia*, S.C. 1886, c. 15, has been properly explained by the Court of Appeal. By that Act, Parliament legislatively altered curve radius requirements located in the Dunsmuir Agreement, and British Columbia asks why a statute was necessary to achieve this effect if the Dunsmuir Agreement did not have statutory force itself. In other words, since the curve radius changes were sought at the instance of the contractor, British Columbia asks why the contractor and Canada did not simply amend their contract. Like the Court of Appeal, however, I believe the so-called *Curve Act* had an obvious purpose. Section 2 of the *Dominion Act* gave the Governor in Council supervisory authority over the Dunsmuir Agreement, but the authority so-established pertained only to the Dunsmuir Agreement in its original form, i.e. the Agreement as scheduled to the *Dominion Act*. Once the nature of the Agreement changed, the *Curve Act* was necessary to maintain the Governor in Council's supervisory authority over the amended version.

Enfin, je tiens à mentionner en passant que la Cour d'appel a bien expliqué l'*Acte concernant le chemin de fer d'Esquimalt à Nanaimo, dans la Colombie-Britannique*, S.C. 1886, ch. 15. Le Parlement a, par cette loi, modifié les exigences en matière de rayon de courbure prévues dans la convention Dunsmuir, et la Colombie-Britannique a demandé pourquoi il fallait une loi pour procéder à cette modification si la convention Dunsmuir n'avait pas elle-même force de loi. En d'autres termes, puisque c'est l'entrepreneur qui a sollicité la modification du rayon de courbure, la Colombie-Britannique demande pourquoi l'entrepreneur et le Canada n'ont pas simplement modifié leur contrat. À l'instar de la Cour d'appel, j'estime toutefois que ladite *Loi sur les courbes* avait un objectif évident. L'article 2 de la *Loi fédérale* conférait au gouverneur en conseil le pouvoir de superviser l'exécution de la convention Dunsmuir, mais ce pouvoir n'était conféré que relativement à la convention Dunsmuir sous sa forme initiale, c'est-à-dire la convention annexée à la *Loi fédérale*. Une fois modifiée la nature de cette convention, la *Loi sur les courbes* était nécessaire pour maintenir le pouvoir de surveillance du gouverneur en conseil sur la version modifiée.

Additionally, the *Curve Act* may have had a unique purpose not mentioned by the courts below, namely, it may have established a form of federal/provincial cooperation not apparent in the Dunsmuir Agreement itself. Whereas, in s. 2 of the *Dominion Act*, the Governor in Council alone was given powers to carry out the terms of the Agreement, in s. 1 of the *Curve Act*, it was established that curves of a particular radius could be accepted by the "Governor in Council . . . with the consent of the Lieutenant-Governor of the Province of

En outre, la *Loi sur les courbes* peut avoir eu un objet unique non mentionné par les tribunaux d'instance inférieure, savoir qu'elle peut avoir établi une sorte de coopération fédérale-provinciale non apparente dans la convention Dunsmuir elle-même. Tandis qu'aux termes de l'art. 2 de la *Loi fédérale* seul le gouverneur en conseil se voyait conférer les pouvoirs de mettre à exécution les conditions de la convention, l'art. 1 de la *Loi sur les courbes* prévoit que les courbes d'un rayon donné peuvent être acceptées par le «Gouverneur

British Columbia in Council". Thus, in respect of curve-radius requirements, the federal supervisory authority was statutorily confined by a consent requirement. Of course, had this requirement been embodied in a contractual amendment only, it would have been of little value to British Columbia, since that province was a third party in respect of the Dunsmuir Agreement. Therefore, to the extent that federal/provincial cooperation could have been achieved, it could only have been meaningfully achieved by statute. It is not necessary to consider whether this approach raises constitutional issues itself: see *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89.

For these reasons, I conclude that the operational provisions of the Dunsmuir Agreement never became part of a "special Act" within the meaning of the *Railway Act* or its predecessor legislation. The *Dominion Act* simply ratified and confirmed that Agreement. It did nothing more. It now remains for me to deal briefly with the argument founded upon the *1912 Provincial Land Tax Exemption Act*.

Pursuant to s. 2 of the *1912 Provincial Land Tax Exemption Act*, an agreement between British Columbia and the E & N Company scheduled to that Act was given statutory force in so far as the section could achieve that result. The intention to incorporate the agreement is particularly evident because s. 2 provides that the provisions of the agreement "are to be taken as if they had been expressly enacted hereby and formed an integral part of this Act". In the scheduled agreement, clause 3 provides that the E & N Company shall "continuously operate" the Nanaimo to Courtenay extension. British Columbia argued for the first time before this Court that this operational obligation is located within a "special Act" which can take effect notwithstanding the *Railway Act*.

en conseil [...] avec le consentement du lieutenant-gouverneur de la province de la Colombie-Britannique en conseil». Par conséquent, en ce qui concerne les exigences en matière de rayon de courbure, le pouvoir fédéral de surveillance était également limité par une exigence de consentement. Il va sans dire que si cette exigence avait été incluse dans une modification contractuelle seulement, elle aurait été peu utile à la Colombie-Britannique puisque celle-ci était une tierce partie à la convention Dunsmuir. En conséquence, dans la mesure où il aurait été possible d'établir une coopération fédérale-provinciale, cela n'aurait vraiment pu se faire qu'au moyen d'une loi. Il n'est pas nécessaire d'examiner si ce point de vue soulève lui-même des questions de nature constitutionnelle: voir *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89.

^d

Pour ces motifs, je conclus que les dispositions en matière d'exploitation contenues dans la convention Dunsmuir n'ont jamais fait partie d'une «loi spéciale» au sens de la *Loi sur les chemins de fer* ou de la loi qui l'a précédée. La *Loi fédérale* a simplement ratifié et confirmé cette convention, sans plus. Il me reste maintenant à examiner brièvement l'argument fondé sur la *Loi provinciale d'exemption d'impôt foncier de 1912*.

^e

L'article 2 de la *Loi provinciale d'exemption d'impôt foncier de 1912* a, dans la mesure où il pouvait le faire, conféré force de loi à une convention, annexée à cette loi, qui avait été conclue par la Colombie-Britannique et la Compagnie E & N. L'intention d'incorporer la convention ressort particulièrement du texte même de l'art. 2 qui prévoit que les dispositions de la convention [TRADUCTION] «doivent s'interpréter comme si elles avaient été explicitement adoptées aux présentes et comme si elles faisaient partie intégrante de la présente loi». Dans la convention annexée, l'art. 3 prévoit que la Compagnie E & N doit [TRADUCTION] «exploiter sans interruption» le prolongement entre Nanaimo et Courtenay. La Colombie-Britannique a soutenu, pour la première fois devant notre Cour, que cette obligation d'exploiter se trouve dans une «loi spéciale» qui peut s'appliquer nonobstant la *Loi sur les chemins de fer*.

^j

The simple answer to British Columbia's argument is that, in 1912, British Columbia was not competent to legislate in respect of the Island rail line's operation. Having obtained jurisdiction over the line by virtue of the *1905 Declaratory Act*, Canada then had the exclusive ability to legislate in such a fashion. Certainly, no effort has been made to suggest that the Nanaimo to Courtenay extension should be distinguished from the undertaking which existed at the time of the *1905 Declaratory Act*. Accordingly, although British Columbia was undoubtedly competent to exact a contractual promise of continuous operation from the E & N Company, and although this promise could receive statutory authorization in the *1912 Provincial Land Tax Exemption Act*, the promise could not be elevated to the status of a statutory obligation by that Act. It is trite law that the *Railway Act* definition of "special Acts" encompasses only *intra vires* provisions of such acts.

Une façon simple de répondre à l'argument de la Colombie-Britannique est d'affirmer qu'en 1912 la Colombie-Britannique n'était pas compétente pour légiférer relativement à l'exploitation du chemin de fer de l'Île. Étant donné que la *Loi déclaratoire de 1905* lui avait conféré compétence sur cette ligne, le Canada avait la capacité exclusive de légiférer à cet égard. Certes, on n'a pas tenté de laisser entendre que le prolongement entre Nanaimo et Courtenay devrait être distingué de l'entreprise qui existait à l'époque de la *Loi déclaratoire de 1905*. En conséquence, même si la Colombie-Britannique était indubitablement compétente pour exiger de la Compagnie E & N une promesse contractuelle d'exploitation sans interruption et que cette promesse pouvait être autorisée dans la *Loi provinciale d'exemption d'impôt foncier de 1912*, cette loi ne pouvait pas conférer le statut d'obligation légale à la promesse en question. Il est bien établi en droit que la définition de l'expression «loi spéciale» dans la *Loi sur les chemins de fer* vise seulement les dispositions *intra vires* de ces lois.

Finally, since preparing the foregoing, I have had the opportunity to read the reasons of Lamer C.J. In part, his reasons suggest, first, that the Dunsmuir Agreement involved "public" duties, and, second, that their statutory character ought to be inferred from the characterization of the Dunsmuir Agreement as a constitutional-dispute-settlement device. Both of these points emphasize the historical importance of the Dunsmuir Agreement obligations, and with that emphasis I do not quarrel. However, with respect, I take issue with the suggestion that stability must be achieved through statute. Practical considerations and the politics of the day rendered stable the Dunsmuir Agreement obligations. Its perseverance through many decades is testimony to that fact. We need not discount the importance of public duties or constitutional settlements in order to characterize the Dunsmuir Agreement as contractual rather than statutory.

Enfin, depuis la rédaction de ce qui précède, j'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer. Il laisse d'abord entendre, notamment, que la convention Dunsmuir comportait des obligations «publiques» et, ensuite, qu'il faut en déduire qu'elles ont un caractère légal si l'on qualifie la convention Dunsmuir de mécanisme de règlement d'un litige constitutionnel. Ces deux points font ressortir l'importance historique des obligations prévues dans la convention Dunsmuir, ce que je ne conteste pas. En toute déférence, cependant, je ne suis pas d'accord avec l'idée que la stabilité doit être réalisée par voie législative. Ce sont des considérations pratiques et les politiques alors en vigueur qui ont stabilisé les obligations de la convention Dunsmuir. Le fait qu'elle ait continué de s'appliquer pendant de nombreuses décennies en témoigne. Nous n'avons pas à ignorer l'importance des obligations publiques ou des règlements d'ordre constitutionnel pour qualifier la convention Dunsmuir de contractuelle plutôt que de légale.

For all of these reasons, I conclude that it is not necessary for Parliament to enact special legisla-

Pour tous ces motifs, je conclus que le Parlement n'a pas à adopter de loi spéciale pour ordon-

tion to order termination of services on the E & N line. The E & N Company never became obligated to ensure the continuous operation of that line as a statutory proposition. Accordingly, the "special Act" exemption in the *Railway Act* is of no application in this case. I would allow the appeal on this issue.

C. The Administrative Issue

The administrative law analysis begins with s. 268(2) of the *Railway Act*. That provision establishes the five-year review requirement which was not observed in this case. Section 268(2) provides:

(2) If the Commission determines that the operation of an uneconomic passenger-train service should not be discontinued, the Commission shall so order, and thereafter shall reconsider the application for discontinuance at intervals not exceeding five years from the date of the original application or last consideration thereof, as the case may be, for the purpose of determining whether the passenger-train service should be discontinued . . .

Claiming authority under s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, the Governor in Council in this case purported to vary 1984 CTC Order R-36539, despite the fact that no review occurred within five years as contemplated by s. 268(2) of the *Railway Act*. Section 64 of the *National Transportation Act, 1987* gives the Governor in Council the following powers of review:

64. The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of any party or person interested or of the Governor in Council's own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make with respect thereto is binding on the Agency and on all parties.

The question which must be answered is whether the Governor in Council can vary an order pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, when the NTA failed to conduct a five-

year review of the service on the E & N line. La Compagnie E & N n'a jamais été légalement tenue d'exploiter sans interruption de cette ligne. En conséquence, l'exemption relative à une «loi spéciale», que l'on trouve dans la *Loi sur les chemins de fer* n'est pas applicable en l'espèce. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce point.

C. La question de droit administratif

L'analyse de la question de droit administratif commence par l'examen du par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*. Cette disposition prescrit un examen quinquennal et on ne s'est pas conformé à cette exigence en l'espèce. Voici le texte du par. 268(2):

(2) Si la Commission décide que l'exploitation d'un service non rentable de trains de voyageurs ne doit pas cesser, elle prend une ordonnance à cet effet, puis réexamine par la suite la demande de suppression de service à des intervalles ne dépassant pas cinq ans à compter de la date de la première demande ou de la date à laquelle cette demande a été examinée pour la dernière fois, selon le cas, aux fins de décider si l'exploitation du service de trains de voyageurs devrait cesser; . . .

Se fondant sur l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, le gouverneur en conseil a entrepris en l'espèce de modifier l'ordonnance R-36539 de la CCT, même si l'examen quinquennal prévu au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* n'avait pas été fait. L'article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* confère au gouverneur en conseil les pouvoirs d'examen suivants:

64. Le gouverneur en conseil peut à tout moment, à son appréciation, modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'une personne intéressée, soit de sa propre initiative; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière; les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties.

Il s'agit de savoir si le gouverneur en conseil peut, conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, modifier une ordonnance si l'ONT n'a pas procédé à l'examen quin-

year review pursuant to s. 268(2) of the *Railway Act*.

The parties are agreed that the Governor in Council has a vast discretion by virtue of s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*. This Court described the s. 64 discretion in very broad terms in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 745 (*per Estey J.*):

In its present state, s. 64 creates a right of appeal on questions of "law or jurisdiction" to the Federal Court of Appeal and an unlimited or unconditional right to petition the Governor in Council to "vary or rescind" any "order, decision, rule or regulation" of the Commission. These avenues of review by their terms are quite different. The Governor in Council may vary any such order on his own initiative. The power is not limited to an order of the Commission but extends to its rules or regulations. The review by the Governor in Council is not limited to an order made by the Commission *inter partes* or to an order limited in scope. . . . There can be found in s. 64 nothing to qualify the freedom of action of the Governor in Council, or indeed any guidelines, procedural or substantive, for the exercise of its functions. . . .

Relying upon this statement from *Inuit Tapirisat* and upon the language of s. 64 which permits Governor in Council review "at any time", Canada argues that satisfaction of the five-year review requirement is not a precondition to a variation order.

Although there is force in Canada's position, I would not ascribe to the view that s. 64 conveys an untrammelled power to the Governor in Council. When, in *Inuit Tapirisat*, Estey J. observed that there is "nothing to qualify the freedom of action of the Governor in Council", he was considering the nature of a s. 64 appeal, and, particularly, the extent to which s. 64 involves procedural safeguards. This case involves a distinctly different issue, namely, whether there are any substantive preconditions to the exercise of the Governor in Council's discretion under s. 64.

quennal prescrit par le par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*.

Les parties ont convenu que le gouverneur en conseil possède un vaste pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*. Notre Cour a donné une description très large de ce pouvoir discrétionnaire dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 745 (le juge Estey):

Dans sa forme actuelle, l'art. 64 crée un droit d'appel à la Cour d'appel fédérale sur des questions de «droit ou . . . de compétence» et un droit illimité ou inconditionnel de demander par requête au gouverneur en conseil de «modifier ou rescinder» toute «ordonnance, décision, règle ou règlement» du Conseil. Les modalités de ces deux voies de révision sont très différentes. Le gouverneur en conseil peut modifier toute ordonnance de son propre mouvement. Ce pouvoir n'est pas limité à une ordonnance du Conseil mais s'étend à ses règles ou règlements. La révision par le gouverneur en conseil n'est pas limitée à une ordonnance rendue par le Conseil *inter partes* ou à une ordonnance de portée limitée. [. . .] Rien dans l'art. 64 ne restreint la liberté d'action du gouverneur en conseil, il ne formule même pas de principe, de fond ou de procédure, concernant l'exercice de ses fonctions . . .

Se fondant sur ce passage de l'arrêt *Inuit Tapirisat* et sur le texte de l'art. 64 qui permet au gouverneur en conseil de procéder à un examen «à tout moment», le Canada soutient qu'il n'est pas nécessaire d'avoir préalablement effectué l'examen quinquennal pour pouvoir rendre une ordonnance modificative.

Bien que la position du Canada ait un certains poids, je ne souscris pas à l'opinion selon laquelle l'art. 64 confère un pouvoir illimité au gouverneur en conseil. Lorsque, dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*, le juge Estey a fait remarquer que «[r]ien [. . .] ne restreint la liberté d'action du gouverneur en conseil», il examinait la nature d'un appel fondé sur l'art. 64 et, en particulier, la mesure dans laquelle cet article comporte des garanties procédurales. Le présent pourvoi porte sur une question nettement différente, savoir s'il existe des conditions de fond préalables à l'exercice par le gouverneur en conseil du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 64.

I generally agree with the following statement by B. S. Romaniuk and H. N. Janisch in "Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition" (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561, at p. 628:

... subsection 64(1) deals exclusively with the power of Cabinet to vary or rescind CRTC [and NTA] decisions. It would be inappropriate in principle to attribute substantive law-making capacity to a statutory provision which merely creates a power of appeal or review. In any event, Cabinet's competence is confined to "any order, decision, rule or regulation of the Commission" which must mean any order, decision, rule or regulation made within the Commission's jurisdiction, as there can be no appeal from a nullity. In other words, Cabinet is not given any new authority to deal with telecommunications matters *ab initio*. Cabinet's authority is restricted to matters already dealt with by the Commission, and such matters must be orders, decisions, rules or regulations, that is to say, intra-jurisdictional matters.

While the Governor in Council can vary an order "at any time" pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, and while the s. 64 jurisdiction has been recognized as vast in *Inuit Tapirisat, supra*, the s. 64 power can only be exercised if a CTC or NTA "order" exists. The only relevant issue becomes whether CTC Order R-36539 ceased to have effect five years after it was issued pursuant to s. 268(2) of the *Railway Act*.

A rather direct answer to the question is that s. 268(2) of the *Railway Act* comprehends two separate obligations for the NTA. The first obligation arises once the NTA determines that an uneconomic passenger-train service should not be discontinued, in which case the NTA "shall so order". The second immediately follows, in so far as the NTA "thereafter shall reconsider the application for discontinuance at intervals not exceeding five years". What is important to note about this structure is that the NTA is not required to reconsider its continuation order within five years; the NTA is

Je suis généralement d'accord avec l'affirmation suivante de B. S. Romaniuk et de H. N. Janisch dans «Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition» (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561, à la p. 628:

[TRADUCTION] ... le paragraphe 64(1) porte exclusivement sur le pouvoir du Cabinet de modifier ou d'annuler les décisions du CRTC [et de l'ONT]. Il ne conviendrait pas en principe d'associer un pouvoir d'adopter des règles de fond à une disposition législative qui crée simplement un pouvoir d'appel ou d'examen. Quoi qu'il en soit, la compétence du Cabinet se limite aux «décisions, arrêtés, règles ou règlements» de la Commission, ce qui doit vouloir dire les décisions, arrêtés, règles ou règlements pris dans les limites de la compétence de la Commission, comme on ne saurait porter en appel ce qui est entaché de nullité. En d'autres termes, le Cabinet ne se voit pas conférer un nouveau pouvoir d'examiner *ab initio* les questions de télécommunications. Le pouvoir du Cabinet est limité aux questions déjà examinées par la Commission, et il doit s'agir de décisions, arrêtés, règles ou règlements, c'est-à-dire de questions relevant de sa compétence.

Bien que le gouverneur en conseil puisse «à tout moment» modifier un arrêté, conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, et que le caractère vaste de la compétence visée à l'art. 64 ait été reconnu dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*, précité, le pouvoir qui y est prévu ne peut être exercé que si la CCT ou l'ONT a pris une «ordonnance» ou un «arrêté» selon le cas. La seule question pertinente est alors de savoir si l'ordonnance R-36539 de la CCT a cessé d'être exécutoire cinq ans après avoir été rendue, conformément au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*.

Pour répondre assez directement à cette question, on peut affirmer que le par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* impose à l'ONT deux obligations distinctes. La première obligation naît lorsque l'ONT décide qu'il n'y a pas lieu de cesser l'exploitation d'un service non rentable de trains de voyageurs, auquel cas l'ONT «prend une ordonnance à cet effet». La deuxième suit immédiatement, dans la mesure où l'ONT «réexamine par la suite la demande de suppression de service à des intervalles ne dépassant pas cinq ans». Ce qu'il importe de noter au sujet de cette structure, c'est

only required to reconsider the application for discontinuance which originally led to that order. Thus, there is nothing in s. 268(2) to suggest that the status of an NTA order should change if a review does not take place within five years. The silence of the *Railway Act* with respect to the term of the order suggests that the order will persist as issued until varied or set aside.

This interpretation, I acknowledge, is contrary to the one apparently expressed in *City of Melville v. Attorney General of Canada*, [1983] 2 F.C. 123 (C.A.). That case involved an order-in-council made pursuant to s. 64 of the *National Transportation Act, 1987* (formerly the *National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17*), which purported to vary a CTC order. Like the order in this case, the CTC order in *Melville* was not reviewed by the CTC within five years, and a statement of claim alleged that the order-in-council was, consequently, ineffective. In the Federal Court of Appeal, the statement of claim was struck out, for reasons expressed in *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98 (C.A.). The reasoning from *Jasper Park* which must have been adopted is the following statement by Heald J.A.: "I do not agree that subsection 64(1) [of the *National Transportation Act, 1987*] authorizes the Governor in Council to vary any and all Commission orders no matter when they are issued . . ." (p. 115 (emphasis in original)). To the extent that *Melville, supra*, must thus assert that CTC or NTA orders lapse if the s. 268(2) review does not occur, I find it in error.

I note in passing that Order R-36539 is consistent with the interpretation I have adopted. The Court of Appeal suggested below that the order "by its terms . . . expired five years after it was pronounced" (p. 328). By its terms, Order R-36539

^a que l'ONT n'est pas tenu de réexaminer son ordonnance de maintien dans les cinq ans; l'ONT n'a qu'à réexaminer la demande de suppression qui a initialement abouti à cette ordonnance. En conséquence, le par. 268(2) ne laisse aucunement entendre que le statut d'un arrêté de l'ONT devrait changer si un réexamen n'est pas effectué dans les cinq ans. Le fait que la *Loi sur les chemins de fer* ne précise pas la durée de l'ordonnance porte à croire qu'elle demeure en vigueur jusqu'à ce qu'elle soit modifiée ou annulée.

^b Je reconnais que cette interprétation va à l'encontre de celle qui a apparemment été exposée dans l'arrêt *City of Melville c. Procureur général du Canada*, [1983] 2 C.F. 123 (C.A.). Cet arrêt portait sur un décret pris conformément à l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* (auparavant la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, ch. N-17), qui avait pour objet de modifier une ordonnance de la CCT. Comme en l'espèce, l'ordonnance de la CCT dans *Melville* n'avait pas fait l'objet d'un examen quinquennal par la CCT et il était allégué, dans une déclaration, que le décret était donc sans effet. Devant la Cour d'appel fédérale, la déclaration a été radiée pour les motifs exposés dans l'arrêt *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98 (C.A.). Le raisonnement tiré de *Jasper Park* qui doit avoir été adopté est l'énoncé suivant du juge Heald: «Je ne suis pas d'accord que le paragraphe 64(1) [de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*] autorise le gouverneur en conseil à modifier n'importe quelle ordonnance et toutes les ordonnances de la Commission, quelle que soit la date où elles ont été rendues . . .» (p. 115 (souligné dans l'original)). J'estime que l'arrêt *Melville*, précité, est erroné dans la mesure où il doit ainsi établir que les ordonnances de la CCT ou les arrêtés de l'ONT deviennent caducs si l'examen prévu au par. 268(2) n'est pas effectué.

^j Je note en passant que l'ordonnance R-36539 est compatible avec l'interprétation que j'ai adoptée. La Cour d'appel a affirmé que l'ordonnance [TRA-DUCTION] «a pris fin cinq ans après avoir été rendue [...] en raison de son propre texte» (p. 328).

simply directed the E & N Company and Via Rail "not to discontinue the operation of the passenger-train service". The order was not limited in time, nor do its terms suggest that failure to conduct a review of the application to discontinue will affect its persistence. I must therefore respectfully disagree with the Court of Appeal on this point.

L'ordonnance R-36539 enjoignait simplement à la Compagnie E & N et à Via Rail [TRADUCTION] «de ne pas cesser l'exploitation du service de trains de voyageurs». Cette ordonnance n'était pas de durée limitée et elle ne laissait pas entendre que l'omission d'examiner la demande de suppression de service allait en compromettre le maintien. En toute déférence, je dois exprimer mon désaccord avec la Cour d'appel sur ce point.

These comments, in my view, are sufficient to dispose of the third ground of appeal. The parties and the courts below discussed this ground in terms of whether s. 268(2), particularly in so far as the provision includes the words "shall reconsider", should be classified as a mandatory or directory provision. As I have interpreted them, however, the words "shall reconsider" are referable only to the original application for discontinuance, not to the CTC or NTA order. Since nothing turns on the persistence of the original application in this case, I would prefer not to discuss whether these words have a mandatory effect with regard to the application for discontinuance itself, since this case lacks a relevant factual foundation.

À mon avis, ces commentaires suffisent pour trancher le troisième moyen d'appel. Les parties et les tribunaux d'instance inférieure ont analysé ce moyen en se demandant si le par. 268(2) devrait être qualifié de disposition impérative ou directive dans la mesure où il prévoit que la Commission «réexamine». Toutefois, si je comprends bien, le terme «réexamine» se rapporte seulement à la demande initiale de suppression de service et non à l'ordonnance de la CCT ou à l'arrêté de l'ONT. Puisque rien ne dépend du maintien de la demande initiale en l'espèce, je préfère ne pas examiner si ce terme a une incidence impérative relativement à la demande même de suppression de service, étant donné que le présent pourvoi est dépourvu d'un fondement factuel pertinent.

However, since preparing the foregoing reasons, I have had the opportunity of reading the reasons prepared by my colleague McLachlin J. In light of her position, I believe I must proceed to discuss the administrative issue further. I will address two points: first, the interpretation of s. 268(2) as a mandatory or directory provision; and, second, the related issue of mandamus.

Cependant, depuis que j'ai rédigé les motifs qui précèdent, j'ai pris connaissance de ceux de ma collègue le juge McLachlin. Compte tenu de l'opinion qu'elle exprime, je crois nécessaire d'examiner davantage la question de droit administratif. J'aborderai deux points: premièrement, la question de savoir s'il y a lieu d'interpréter le par. 268(2) comme une disposition impérative ou directive, et deuxièmement, la question connexe du *mandamus*.

To begin, I evince some concern about whether it is profitable to characterize s. 268(2) using the words "mandatory" or "directory" in a reverential way. These words, well-known to Anglo-Canadian jurisprudence, respond as best they can when the facts of a case involve failed procedural preconditions. Professor Wade introduces the topic of procedural conditions using the following language, in *Administrative Law* (6th ed. 1988), at pp. 245-46:

Pour commencer, je me préoccupe de la question de savoir s'il est utile de qualifier le par. 268(2) par un usage révérenciel du mot «impératif» ou «directive». Ces termes, bien connus dans la jurisprudence anglo-canadienne, conviennent le mieux dans le cas où des conditions préalables de nature procédurale n'ont pas été remplies. Voici comment le professeur Wade présente la question des conditions procédurales dans *Administrative Law* (6^e éd. 1988), aux pp. 245 et 246:

If the authority fails to observe such a condition, is its action ultra vires? The answer depends upon whether the condition is held to be mandatory or directory. Non-observance of a mandatory condition is fatal to the validity of the action. But if the condition is held to be merely directory, its non-observance will not matter for this purpose. In other words, it is not every omission or defect which entails the drastic penalty of invalidity.

Noticeably, what Professor Wade calls the "drastic penalty of invalidity", he ties to the concept of powers exercised *ultra vires*. Given the limitations of the debate premised upon the "mandatory" and "directory" labels — which limitations I will proceed to describe — it is with some reluctance that I invoke this debate in the context of s. 268(2). I say this because the disputed CTC order was clearly *intra vires* when it was originally made. There is a subtle but real distinction between an order which was a nullity when made because of some procedural defect, and an admittedly *intra vires* order which may cease to have effect according to the terms of an enabling provision.

Nonetheless, I must reluctantly cast aside this distinction and accept that whenever a statute uses the word "shall", there is a great temptation to emboss upon the word a conclusory label. Is the word "shall" in s. 268(2) "mandatory" or "directory" in its effect? McLachlin J. proceeds to answer this question by first citing *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.), and with that traditional citation I have no quarrel. I prefer, however, to place the greater emphasis on what has become of *Normandin* in Canadian case law.

In particular, I think it is relevant to note that in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, this Court commented upon the doctrinal basis of the *Normandin* distinction. The Court stated (at p. 741):

The doctrinal basis of the mandatory/directory distinction is difficult to ascertain. The "serious general

[TRADUCTION] Si l'autorité ne remplit pas une telle condition, l'acte qu'elle a accompli est-il ultra vires? La réponse varie selon que la condition est jugée impérative ou directive. L'inobservation d'une condition impérative est fatale pour la validité de l'acte. Cependant, si la condition est jugée simplement directive, son inobservation sera sans importance à cette fin. En d'autres termes, ce ne sont pas toutes les omissions ou tous les défauts qui entraînent la sanction draconienne de l'invalidité.

b

c

d

e

f

g

h

i

j

Visiblement, le professeur Wade rattache «la sanction draconienne de l'invalidité» au concept de l'*ultra vires*. Compte tenu des limites (que je vais décrire) du débat fondé sur les termes «impératif» et «directive», c'est avec une certaine hésitation que j'invoque ce débat dans le contexte du par. 268(2). J'affirme ceci parce que l'arrêté contesté de l'ONT était clairement *intra vires* à l'origine. Il existe une distinction subtile mais réelle entre une ordonnance qui était nulle au départ à cause d'un vice de procédure, et une ordonnance certes *intra vires* qui peut cesser de s'appliquer en vertu des dispositions d'une loi habilitante.

e

Néanmoins, je dois, non sans hésitation, mettre de côté cette distinction et reconnaître que l'on est fort tenté d'associer un caractère péremptoire à l'usage de l'indicatif présent («*shall*» en anglais) dans une loi. L'usage de l'indicatif présent au par. 268(2) a-t-il un effet «impératif» ou «directive»? Le juge McLachlin entreprend de répondre à cette question en citant tout d'abord un extrait de l'arrêt *Montreal Street Railway Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170 (C.P.), et je n'ai rien à dire contre cette citation classique. Toutefois, je préfère mettre davantage l'accent sur ce qui est advenu de l'arrêt *Normandin* dans la jurisprudence canadienne.

i

j

j

En particulier, je crois qu'il est pertinent de souligner que, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, notre Cour a fait des commentaires sur le fondement doctrinal de la distinction établie dans l'arrêt *Normandin*. La Cour affirme, à la p. 741:

Il est difficile de vérifier le fondement doctrinal de la distinction entre ce qui est impératif et ce qui est direc-

inconvenience or injustice" of which Sir Arthur Channell speaks in *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, *supra*, appears to lie at the root of the distinction as it is applied by the courts.

In other words, courts tend to ask, simply: would it be seriously inconvenient to regard the performance of some statutory direction as an imperative?

There can be no doubt about the character of the present inquiry. The "mandatory" and "directory" labels themselves offer no magical assistance as one defines the nature of a statutory direction. Rather, the inquiry itself is blatantly result-oriented. In *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*, this Court cited *R. ex rel. Anderson v. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112 (C.A.), *per* Russell J., at p. 130, to make the point. It is useful to make it again. Russell J. stated:

I do not profess to be able to draw the distinction between what is directory and what is imperative, and I find that I am not alone in suspecting that, under the authorities, a provision may become directory if it is very desirable that compliance with it should not have been omitted, when that same provision would have been held to be imperative if the necessity had not arisen for the opposite ruling.

The temptation is very great, where the consequences of holding a statute to be imperative are seriously inconvenient, to strain a point in favor of the contention that it is mere directory. . . .

Thus, the manipulation of mandate and direction is, for the most part, the manipulation of an end and not a means. In this sense, to quote again from *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*, the principle is "vague and expedient" (p. 742). This means that the court which decides what is mandatory, and what is directory, brings no special tools to bear upon the decision. The decision is informed by the usual process of statutory interpretation. But the process perhaps evokes a special concern for "inconvenient" effects, both public

tif. L'«injustice ou [les] inconvenients généraux graves» dont parle sir Arthur Channell dans l'arrêt *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, précité, semblent servir de fondement à la distinction appliquée par les tribunaux.

a

En d'autres termes, les tribunaux ont tendance à se poser la question suivante: y aurait-il des inconvenients graves à considérer comme impérative l'exécution d'une certaine fonction prévue par la loi?

b

Il ne peut y avoir de doute quant à la nature de l'examen en l'espèce. Les étiquettes «impérative» et «directive» ne sont elles-mêmes daucun secours magique pour définir la nature d'une fonction prévue par la loi. L'examen lui-même est plutôt incontestablement axé sur le résultat. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, notre Cour cite, à l'appui de son point de vue, l'arrêt *R. ex rel. Anderson c. Buchanan* (1909), 44 N.S.R. 112 (C.A.), motifs du juge Russell, à la p. 130. Je crois utile de citer de nouveau ce passage:

c

[TRADUCTION] Je ne prétends pas être capable de faire la distinction entre ce qui est directif et ce qui est impératif, et je conclus que je ne suis pas le seul à avoir le sentiment que, selon la jurisprudence, une disposition peut devenir directive s'il est très souhaitable qu'on n'y ait pas dérogé, alors que la même disposition aurait été déclarée impérative s'il n'avait pas été nécessaire de conclure en sens contraire.

d

Lorsque la conclusion qu'une loi est impérative entraîne des inconvenients graves, on est grandement tenté de faire une exception en faveur de la prétention qu'elle est simplement directive . . .

e

Ainsi, l'application de la distinction entre ce qui est impératif et ce qui est directif est, la plupart du temps, fondée sur une question de fin et non de moyens. En ce sens, pour citer de nouveau le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, le principe est «vague» et «utilisé comme expédient» (p. 742). Cela signifie que le tribunal appelé à décider ce qui est impératif ou directif ne recourt à aucun outil spécial pour prendre sa décision. La décision repose sur le processus habituel d'interprétation législative. Cependant, ce proces-

f

g

h

i

j

and private, which will emanate from the interpretive result.

With these thoughts in mind, I acknowledge my agreement with much of what McLachlin J. has said. In particular, I agree with her that the language of s. 268(2), and especially its use of the word "shall", suggests an imperative reading. Indeed, in *Reference re Manitoba Language Rights, supra*, this Court characterized the word shall as "presumptively imperative" in its ordinary grammatical meaning (p. 737). I also agree with McLachlin J. that the structure of the *Railway Act* demonstrates a concern for public input into termination decisions. Those concerns are real and pressing, and to ignore the value of public input in termination decisions would be to condone at least some level of inconvenience. But in my view, to the extent that I must make this alternative finding, I believe the approach of McLachlin J. focuses on the inconvenience of trammelling public input to the virtual exclusion of other kinds of inconvenience, both public and private.

I agree with McLachlin J. that if it is not possible to distinguish in s. 268(2) between the application for discontinuance and the eventual order, then the word "shall" as used in that section impacts upon both instruments. In other words, just as McLachlin J. would find the order to expire following the NTA failure to hold a five-year review, she would find that an application for discontinuance ceases to persist likewise. She states this most clearly when she observes (at p. 133):

The application would appear to be spent, or to terminate, only upon two events: (1) if the application for discontinuance is allowed, and (2) if it is denied and no reconsideration takes place at the end of the five-year period.

sus suscite peut-être une préoccupation spéciale pour les inconvénients tant publics que privés auxquels donnera lieu l'interprétation adoptée.

Gardant cela à l'esprit, je reconnaiss que je souscris à la majorité des propos du juge McLachlin. Plus particulièrement, je suis d'accord avec elle pour dire que le texte du par. 268(2), et particulièrement l'usage qu'on y fait de l'indicatif présent («shall» en anglais), donne à entendre qu'il s'agit d'une disposition impérative. En fait, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, notre Cour a dit que le terme «shall», employé dans son sens grammatical ordinaire, est, «par présomption, impératif» (p. 737). Je suis également d'accord avec le juge McLachlin pour dire que l'économie de la *Loi sur les chemins de fer* dénote une préoccupation pour l'apport du public dans la prise de décisions concernant la suppression de service. Ces préoccupations sont réelles et urgentes, et ignorer l'utilité de l'apport du public à ce chapitre reviendrait à fermer les yeux sur au moins certains inconvénients. Cependant, j'estime que, dans la mesure où je dois tirer cette conclusion subsidiaire, la solution du juge McLachlin est axée sur les inconvénients d'entraver l'apport du public, pratiquement à l'exclusion de tous les autres types d'inconvénients, tant publics que privés.

Je suis d'accord avec le juge McLachlin pour dire que, s'il n'est pas possible d'établir, dans le par. 268(2), une distinction entre la demande de suppression de service et l'ordonnance éventuelle, alors l'indicatif présent utilisé dans la disposition a un effet sur les deux instruments. En d'autres termes, tout comme elle conclurait que l'ordonnance prend fin si l'ONT omet de procéder à un examen quinquennal, le juge McLachlin conclurait également qu'une demande de suppression de service prendrait fin de la même manière. C'est ce qu'elle affirme très clairement lorsqu'elle fait observer (p. 133):

La demande semblerait devenir caduque ou prendre fin dans deux cas seulement: (1) si la demande de suppression est accueillie et (2), si la demande est rejetée et qu'aucun réexamen n'est fait à l'expiration de la période de cinq ans.

But what is the effect of this finding? If applications can expire automatically after five years, are there other elements of inconvenience to be considered?

In my opinion, there are significant adverse consequences associated with finding that s. 268(2) is mandatory in respect of applications to discontinue. These consequences derive from the treatment of subsidies in the *Railway Act*, which subsidies are available to support an uneconomic service ordered to continue: see s. 270(2). In particular, they derive from the definition of the subsidy "claim period" in s. 270(1). That definition provides:

270. (1) In this section,

"claim period" means, in relation to any uneconomic passenger-train service, the period

(a) beginning ninety days after the date the application to discontinue the service has been filed with the Commission in accordance with the rules and regulations of the Commission, and

(b) ending on the date fixed by the Commission, or as varied pursuant to section 64 of the *National Transportation Act, 1987*, for the discontinuance of the service or part thereof;

What is important to observe about this definition is that a company's entitlement to subsidy support is tied to the "date [of] the application to discontinue the service" by virtue of s. 270(1)(a). But if the application ceases to persist, what becomes of the entitlement? McLachlin J. suggests that "[n]o case has been made that the subsidies that compensate the railroad company . . . would be affected" (p. 138). But I suggest that the answer to the question just posed is obvious, and that such an answer was pressed upon this Court by Canada. In its factum, Canada stated:

... if the decision of the Courts below on this issue were upheld then railway companies would be liable to suffer financial prejudice through no fault of their own in any case where the National Transportation Authority failed to carry out its duty to conduct a five year review. The

Cependant, quel est l'effet de cette conclusion? Si les demandes peuvent prendre fin automatiquement après cinq ans, y a-t-il d'autres inconvénients dont il faut tenir compte?

a

À mon avis, d'importantes conséquences négatives résultent de la conclusion que le par. 268(2) est une disposition impérative en ce qui concerne les demandes de suppression de service. Ces conséquences découlent de la façon dont la *Loi sur les chemins de fer* traite les subventions, lesquelles sont disponibles pour financer un service non rentable dont on a ordonné le maintien: voir le par. 270(2). Elles découlent, en particulier, de la définition de l'expression «période de réclamation» que l'on trouve au par. 270(1). Cette définition est la suivante:

d **270. (1)** Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«période de réclamation» Par rapport à un service non rentable de trains de voyageurs, la période:

a) qui commence quatre-vingt-dix jours après la date à laquelle la demande de suppression du service a été déposée à la Commission en conformité avec les règles et règlements de celle-ci;

b) qui se termine à la date fixée par la Commission, ou modifiée en conformité avec l'article 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, pour la suppression totale ou partielle du service.

En ce qui concerne cette définition, il importe de faire remarquer que le droit d'une compagnie à des subventions est, en vertu de l'al. 270(1)a), lié à «la date à laquelle la demande de suppression du service a été déposée». Toutefois, si la demande devient caduque, qu'adviert-il de ce droit? Le juge McLachlin affirme qu'«[o]n n'a pas fait valoir que les subventions que la compagnie de chemin de fer reçoit en compensation seraient touchées» (p. 138). Cependant, j'estime que la réponse à la question que je viens de poser est évidente et qu'elle nous a été proposée par le Canada dans son mémoire, où on affirme:

[TRADUCTION] ... si la décision des tribunaux d'instance inférieure était maintenue sur cette question, les compagnies de chemin de fer risqueraient de subir un préjudice financier sans aucune faute de leur part lorsque l'Office national des transports omet de procéder à l'examen

j

railway company would be obliged by law to operate the uneconomic service, but would lose the benefit of the subsidy which Parliament intended it to receive . . .

The strength of Canada's argument is witnessed by s. 270(2) of the *Railway Act*, which allows that a company can file a claim for subsidy support only in respect of "actual loss of the company attributable to the service in any financial year of the company within the claim period" (emphasis added).

Therefore, if, at the end of a five-year period, an application expired and a company's entitlement to subsidy support expired with it, the result would be highly anomalous. There is no question that a company would remain bound to operate the service, since the premise of the *Railway Act* is that service will continue unless an order for discontinuance is first obtained: see s. 265. And yet, such a company could not claim a subsidy once its application determined. The only recourse would involve re-application, in which case it is germane to observe that the s. 270(1)(a) definition permits subsidy claims only in respect of a period which begins "ninety days after the date the application to discontinue the service has been filed" (emphasis added).

A straightforward reading of those provisions which govern subsidization thus leads to one conclusion: if the word "shall" in s. 268(2) is mandatory in its effect, then railway companies can be deprived of subsidies without cause. As McLachlin J. observes, "[i]t is an extraordinary thing to demand of a company that it continue to operate an uneconomic service" (p. 136). Indeed it is, and to demand continued operation in the absence of otherwise available subsidy support is to deny the economic reality of the situation. There is both a public and private interest in the grand scale of railway economies. Thus, the "mandatory" label is associated with an eventuality to be

quinquennal. La compagnie de chemin de fer serait légalement tenue d'exploiter le service non rentable, mais perdrait le bénéfice de la subvention que le législateur avait l'intention de lui accorder . . .

^a La force de l'argument du Canada ressort du par. 270(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, qui prévoit qu'une compagnie ne peut déposer une demande de subvention que pour une «perte réelle de la compagnie attribuable au service pour tout exercice de la compagnie compris dans la période de réclamation» (je souligne).

^b En conséquence, si une demande a pris fin à l'expiration de la période de cinq ans et si le droit de la compagnie à des subventions s'est éteint avec elle, on arrive à un résultat fort anormal. Il est incontestable qu'une compagnie demeurerait tenue d'exploiter le service puisque la *Loi sur les chemins de fer* a pour principe qu'il y a maintien du service sauf si une ordonnance de suppression de service a d'abord été obtenue; voir l'art. 265. Pourtant, une telle compagnie ne pourrait réclamer une subvention une fois que sa demande a fait l'objet d'une décision. Son seul recours consisterait à présenter une nouvelle demande, auquel cas il convient de faire remarquer que l'al. 270(1)a) permet de réclamer des subventions seulement relativement à l'égard d'une période qui commence «quatre-vingt-dix jours après la date à laquelle la demande de suppression du service a été déposée» (je souligne).

^c Par conséquent, une interprétation simple des dispositions applicables aux subventions nous amène à la conclusion suivante: si l'indicatif présent employé au par. 268(2) a un effet «impératif», alors une compagnie de chemin de fer peut être privée sans raison de subventions. Comme le fait remarquer le juge McLachlin, «[i]l est exceptionnel d'exiger d'une compagnie qu'elle continue à exploiter un service non rentable» (p. 136). En fait, cela est vrai et ce serait nier la réalité économique de la situation que d'exiger le maintien de l'exploitation en l'absence de subventions par ailleurs disponibles. Il existe un intérêt à la fois public et privé dans les économies d'échelle des chemins de

avoided. That eventuality is seriously inconvenient.

Moreover, unlike both my colleague McLachlin J. and the Court of Appeal below, I believe that this potential for serious inconvenience can be identified without independent evidence of hardship. A straightforward reading of the *Railway Act* tells me that a company's legal entitlement to subsidies would be lost if the word "shall" in s. 268(2) were given an imperative reading. Hardship would result from the operation of the statute itself. I fail to appreciate how evidence could have been led so as to affect this interpretive conclusion.

Against this picture of inconvenience, British Columbia attempted to argue before this Court that a company could act to preserve its subsidy entitlement. It was suggested that a company could go to court to compel the s. 268(2) five-year review. My colleague McLachlin J. seems to have accepted this argument in part, inasmuch as she states: "[I]t was open to the CPR to move to have the NTA reconsider the application within the five-year period" (p. 138). Leaving aside the fact that the CPR was never a party to these proceedings, I challenge the premise upon which British Columbia's argument rests. This brings me to my second point: the related issue of mandamus.

The prerogative remedy of mandamus is used to enforce the performance of public duties by public authorities. I need not further elaborate upon its niceties, for in my introductory sentence, I have made the point I need to make: mandamus issues to remedy a breached duty. There can be no order of mandamus until a public authority is obliged to act.

A frequently cited authority for this proposition is *Karavos v. City of Toronto*, [1948] O.W.N. 17 (C.A.), which itself simply cites academic author-

fer. Par conséquent, l'étiquette «impératif» est associée à une éventualité à éviter. Cette éventualité constitue un grave inconveniant.

a De plus, contrairement à ma collègue le juge McLachlin et à la Cour d'appel, je crois qu'il est possible de déceler ce risque d'inconvénient grave sans une preuve de préjudice indépendante. J'estime que, selon une interprétation simple de la *Loi sur les chemins de fer*, une compagnie perdrat le droit à des subventions, que lui confère la Loi, si on donnait un sens impératif à l'indicatif présent utilisé au par. 268(2). Un préjudice découlerait de l'application de la Loi elle-même. Je ne vois pas comment on aurait pu présenter une preuve permettant de modifier cette conclusion en matière d'interprétation.

b Par rapport à ces inconvénients, la Colombie-Britannique a tenté de soutenir devant notre Cour qu'une compagnie pourrait prendre des mesures pour préserver son droit à des subventions. Elle a laissé entendre qu'une compagnie pourrait aller devant les tribunaux pour forcer la réalisation de l'examen quinquennal prévu au par. 268(2). Ma collègue le juge McLachlin semble avoir accepté cet argument en partie, dans la mesure où elle affirme: «il lui [CP] était loisible de demander à l'ONT de réexaminer la demande dans le délai de cinq ans» (p. 138). Mis à part le fait que le CP n'a jamais été partie aux présentes procédures, je conteste la prémissse sur laquelle repose l'argument de la Colombie-Britannique. Cela m'amène à l'examen de mon deuxième point: la question connexe du *mandamus*.

c Le bref de prérogative que constitue le *mandamus* a pour objet de contraindre une autorité publique à s'acquitter de ses devoirs publics. Je n'ai pas besoin de préciser davantage les subtilités de ce redressement puisque j'ai déjà précisé dans mon introduction le point pertinent: un bref de *mandamus* vise à remédier au manquement à une obligation. Un bref de *mandamus* ne peut être délivré que si une autorité publique est tenue d'agir.

j On cite souvent à l'appui de cette proposition l'arrêt *Karavos c. City of Toronto*, [1948] O.W.N. 17 (C.A.), dans lequel on ne fait qu'énumérer des

ity to summarize mandamus prerequisites. I withhold comment on all but the second prerequisite summarized by Laidlaw J.A., namely (at p. 18):

Before the remedy can be given, the applicant for it must show . . . (2) "The duty whose performance it is sought to coerce by *mandamus* must be actually due and incumbent upon the officer at the time of seeking the relief, and the writ will not lie to compel the doing of an act which he is not yet under obligation to perform".

Likewise in *Williamson v. Fisher*, [1934] O.W.N. 543 (C.A.), Middleton J.A. stated that mandamus proceedings must involve "a duty owing by the defendant to the plaintiff" (p. 546). See also *R. ex rel. Canadian Wirevision Ltd. v. New Westminster (City)* (1964), 50 W.W.R. 465 (B.C.S.C.); and *Pacific Investments Ltd. v. Delano* (1983), 57 N.S.R. (2d) 427 (S.C.T.D.), aff'd (1983), 62 N.S.R. (2d) 364 (S.C.A.D.).

In the absence of a duty, demonstrated to have accrued, the remedy of mandamus cannot be available, for to issue it would be to compel the particular exercise of a discretion. Compelled choice is a contradiction in terms. And so, on the facts of this case, there could have been no mandamus during the five-year period prescribed by s. 268(2) of the *Railway Act*. That provision contemplates that reconsideration will occur "at intervals not exceeding five years from the date of the original application or last consideration thereof". This language makes it abundantly clear that until the five-year period expires, the s. 268(2) prescription has not been contravened. Until the end of the last day of the fifth year, no railway company could deny that the duty might yet be fulfilled.

All that the CPR could have done in this case, and I reiterate here that I am speculating about the options of a company which is not a party to these proceedings, is correspond with the NTA and request that the five-year review occur. The NTA

ouvrages de doctrine pour résumer les conditions préalables à l'obtention d'un *mandamus*. Mes commentaires ne porteront que sur la deuxième condition préalable résumée par le juge Laidlaw (à la p. 18):

[TRADUCTION] Pour être en mesure d'obtenir ce redressement, le requérant doit démontrer [...] (2) «la fonction dont on demande l'exercice par voie de *mandamus* doit réellement incomber au fonctionnaire en cause, au moment où le redressement est demandé, et le bref ne sera pas accordé pour forcer l'accomplissement de quelque chose qu'il n'est pas encore tenu de faire».

De même dans l'arrêt *Williamson c. Fisher*, [1934] O.W.N. 543 (C.A.), le juge Middleton a affirmé que le *mandamus* peut être obtenu [TRADUCTION] «si le défendeur a une obligation envers le demandeur» (p. 546). Voir aussi les décisions *R. ex rel. Canadian Wirevision Ltd. c. New Westminster (City)* (1964), 50 W.W.R. 465 (C.S.C.-B.), et *Pacific Investments Ltd. c. Delano* (1983), 57 N.S.R. (2d) 427 (C.S. 1^{re} inst.), conf. par (1983), 62 N.S.R. (2d) 364 (C.S. Sect. app.).

En l'absence d'une obligation exécutoire, il ne peut y avoir de *mandamus* car sa délivrance reviendrait à contraindre l'exercice particulier d'un pouvoir discrétionnaire. Un choix forcé est une contradiction en soi. Par conséquent, d'après les faits de la présente affaire, un *mandamus* n'aurait pu être délivré au cours de la période de cinq ans prescrite par le par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*. Cette disposition prévoit qu'un réexamen aura lieu «à des intervalles ne dépassant pas cinq ans à compter de la date de la première demande ou de la date à laquelle cette demande a été examinée pour la dernière fois». Ces termes établissent très clairement qu'il n'y a pas contravention à ce que prescrit le par. 268(2) avant l'expiration de la période de cinq ans. Jusqu'au dernier jour de la cinquième année, une compagnie de chemin de fer ne pourrait nier que l'obligation pourrait encore être exécutée.

En l'espèce, la seule chose que le CP aurait pu faire, et je répète que ce sont là des hypothèses relativement aux choix qui s'offrent à une compagnie qui n'est pas partie au litige, aurait été d'écrire à l'ONT pour lui demander de procéder à

would have no legal obligation to respond. Is the subsidy claim of the CPR to hang upon so uncertain a hook? In my view, it should not. At least, it should not if another reasonable interpretation presents itself. So I answer, to the extent I am compelled to answer, that the word "shall" in s. 268(2) of the *Railway Act* is directory and not mandatory in its effect. I do not overlook the value of public input in reaching this decision. I simply find that the context of the *Railway Act* leads me to interpret inconvenience differently from my colleague McLachlin J.

For all of these reasons, I conclude that the courts below erred in determining that Order-in-Council P.C. 1990-21, clause (b)2 is *ultra vires* the Governor in Council. I would allow the appeal on this issue, and set aside the contrary declaration issued by the learned trial judge and affirmed by the Court of Appeal.

VI. Conclusions and Disposition

Three conclusions result from my analysis in this case. First, Canada has no constitutional obligation in respect of the operation of the Vancouver Island rail line. Second, to effect service termination on that line, it is not necessary for Parliament to enact special legislation; reliance may instead be placed on the termination provisions of the *Railway Act* or the review provision of the *National Transportation Act, 1987*. Finally, orders not to discontinue service, made pursuant to s. 268(2) of the *Railway Act*, do not lapse in the event that a review of the application for discontinuance does not occur within five years.

As these conclusions suggest, I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal, and hold in favour of Canada on all three issues. In the result, the amended petitions by the respondent herein dated

l'examen quinquennal. L'ONT n'aurait pas été légalement tenue de répondre. La demande de subvention du CP doit-elle être rattachée à un événement si incertain? J'estime que non. Tout au moins, elle ne devrait pas l'être s'il existe une autre interprétation raisonnable possible. C'est pourquoi je répond, dans la mesure où je suis tenu de le faire, que l'indicatif présent employé au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer* a un effet directif et non impératif. Je n'oublie pas l'utilité de l'apport du public en prenant cette décision. Je conclus simplement que le contexte de la *Loi sur les chemins de fer* m'amène à interpréter les inconvenients différemment de ma collègue le juge McLachlin.

Pour tous ces motifs, je conclus que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en décident que la clause (b)2 du décret C.P. 1990-21 excède les pouvoirs du gouverneur en conseil. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce point et d'annuler le jugement déclaratoire contraire qui a été rendu par le juge de première instance et qui a été confirmé par la Cour d'appel.

VI. Conclusions et dispositif

Trois conclusions se dégagent de mon analyse. Premièrement, le Canada n'a, en vertu de la Constitution, aucune obligation relativement à l'exploitation de la ligne de chemin de fer de l'île de Vancouver. Deuxièmement, pour supprimer le service sur cette ligne, le Parlement n'a pas besoin d'adopter une loi spéciale; au lieu de cela, il peut invoquer les dispositions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer* ou la disposition en matière d'examen contenue dans la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*. Enfin, les ordonnances de maintien du service, rendues conformément au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, ne deviennent pas caduques dans l'éventualité où un examen de la demande de suppression du service n'a pas lieu dans un intervalle de cinq ans.

Comme ces conclusions le laissent entendre, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler larrêt de la Cour d'appel de Colombie-Britannique et de statuer en faveur du Canada sur les trois questions soulevées. En définitive, les requêtes modifiées de

October 30, 1989 and January 11, 1990 are dismissed. The parties shall bear their costs here and in the courts below.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This appeal presents three issues. I agree with Iacobucci J. on the issue of constitutional law and on the statutory interpretation point. On the third point, the administrative law point, I prefer the view of the Court of Appeal of British Columbia: (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114. On this ground, I would dismiss the appeal.

l'intimé, en date du 30 octobre 1989 et du 11 janvier 1990, sont rejetées. Les parties assument leurs dépens dans toutes les cours.

^a Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Le présent pourvoi soulève trois questions. Je partage l'opinion du juge Iacobucci sur la question de droit constitutionnel de même que sur la question d'interprétation législative. Quant à la troisième question, celle de droit administratif, je préfère le point de vue de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: (1991), 59 B.C.L.R. (2d) 280, 84 D.L.R. (4th) 385, 2 B.C.A.C. 246, 5 W.A.C. 246, [1992] 1 W.W.R. 114. Pour ce motif, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

^b Introduction — The Regulatory System

The third issue challenges the validity of the Order-in-Council which terminated the railway line. To understand this issue, it is necessary to outline the regulatory scheme which Parliament has established for the termination of railway lines.

^c Introduction — Le système de réglementation

La troisième question met en cause la validité du décret qui a supprimé la ligne de chemin de fer. Pour comprendre cette question, il est nécessaire de donner un aperçu du système de réglementation que le Parlement a établi aux fins de la suppression de lignes de chemins de fer.

The operation of passenger-train services in Canada is a matter of public interest. Sometimes lines are uneconomic. But because of their possible public importance, the companies that run them are not permitted simply to abandon them. Parliament has set up a regulatory scheme defining when and under what conditions the operation of uneconomic railway lines can be terminated: *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3, ss. 265 to 269.

^d Au Canada, l'exploitation des services de trains de voyageurs est une question d'intérêt public. Il peut arriver que des lignes ne soient pas rentables. Mais étant donné l'importance publique que peuvent revêtir ces lignes, les compagnies qui les exploitent ne sont pas autorisées à les supprimer purement et simplement. Le Parlement a établi un système de réglementation qui détermine dans quels cas et à quelles conditions il peut y avoir suppression d'une ligne ferroviaire non rentable: *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3, art. 265 à 269.

^e **265.** (1) If a company desires to discontinue a passenger-train service, the company shall, in accordance with the rules and regulations of the Commission [National Transportation Agency] in that regard, file with the Commission an application to discontinue that service.

265. (1) Si une compagnie désire supprimer un service de trains de voyageurs, la compagnie, en conformité avec les règles et règlements de la Commission [Office national des transports] à ce sujet, dépose à la Commission une demande de suppression de ce service.

^f **266.** If the Commission finds that in its opinion the company, in the operation of the passenger-train service

266. Si la Commission conclut qu'à son avis la compagnie, du fait de l'exploitation du service de trains de

with respect to which an application for discontinuance was made,

(a) has incurred actual loss in one or more of the prescribed accounting years including the last year thereof, the Commission shall, after such hearings, if any, as are required in its opinion to enable all persons who wish to do so to present their views on the discontinuance of the passenger-train service, and having regard to all matters that to it appear relevant, determine whether the passenger-train service is uneconomic and is likely to continue to be uneconomic and whether the passenger-train service should be discontinued; and

(b) has incurred no actual loss in the operation of the passenger-train service in the last year of the prescribed accounting years, it shall reject the application without prejudice to any application that may subsequently be made for discontinuance of that service.

267. In determining whether an uneconomic passenger-train service or parts thereof should be discontinued, the Commission shall consider all matters that in its opinion are relevant to the public interest including, without limiting the generality of the foregoing,

(a) the actual losses that are incurred in the operation of the passenger-train service;

(b) the alternative transportation services, including any highway or highway system serving the principal points served by the passenger-train service, that are available or are likely to be available in the area served by the service;

(c) the probable effect on other passenger-train service or other passenger carriers of the discontinuance of the service, or of parts thereof; and

(d) the probable future passenger transportation needs of the area served by the service.

268. (1) If the Commission determines that the operation of an uneconomic passenger-train service should be discontinued, the Commission shall by order fix such date or dates for the discontinuance of the operation of the service or parts thereof as to the Commission appears to be in the public interest, but a discontinuance date shall be

(a) not earlier than thirty days from the date of the order; or

(b) not later than one year from the date of the order.

voyageurs à l'égard duquel elle a fait une demande de suppression:

a) a subi une perte réelle dans un ou plusieurs des exercices prescrits dont, notamment, le dernier de ces exercices, la Commission, après avoir tenu les audiences qu'elle estime nécessaires pour permettre à toutes les personnes qui le désirent de présenter leur point de vue sur la suppression du service de trains de voyageurs, et en tenant compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents, décide si le service de trains de voyageurs est non rentable et si vraisemblablement il continuera à le demeurer et si le service de trains de voyageurs doit être supprimé;

b) n'a pas subi de perte réelle dans l'exploitation de ce service de trains de voyageurs au cours du dernier des exercices prescrits, elle doit rejeter la demande de suppression sans préjudice de toute demande qui peut subséquemment être faite pour la suppression de ce service.

267. Lorsqu'elle décide si un service non rentable de trains de voyageurs ou de parties de celui-ci doivent ou non être supprimés, la Commission est tenue d'examiner toutes les questions qui, à son avis, concernent l'intérêt public, notamment:

a) les pertes réelles subies du fait de l'exploitation du service de trains de voyageurs;

b) les autres moyens de transport, notamment toute route ou système routier desservant les principaux points desservis par le service de trains de voyageurs, dont dispose ou dont disposera vraisemblablement la région desservie par le service;

c) l'effet probable qu'aurait, pour d'autres services de trains de voyageurs ou d'autres transporteurs de voyageurs, la suppression totale ou partielle du service;

d) les besoins éventuels qui se manifesteront probablement en matière de transport des voyageurs dans la région desservie par le service.

268. (1) Si la Commission décide que l'exploitation d'un service non rentable de trains de voyageurs doit cesser, elle fixe par ordonnance la ou les dates qui lui semblent être d'intérêt public pour l'arrêt de l'exploitation du service ou de parties de celui-ci; mais une date de cessation ne peut tomber:

a) ni avant le trentième jour qui suit la date de l'ordonnance;

b) ni après un an à compter de la date de l'ordonnance.

(2) If the Commission determines that the operation of an uneconomic passenger-train service should not be discontinued, the Commission shall so order, and thereafter shall reconsider the application for discontinuance at intervals not exceeding five years from the date of the original application or last consideration thereof, as the case may be, for the purpose of determining whether the passenger-train service should be discontinued, and

(a) if the Commission finds that the passenger-train service has, since the last consideration, become an economic passenger-train service, it shall reject the application for discontinuance of the passenger-train service without prejudice to any application that may subsequently be made for the discontinuance of that service; or

(b) if the Commission finds that the passenger-train service continues to be an uneconomic service, it shall determine whether the service should be discontinued as provided by subsection (1) or continued as provided by this subsection.

269. The Commission shall cause such public notice of any hearing, finding, determination, order, reconsideration or rejection, made or given in respect of the passenger-train service pursuant to subsection 265(3), section 266 or subsection 268(1) or (2), to be given in the area served by the passenger-train service as the Commission deems reasonable.

The process involves several stages. The first is the stage of initial application to abandon. An application is brought before the National Transportation Agency ("NTA") to determine whether the company has suffered "actual loss": s. 265. If there is no actual loss, the application to abandon is dismissed: s. 266(b). If there is actual loss, the application proceeds to the second stage.

At the second stage, the NTA is required to determine if the passenger-train service is uneconomic and, if so, whether it should be discontinued: s. 266(a). Section 267 requires the NTA at this stage of the application to consider all matters that are in its opinion relevant to the public interest, including actual losses, alternative passenger services, probable effects on other train service or passenger carriers and probable future needs of

(2) Si la Commission décide que l'exploitation d'un service non rentable de trains de voyageurs ne doit pas cesser, elle prend une ordonnance à cet effet, puis réexamine par la suite la demande de suppression de service à des intervalles ne dépassant pas cinq ans à compter de la date de la première demande ou de la date à laquelle cette demande a été examinée pour la dernière fois, selon le cas, aux fins de décider si l'exploitation du service de trains de voyageurs devrait cesser; et:

a) si la Commission conclut que le service de trains de voyageurs est devenu, depuis le dernier examen, un service rentable de trains de voyageurs, elle rejette la demande de suppression du service de trains de voyageurs sans préjudice de toute demande de suppression de ce service qui peut subséquemment être faite;

b) si la Commission conclut que le service de trains de voyageurs continue d'être un service non rentable, elle décide si le service devrait être supprimé comme le prévoit le paragraphe (1) ou maintenu comme le prévoit le présent paragraphe.

269. La Commission fait donner avis public de toute audience, constatation, détermination, ordonnance, de tout nouvel examen ou rejet qui concerne le service de trains de voyageurs en conformité avec le paragraphe 265(3), l'article 266 ou les paragraphes 268(1) ou (2), dans la région desservie par le service de trains de voyageurs comme la Commission l'estime suffisant.

Ce processus comporte plusieurs étapes. La première étape est celle de la demande initiale de suppression du service. La demande est déposée devant l'Office national des transports («ONT») qui détermine si la compagnie a subi une «perte réelle»: art. 265. S'il n'y a pas de perte réelle, la demande de suppression est rejetée: al. 266b). S'il y a perte réelle, la demande passe à la deuxième étape.

À la seconde étape, l'ONT doit décider si le service de trains de voyageurs est non rentable et, le cas échéant, s'il y a lieu de le supprimer: al. 266a). Aux termes de l'art. 267, l'ONT est alors tenu d'examiner toutes les questions qui, à son avis, sont d'intérêt public, notamment les pertes réelles, les autres moyens de transport de passagers, les effets probables sur d'autres services de trains ou d'autres transporteurs de voyageurs et les besoins

passengers in the area. To determine these matters, the NTA may hold hearings.

At the end of the second stage, the NTA makes a decision as to the future of the line. If it concludes that the operation should be discontinued, it fixes by order the dates for the discontinuance of the service or parts of it: s. 268(1). On the other hand, if the NTA concludes that the uneconomic line should not be discontinued, it is obliged to do two things under s. 268(2). First, it must make an order that the service continue. Second, it must "reconsider the application for discontinuance at intervals not exceeding five years from the date of the original application or last consideration thereof".

Thus if the service is ordered continued, a third phase in the process is reached. This is the reconsideration of the application within the specified five-year period. The purpose of this reconsideration is made clear by s. 268(2)(a) and (b), which require the NTA to determine whether the passenger-train service "has, since the last consideration, become an economic passenger-train service", or, alternatively, whether it "continues to be an uneconomic service" and if so, whether it nevertheless should be continued. Public notice must be given: s. 269. In brief, what is required is a reappraisal of the order for continuance in light of the actual economic and social conditions prevailing at the time of the third stage. The Act views the application as continuing during this entire process. The application would appear to be spent, or to terminate, only upon two events: (1) if the application for discontinuance is allowed, and (2) if it is denied and no reconsideration takes place at the end of the five-year period.

If the NTA, upon reconsideration, determines that the passenger-train service continues to be uneconomic, but that the applicant must continue to operate it notwithstanding, Parliament has provided a final avenue of recourse — a variation or revision of the NTA's order by Order-in-Council: *National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985,

éventuels probables des voyageurs dans la région. L'ONT peut tenir des audiences pour trancher ces questions.

^a À la fin de la seconde étape, l'ONT rend une décision quant à l'avenir de la ligne. S'il conclut que l'exploitation doit cesser, il fixe par ordonnance les dates d'arrêt du service ou de parties de celui-ci: par. 268(1). Par contre, s'il conclut qu'il n'y a pas lieu de supprimer la ligne non rentable, le par. 268(2) lui impose deux obligations. En premier lieu, il doit rendre une ordonnance de maintien du service. En deuxième lieu, il doit «réexaminer[r] [...] la demande de suppression de service à des intervalles ne dépassant pas cinq ans à compter de la date de la première demande ou de la date à laquelle cette demande a été examinée pour la dernière fois».

^b Donc, s'il y a ordonnance de maintien du service, le processus entre alors dans une troisième phase, celle du réexamen de la demande dans le délai prescrit de cinq ans. L'objet de ce réexamen ressort clairement des al. 268(2)a et b) qui exigent de l'ONT qu'il détermine si le service de trains de voyageurs «est devenu, depuis le dernier examen, un service rentable», ou encore, s'il «continue d'être un service non rentable» et, dans l'affirmative, s'il devrait néanmoins être maintenu. Un avis public doit être donné: art. 269. Somme toute, il doit y avoir réévaluation de l'ordonnance de maintien compte tenu des conditions économiques et sociales réelles existant à cette troisième étape. Aux yeux de la Loi, la demande se continue durant tout ce processus. La demande semblerait devenir caduque ou prendre fin dans deux cas seulement: (1) si la demande de suppression est accueillie et (2), si la demande est rejetée et qu'aucun réexamen n'est fait à l'expiration de la période de cinq ans.

ⁱ Si, après réexamen, l'ONT conclut que le service de trains de voyageurs continue d'être non rentable mais que le requérant doit néanmoins continuer à l'exploiter, le Parlement a prévu un ultime recours, soit la modification ou l'annulation par décret de l'arrêté de l'ONT: *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e

c. 28 (3rd Supp.), s. 64. This is the fourth and final stage of the review process.

In this case, the third stage, reconsideration by the NTA within the five-year period, was skipped. After expiry of the five-year period, the matter went directly to the fourth stage, the Order-in-Council. The result was that the final order was made by the Cabinet without the NTA's reconsideration of current factors governing the application — a condition which Parliament chose to qualify by the mandatory term "shall" — and without the benefit of the public's current views on whether the service should be discontinued.

This raises the question of what happens to the NTA's stage-two order to continue the operation of the uneconomic passenger-train service if the required reconsideration is not undertaken within five years. One view is that the order for continued operation lapses. The other view is that the order continues notwithstanding the absence of review.

The Order-in-Council: s. 64 of the National Transportation Act, 1987

Section 64 of the *National Transportation Act, 1987* empowers the Governor in Council to vary and rescind any decision or order of the NTA. While the language of the section is broad, it must be remembered that the powers it confers are in the nature of an appeal. Section 64 applies only to decisions or orders and the like made by the NTA: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735. If the NTA's decision that operation of the passenger-train service must continue is found to have lapsed due to failure to reconsider within the five-year period, then there is no order to be reversed and the Order-in-Council is invalid. If, on the other hand, the order is found to have continued, then the Order-in-Council is valid. Thus resolution of the third issue on this appeal comes down to this. Was the NTA's order valid, notwithstanding failure to hold the stage-three reconsideration, or did it lapse when, at

suppl.), art. 64. C'est la quatrième et dernière étape du processus d'examen.

En l'espèce, la troisième étape, celle du réexamen dans les cinq ans par l'ONT, n'a pas eu lieu. À l'expiration du délai, l'affaire est passée directement à la quatrième étape, celle du décret. Aussi le décret final a-t-il été pris par le Cabinet sans que l'ONT ait réexaménié la demande à la lumière des facteurs existants — condition que le Parlement a voulu impérative par l'emploi de l'indicatif présent — et sans que l'opinion publique ait pu se faire entendre sur l'opportunité de supprimer le service.

Cela soulève la question de savoir ce qu'il advient de l'ordonnance de maintien de l'exploitation du service de trains de voyageurs non rentable, rendue par l'ONT à la deuxième étape, si le réexamen requis n'est pas effectué dans les cinq ans. Certains soutiennent que l'ordonnance de maintien de l'exploitation devient caduque, d'autres qu'elle est toujours valide malgré l'absence de réexamen.

Le décret: art. 64 de la Loi de 1987 sur les transports nationaux

L'article 64 de *Loi de 1987 sur les transports nationaux* habilite le gouverneur en conseil à modifier ou à annuler les décisions ou arrêtés de l'ONT. Malgré la formulation générale de la disposition, il ne faut pas oublier que les pouvoirs qu'elle confère tiennent de la nature d'un appel. L'article 64 ne s'applique qu'aux décisions, ordonnances, et ainsi de suite, prises par l'ONT: *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735. Si l'on conclut que la décision de l'ONT d'ordonner le maintien du service de trains de voyageurs est devenue caduque en raison de l'omission de procéder à un réexamen dans les cinq ans, il n'y a alors aucune ordonnance à infirmer et le décret est invalide. Si, en revanche, on conclut au maintien de l'ordonnance, le décret est alors valide. La résolution de la troisième question soulevée dans le présent pourvoi se résume donc à ceci: l'arrêté de l'ONT était-il valide en dépit de l'omission de procéder au réexamen dont il est question à la troisième étape,

the end of five years, no reconsideration had been held?

The Argument of Iacobucci J.

My colleague Iacobucci J. concludes that the NTA order for continuance of the passenger-train service did not lapse. This conclusion is based on two arguments: (1) a narrow view of the stage-three reconsideration which confines it to the "original" application; and (2) the absence of an express provision in the Act as to the duration of the stage-two order (at p. 119):

... the NTA is not required to reconsider its continuation order within five years; the NTA is only required to reconsider the application for discontinuance which originally led to that order. Thus, there is nothing in s. 268(2) to suggest that the status of an NTA order should change if a review does not take place within five years. The silence of the *Railway Act* with respect to the term of the order suggests that the order will persist as issued until varied or set aside. [Emphasis in original.]

I deal first with the argument that Parliament did not intend the reconsideration to be a review of the NTA's order for continued operation, but merely a review of "the application for discontinuance which originally led to that order". This leads my colleague to conclude that since the reconsideration has nothing to do with the order, it should not affect the validity of the order. The argument, as I comprehend it, stands or falls on the proposition that the reconsideration does not involve reconsideration of the order. This proposition in turn depends on a distinction between the application and the order for continued operation of the railway.

I have three difficulties with this argument. First, I do not see how one can sever the application process from the order. As explained above, the language of the Act suggests that the application remains alive throughout the reconsideration process. The order for continuance of the service does not terminate the application, since the process is not complete. My colleague seems to sug-

ou est-il devenu caduc du fait qu'aucun réexamen n'avait eu lieu au bout de cinq ans.

L'argumentation du juge Iacobucci

Mon collègue le juge Iacobucci conclut que l'arrêté de l'ONT prescrivant le maintien du service de trains de voyageurs n'est pas devenu caduc. Sa conclusion est fondée sur deux arguments: (1) une interprétation étroite du réexamen dont il est question à la troisième étape, qui a pour effet de le confiner à la demande «initiale», et (2) l'absence de disposition expresse dans la Loi quant à la durée de l'ordonnance prononcée à la deuxième étape (à la p. 119):

... l'ONT n'est pas tenu de réexaminer son ordonnance de maintien dans les cinq ans; l'ONT n'a qu'à réexaminer la demande de suppression qui a initialement abouti à cette ordonnance. En conséquence, le par. 268(2) ne laisse aucunement entendre que le statut d'un arrêté de l'ONT devrait changer si un réexamen n'est pas effectué dans les cinq ans. Le fait que la *Loi sur les chemins de fer* ne précise pas la durée de l'ordonnance porte à croire qu'elle demeure en vigueur jusqu'à ce qu'elle soit modifiée ou annulée. [Souligné dans l'original.]

J'examinerai d'abord l'argument suivant lequel le Parlement n'entendait pas que le réexamen soit une révision de l'arrêté de l'ONT sur le maintien de l'exploitation, mais simplement que ce soit une révision de «la demande de suppression qui a initialement abouti à cette ordonnance». Mon collègue en conclut qu'étant donné que le réexamen n'a rien à voir avec l'arrêté, il ne devrait pas porter atteinte à sa validité. Cet argument, si je comprends bien, repose sur la proposition selon laquelle le réexamen ne porte pas sur l'arrêté. Cette proposition repose, quant à elle, sur une distinction établie entre la demande et l'ordonnance de maintien de l'exploitation du chemin de fer.

Cet argument soulève à mon avis trois problèmes. Premièrement, je ne vois pas comment il est possible de dissocier le processus de demande de l'ordonnance. Comme je l'ai expliqué précédemment, le texte de la Loi laisse supposer que la demande reste valable pendant tout le processus de réexamen. L'ordonnance de maintien du service ne met pas fin à la demande puisque le processus

gest that one can distinguish the "original" application from the order which follows and reconsider only the application. This does not seem to me to accord with the process envisaged by the Act.

Second, if one could sever the "original" application from the order, and devote the s. 268(2) reconsideration only to the former, the process of reconsideration would be meaningless. Surely the only purpose of a reconsideration is to reconsider the decision that the uneconomic railway should continue to operate in light of current circumstances. In so far as one does so, one is considering the order. In so far as one does not, the reconsideration is pointless.

This brings me to my third difficulty. The interpretation of my colleague runs counter to the wording of s. 268(2)(a) and (b). The two subsections make it clear that Parliament intended the NTA, on the reconsideration, to consider whether the order was still justified in light of current conditions. The NTA may on the one hand find "that the passenger-train service has, since the last consideration, become an economic passenger-train service". Or it may find "that the passenger-train service continues to be an uneconomic service", in which case it must determine whether the service should be discontinued or continued. (Emphasis added.) The public must be given notice and the economic and public interest concerns set out in s. 267 must be addressed. In short, the substance of the reconsideration is the very substance of the order whose continuance is at issue on these proceedings.

If this is so, it cannot be right to say that a reconsideration cannot affect the order and therefore that the failure to hold the reconsideration can have no effect on the order. In fact, the opposite would appear to be the case. It is an extraordinary thing to demand of a company that it continue to operate an uneconomic service. It must be justified by current conditions. Therefore an NTA order that it do so is made subject to a reconsideration within five years. Thus the reconsideration is directly related to the NTA order. Contrary to my colleague's assertion, there is indeed something in s.

n'est pas terminé. Mon collègue semble dire qu'il est possible de distinguer la demande «initiale» de l'ordonnance qui suit et donc de réexaminer seulement la demande. Cela ne me semble pas conforme à la procédure prévue par la Loi.

Deuxièmement, si l'on pouvait dissocier la demande «initiale» de l'ordonnance et ne faire porter le réexamen prévu au par. 268(2) que sur la première, le processus de réexamen serait dénué de sens. Le réexamen a sûrement pour unique objet de réviser la décision de maintenir l'exploitation du chemin de fer non rentable compte tenu des circonstances existantes. Dans la mesure où l'on examine cette décision, on examine l'ordonnance. Si tel n'est pas le cas, le réexamen est inutile.

Cela m'amène au troisième problème. L'interprétation de mon collègue est contraire au texte des al. 268(2)a et b). Il ressort clairement de ces deux alinéas que le Parlement voulait qu'à l'étape du réexamen l'ONT étudie la question de savoir si l'arrêté était toujours justifié eu égard aux conditions existantes. Il se peut que l'ONT conclue «que le service de trains de voyageurs est devenu, depuis le dernier examen, un service rentable de trains de voyageurs». Il se peut aussi qu'il conclue «que le service de trains de voyageurs continue d'être un service non rentable», auquel cas il doit décider si le service devrait être supprimé ou maintenu. (Je souligne.) Il faut donner un avis public et aborder les questions d'intérêt public et d'ordre économique mentionnées à l'art. 267. En somme, l'essence du réexamen est l'essence même de l'ordonnance dont le maintien est en cause dans ces procédures.

S'il en est ainsi, il ne saurait être exact de dire qu'un réexamen ne peut porter atteinte à l'ordonnance et donc que le défaut d'y procéder ne peut avoir aucun effet sur l'ordonnance. En fait, c'est plutôt le contraire. Il est exceptionnel d'exiger d'une compagnie qu'elle continue à exploiter un service non rentable. Cela doit être justifié par les conditions existantes. C'est pourquoi un arrêté de l'ONT l'enjoignant de le faire est assujetti à un réexamen quinquennal. Le réexamen est donc directement lié à l'arrêté de l'ONT. Contrairement à ce qu'affirme mon collègue, le par. 268(2)

268(2) "to suggest that the status of an NTA order should change if a review does not take place within five years" (p. 119).

The second point made by my colleague is that there is no express term in s. 268(2) as to the duration of an order. This is true. But a strong argument can be made that the mandatory wording of the reconsideration provision makes the duration of the order conditional upon the reconsideration taking place. That argument, to which I now turn, cannot be avoided, in my view, by the mere fact that the duration of the order is not expressly addressed.

Whether the NTA Order Lapsed

The issue is whether there was a valid and subsisting NTA order at the time of the Order-in-Council, despite the absence of a s. 268(2) reconsideration. The answer turns, in my view, on whether the duty to hold a reconsideration within five years was mandatory or permissive. If it was mandatory, then failure to hold the reconsideration renders the order null and void. If it was merely permissive or directory, failure to hold the reconsideration does not affect the validity of the order, which continues to subsist.

The distinction between mandatory and directory requirements in statutes and the consequences of non-compliance are well-settled. One starts from the proposition that where a statute places a mandatory public duty on a body, and that duty is not observed, then the acts of the body are rendered null and void. On the other hand, if the duty is found to be directory only, the neglect of it does not affect the validity of the acts done.

Whether a duty is mandatory or directory depends on the wording of the statute which imposes the duty, as well as on the consequences of holding the acts null and void viewed in the perspective of the purpose of the statute. As stated in *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.), at p. 175:

«laisse [effectivement] entendre que le statut d'un arrêté de l'ONT devrait changer si un réexamen n'est pas effectué dans les cinq ans» (p. 119).

La seconde remarque que fait mon collègue est que le par. 268(2) ne précise pas la durée d'une ordonnance. Cela est vrai. Mais on peut soutenir avec beaucoup de pertinence qu'en raison de son caractère impératif la disposition qui traite du réexamen rend la durée de l'ordonnance conditionnelle à la tenue de ce réexamen. À mon avis, on ne saurait esquerir cet argument que je vais maintenant analyser, du seul fait que la question de la durée de l'ordonnance n'est pas expressément abordée.

L'arrêté de l'ONT est-il devenu caduc?

Il s'agit donc de savoir s'il existait encore un arrêté valide au moment du décret, malgré l'absence d'un réexamen fondé sur le par. 268(2). La réponse, à mon avis, dépend de la question de savoir si le réexamen dans un délai de cinq ans est impératif ou facultatif. Si ce réexamen est impératif, l'omission d'y procéder rend l'ordonnance nulle et sans effet. S'il est de nature facultative ou directive, l'omission d'y procéder ne porte pas atteinte à la validité de l'ordonnance, qui continue d'exister.

La distinction entre les dispositions impératives ou directives d'une loi et les conséquences résultant du défaut de s'y conformer sont bien établies. On part du principe que si une loi attribue une fonction publique impérative à un organisme et que celui-ci omet de l'exercer, ses actes sont alors nuls et sans effet. En revanche, si on conclut que la fonction est uniquement directive, le défaut de l'exercer ne porte pas atteinte à la validité des actes accomplis.

La question de savoir si une fonction est impérative ou directive dépend du texte de la loi qui l'attribue ainsi que des conséquences d'une décision que les actes accomplis sont nuls et sans effet au regard de l'objet de la loi en question. Comme on l'affirme dans l'arrêt *Montreal Street Railway Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170 (C.P.), à la p. 175:

When the provisions of a statute relate to the performance of a public duty and the case is such that to hold null and void acts done in neglect of this duty would work serious general inconvenience or injustice to persons who have no control over those entrusted with the duty, and at the same time would not promote the main object of the Legislature, it has been the practice to hold such provisions to be directory only, the neglect of them, though punishable, not affecting the validity of the acts done.

[TRADUCTION] Lorsque les dispositions d'une loi se rapportent à l'exécution d'un devoir public et que, dans un cas donné, déclarer nuls et non avenus des actes accomplis par manquement à ce devoir entraînerait, pour des personnes qui n'ont aucun contrôle sur ceux chargés de ce devoir, une injustice ou des inconvenients généraux graves, et en même temps n'aiderait pas à atteindre l'objet principal visé par le législateur, on conclut habituellement que ces dispositions ne sont que directives et que leur non-respect, bien qu'il puisse entraîner des sanctions, ne porte pas atteinte à la validité des actes accomplis.

In this case, the wording of s. 268(2) suggests that the reconsideration is mandatory: the NTA "shall" reconsider the matter at intervals not exceeding five years.

The next question is whether a holding that the duty to reconsider within five years is mandatory "would work serious general inconvenience or injustice to persons who have no control over those entrusted with the duty". In my view, it would not. The result of holding the duty to be mandatory is that the NTA order for continuance of the passenger-train service would be null and void. The obligation to continue to run the railroad would continue, as it did before the railroad's application for permission to discontinue. No case has been made that the subsidies that compensate the railroad company for doing so would be affected, so hardship on that ground cannot be claimed. I agree with the Court of Appeal that the appellant has not presented any evidence to support a claim that the subsidy would be lost. We do not have full facts or argument on the matter and I prefer to make no further comment upon it. More importantly, the effects of failure to hold the review, whatever they may be, were not entirely outside the control of the affected party, the CPR. In my view, it was open to the CPR to move to have the NTA reconsider the application within the five-year period. While such a request may not enjoy the force of a legal entitlement, it must not be forgotten that such a review is also very much in the interests of the government providing the subsidy necessary to continue the operation of the rail service. It is difficult to imagine a request for a review being denied by a statutory agency charged with a duty in mandatory

En l'espèce, le texte du par. 268(2) porte à croire que le réexamen est impératif: l'ONT «réexamine» la question à cinq ans d'intervalle tout au plus.

Il s'agit ensuite de savoir si une conclusion au caractère impératif du réexamen quinquennal entraînerait, pour des personnes qui n'ont aucun contrôle sur ceux chargés de ce devoir, une injustice ou des inconvenients généraux graves». À mon avis, ce ne serait pas le cas. Cette conclusion aurait pour résultat de rendre nul et sans effet l'arrêté de l'ONT prescrivant le maintien du service de trains de voyageurs. L'obligation de continuer à exploiter le chemin de fer serait maintenue, comme c'était le cas avant que ne soit présentée la demande de la compagnie ferroviaire visant à obtenir l'autorisation d'en cesser l'exploitation. On n'a pas fait valoir que les subventions que la compagnie de chemin de fer reçoit en compensation seraient touchées, de sorte qu'on ne saurait se fonder sur ce motif pour alléguer l'existence d'un préjudice. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que l'appelant n'a présenté aucun élément de preuve justifiant de prétendre que la subvention serait perdue. Nous ne disposons pas de tous les faits ou arguments sur ce point et je préfère m'abstenir de faire d'autres commentaires à ce sujet. Qui plus est, les effets de l'omission de procéder au réexamen, quels qu'ils soient, n'échappaient pas totalement au contrôle de la partie touchée, le CP. À mon avis, il lui était loisible de demander à l'ONT de réexaminer la demande dans le délai de cinq ans. Bien qu'il se puisse que pareille requête n'ait pas la force d'un droit conféré par la loi, il ne faut pas oublier qu'un tel réexamen est tout autant

terms. Should that by some chance occur however, a new application could be brought upon the expiry of the five-year period. In either case, there would be a current review by the NTA as a precondition to an order-in-council purporting to vary the decision. Whatever the outcome, it would be founded on a current assessment of the public interest.

a dans l'intérêt du gouvernement qui fournit la subvention nécessaire pour poursuivre l'exploitation du service ferroviaire. Il est difficile d'imaginer qu'une demande de réexamen soit refusée par un organisme d'origine législative doté d'une fonction impérative. Toutefois, si cela devait se produire, une nouvelle demande pourrait être faite à l'expiration du délai de cinq ans. Dans l'un ou l'autre cas, l'ONT devrait effectuer un réexamen à la lumière des facteurs existants avant qu'un décret ayant pour objet de modifier la décision puisse être pris. Quelle que soit l'issue, elle serait fondée sur une évaluation de l'intérêt public à la lumière des facteurs existants.

Turning to the object of the provision, the aim of the reconsideration provision was, to quote the Court of Appeal, "to ensure that decisions respecting the operation of passenger-train service took place through an open, public and timely process" (p. 331 B.C.L.R.). That object is fostered by holding that a failure to reconsider within the five-year period renders the underlying order null and void. Indeed, not to so hold would be to render the five-year reconsideration provision meaningless and undercut the legislative goal of ensuring that correct information is assessed in an open, structured way. There would be no public hearing, no NTA assessment of current conditions. Notwithstanding the lapse of over five years since public input and NTA consideration, the CPR would be permitted to obtain a private order from the Governor in Council. In my view that was not the intention of Parliament.

b Quant à l'objet de la disposition en matière de réexamen, celle-ci visait, pour reprendre les mots de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «à assurer que les décisions relatives à l'exploitation d'un service de trains de voyageurs soient prises promptement dans le cadre d'un processus ouvert et public» (p. 331 B.C.L.R.). La conclusion que l'omission de procéder au réexamen dans les cinq ans rend l'ordonnance sous-jacente nulle et sans effet vient renforcer cet objet. Sans cette conclusion, en réalité, la disposition relative au réexamen quinquennal serait dépourvue de sens et l'objectif législatif d'assurer que des renseignements exacts soient évalués de façon ouverte et structurée serait miné. Il n'y aurait pas d'audience publique, pas d'évaluation des conditions existantes par l'ONT. En dépit de l'écoulement d'une période de cinq ans depuis l'apport du public et l'examen de l'ONT, il serait permis au CP d'obtenir un décret privé du gouverneur en conseil. À mon avis, ce n'était pas là l'intention du Parlement.

c f g h i j

In summary on this point, this case does not fall within the class of obligation that will be considered merely directory under *Montreal Street Railway*. I agree with the Court of Appeal that the duty of reconsideration was mandatory. The NTA's failure to hold the required reconsideration within the five-year period was, to quote Esson C.J., "simply to terminate the application of the railway to abandon and to require it, if it wishes to have the matter considered again, to make a fresh application

En résumé sur ce point, la présente affaire n'entre pas dans la catégorie des fonctions qui seront considérées comme simplement directives selon larrêt *Montreal Street Railway*. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le réexamen était impératif. Pour reprendre les termes du juge en chef Esson, l'omission de l'ONT d'effectuer le réexamen requis dans les cinq ans a [TRADUCTION] «simplement pour effet de mettre un terme à la demande de suppression de service pré-

under s. 265" ((1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, at p. 280).

sentée par la compagnie de chemin de fer et de l'obliger à présenter une nouvelle demande fondée sur l'art. 265 si elle souhaite le réexamen de la question» ((1990), 59 B.C.L.R. (2d) 273, à la p. 280).

Authorities

As my colleague concedes, the cases which have been decided on this point support the view that failure to conduct a reconsideration within the time allotted by the Act renders the underlying NTA order null and void. In *City of Melville v. Attorney General of Canada*, [1982] 2 F.C. 3, a similar case to this, the trial judge, without referring to s. 268(2) of the *Railway Act*, held that the Governor in Council could rescind a Canadian Transport Commission order "at any time". But this decision was reversed on appeal: [1983] 2 F.C. 123. Comments in the parallel case of *Jasper Park Chamber of Commerce v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98, suggest express disagreement with the trial judge's view of the Cabinet's power in *Melville*. The Court of Appeal, *per Heald J.A.*, stated (at p. 115): "I do not agree that subsection 64(1) authorizes the Governor in Council to vary any and all Commission orders no matter when they are issued . . ." (Emphasis added.)

Jurisprudence

Comme le reconnaît mon collègue, la jurisprudence sur ce point appuie le point de vue selon lequel l'omission d'effectuer un réexamen dans le délai prescrit par la Loi rend nul et sans effet l'arrêté sous-jacent de l'ONT. Dans l'affaire *City of Melville c. Procureur général du Canada*, [1982] 2 C.F. 3, qui est analogue à celle-ci, le juge de première instance a conclu, sans se reporter au par. 268(2) de la *Loi sur les chemins de fer*, que le gouverneur en conseil pouvait annuler une ordonnance de la Commission canadienne des transports «à toute époque». Mais cette décision a été infirmée en appel: [1983] 2 C.F. 123. Les commentaires faits dans l'arrêt analogue *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98, traduisent un désaccord manifeste avec l'opinion qu'avait exprimée le juge de première instance au sujet du pouvoir du Cabinet dans l'affaire *Melville*. Le juge Heald dit ceci, au nom de la Cour d'appel (à la p. 115): «Je ne suis pas d'accord que le paragraphe 64(1) autorise le gouverneur en conseil à modifier n'importe quelle ordonnance et toutes les ordonnances de la Commission, quelle que soit la date où elles ont été rendues . . .» (Je souligne.)

The Power of the Governor in Council

It was argued that Parliament cannot have intended that the government's wish to terminate a passenger rail service should be interfered with, with the consequence that an uneconomic line must continue to operate when the government deems this not to be in the public interest.

Le pouvoir du gouverneur en conseil

On a soutenu que le Parlement ne pouvait avoir voulu que le désir du gouvernement de supprimer un service de trains de voyageurs soit entravé, de sorte qu'une ligne non rentable doive continuer à être exploitée, lorsque le gouvernement juge que cela n'est pas dans l'intérêt public.

The principle of the supremacy of Parliament is fundamental to our democracy; the principle of supremacy of Cabinet is not. The Cabinet, represented by the Governor in Council, possesses only such powers as Parliament chooses to confer upon it. Where Parliament chooses to regulate an issue

Le principe de la suprématie du Parlement est fondamental dans notre démocratie, et non celui de la suprématie du Cabinet. Le Cabinet, représenté par le gouverneur en conseil, ne possède que les pouvoirs que le Parlement choisit de lui conférer. Lorsque le Parlement choisit de régir une question

like the discontinuance of passenger rail services through a regulatory process, then that process must be respected. I can do no better than quote the Court of Appeal on this point (at pp. 331-32 B.C.L.R.):

At the root of the appellant's claim is the assertion that Canada has been frustrated in its desire to implement its national policies with regard to uneconomic Crown railways. The answer to that position is that the Governor in Council does not have an absolute right to discontinue passenger-train service. It is not the primary regulator of railways. It cannot by any means it chooses implement its national policies of discontinuing uneconomic rail service. Its power is limited to varying or rescinding an order of the agency. The Governor in Council has no inherent authority and cannot act as a roving commission to rectify perceived wrongs except through the regulatory machinery which Parliament has provided.

Disposition

I would dismiss the appeal.

Appeal allowed, LAMER C.J. and MCLACHLIN J. dissenting.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

telle que la suppression de services de trains de voyageurs dans le cadre d'un processus de réglementation, ce processus doit être respecté. Je ne puis faire mieux que de reprendre les propos de la

- a Cour d'appel sur ce point (aux pp. 331 et 332 B.C.L.R.):

[TRADUCTION] La réclamation de l'appelant repose sur l'affirmation que le Canada a été frustré dans son désir

- b de mettre en œuvre ses politiques nationales touchant les chemins de fer non rentables de l'État. On répond à cet argument que le gouverneur en conseil n'a pas le droit absolu de supprimer un service de trains de voyageurs. Il n'est pas l'organisme de réglementation principal des chemins de fer. Il ne peut mettre en œuvre, à sa guise, ses politiques nationales de suppression des services ferroviaires non rentables. Son pouvoir se limite à la modification ou à l'annulation des arrêtés de l'Office. Le gouverneur en conseil n'a pas de compétence inhérente et il ne peut agir à titre de commission itinérante pour redresser les torts qui sont perçus, sauf par le biais du mécanisme de réglementation établi par le Parlement.

Dispositif

- e Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et le juge MCLACHLIN sont dissidents.

- f Procureur de l'appelant: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intimé: Le ministère du Procureur général, Victoria.