

A-468-15  
2017 FCA 79

A-468-15  
2017 CAF 79

**Canadian National Railway Company** (*Appellant*)

**Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada** (*appelante*)

v.

c.

**Emerson Milling Inc. and Canadian Transportation Agency** (*Respondents*)

**Emerson Milling Inc. et Office des transports du Canada** (*intimés*)

**INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY v. EMERSON MILLING INC.**

**RÉPERTORIÉ : COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. EMERSON MILLING INC.**

Federal Court of Appeal, Gauthier, Stratas and Gleason J.J.A.—Vancouver, September 19, 2016; Ottawa, April 18, 2017.

Cour d'appel fédérale, juges Gauthier, Stratas et Gleason, J.C.A.—Vancouver, 19 septembre 2016; Ottawa, 18 avril 2017.

*Transportation — Appeal from Canadian Transportation Agency decision siding with respondent Emerson Milling Inc. (respondent) by ordering appellant to provide railway cars that respondent had asked for, still required in order to satisfy its customers — Respondent ordering railcars from appellant to transport crops after crops harvested — In 2013–2014, controversy arising since appellant delivering only some cars — Respondent complaining to Canadian Transportation Agency, alleging that appellant failing to receive, carry, deliver “traffic offered for carriage”; that appellant thus violated Canada Transportation Act, s. 113(1) — Whether appeal raising question of law or question of jurisdiction pursuant to Act, s. 41(1); whether Agency’s decision in present case reasonable — Terms “question of law”, “question of jurisdiction” examined, interpreted for purposes of Act, s. 41(1) — Appellant’s two grounds of appeal examined to determine whether Act, s. 41(1) applying herein to restrict appeal — Both grounds of appeal raising matter of statutory interpretation, sufficient for appeal under Act, s. 41(1) to proceed — Regarding reasonableness of Agency’s decision, existence of binding judicial pronouncement concerning Act, s. 113(1) considered — Supreme Court of Canada’s decision in Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co. binding herein; standing for proposition that when interpreting, applying Act, s. 113(1), Agency must assess reasonableness of parties’ conduct in light of facts, evidentiary record disclosed — Here, agency’s decision, nature of Act considered — Agency applying “evaluation approach” test; test applied reasonable — Agency using regulatory experience, knowledge of industry, overall expertise in transportation sector to determine whether respondent demonstrating that request for service reasonable — Finding that respondent adducing enough evidence to prove request for service reasonable,*

*Transport — Appel de la décision de l’Office des transports du Canada de donner raison à l’intimée, Emerson Milling Inc. (intimée), en ordonnant à l’appelante de fournir à l’intimée les wagons que celle-ci avait demandés et dont elle avait encore besoin pour répondre aux besoins de ses clients — L’intimée commandait des wagons à l’appelante pour le transport des récoltes — En 2013–2014, il y a toutefois eu un différend, car l’appelante n’a pas livré tous les wagons demandés — L’intimée a déposé une plainte auprès de l’Office des transports du Canada, alléguant que l’appelante n’avait pas reçu, transporté et livré « les marchandises à transporter » et avait de ce fait enfreint l’art. 113(1) de la Loi sur les transports au Canada — Il s’agissait de savoir si l’appel soulevait une question de droit ou une question de compétence au sens de l’art. 41(1) de la Loi; et si la décision de l’Office dans la présente affaire était raisonnable — La « question de droit » et la « question de compétence » au sens de l’art. 41(1) de la Loi ont été examinées et interprétées — Les deux moyens d’appel de l’appelante ont été examinés pour déterminer si l’art. 41(1) de la Loi s’appliquait dans la présente affaire pour restreindre l’appel — Les deux moyens d’appel soulevaient une question d’interprétation des lois susceptible d’appel au titre de l’art. 41(1) de la Loi — En ce qui concerne le caractère raisonnable de la décision de l’Office, l’existence d’une jurisprudence obligatoire concernant l’art. 113(1) de la Loi a été examinée — L’arrêt de la Cour suprême du Canada dans Patchett & Sons Ltd. c. Pacific Great Eastern Railway Co. devait être suivi dans la présente affaire; il enseigne que, lorsqu’il interprète et applique l’art. 113(1) de la Loi, l’Office doit rechercher si, à la lumière des faits révélés par le dossier, la conduite des parties a été raisonnable — Dans la présente affaire, la nature de la décision de l’Office et la nature de la Loi ont été examinées*

*legitimate — As to unfulfilled car order requests, while appellant could justify some delay in delivering cars, could not justify indefinite delay in service — In present case, Agency reaching factually suffused conclusions founded upon evidentiary record, readings of subsection Act, s. 113(1) consistent with acceptable interpretation of provision, Supreme Court's decision in Patchett — Appeal dismissed.*

This was an appeal from a decision of the Canadian Transportation Agency siding with the respondent Emerson Milling Inc. (respondent) by ordering the appellant to provide the railway cars that the respondent asked for and still required in order to satisfy its customers. As in previous years, the respondent had ordered railcars from the appellant to transport crops after their harvest and delivery to the respondent. To handle the arriving crops, the respondent normally orders railcars from the appellant and there is no controversy. However, in 2013–2014, there was controversy since the appellant delivered only some of the cars.

The respondent complained to the Canadian Transportation Agency, alleging that the appellant had failed to receive, carry and deliver “traffic offered for carriage” and, thus, had violated subsection 113(1) of the *Canada Transportation Act*. That subsection imposes certain obligations upon a railway company once there is “traffic offered [to the railway company] for carriage” within the meaning of the subsection. The appellant alleged that the respondent's orders for cars were unreasonable and that, in the circumstances, the appellant had acted as reasonably as it could under challenging circumstances.

As a preliminary argument on appeal, the respondent submitted that subsection 41(1) barred the appellant's appeal in whole or in part because the appellant's appeal did not raise a question of law or a question of jurisdiction. Under subsection 41(1) of the Act, an appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court.

The issues were whether the appeal raised a question of law or a question of jurisdiction pursuant to subsection 41(1) of

*— L'Office a appliqué le critère de l'« approche d'évaluation », et ce critère était raisonnable — L'Office s'est appuyé sur son expérience de la réglementation, sur sa connaissance de l'industrie et sur ses connaissances générales du secteur du transport pour rechercher si l'intimée avait prouvé que sa demande de services était raisonnable — L'Office a conclu que l'intimée avait produit des preuves suffisantes pour établir que sa demande de services était raisonnable et légitime — En ce qui concerne les commandes de wagons non satisfaites, l'appelante pouvait justifier un certain retard dans la livraison de wagons, mais elle ne pouvait pas justifier le retard d'une durée indéterminée dans son service — Dans la présente affaire, l'Office est arrivé à des conclusions factuelles fondées sur la preuve et sur une lecture de l'art. 113(1) de la Loi qui était compatible avec une interprétation acceptable de la disposition et avec la jurisprudence Patchett de la Cour suprême — Appel rejeté.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de l'Office des transports du Canada de donner raison à l'intimée, Emerson Milling Inc. (intimée), en ordonnant à l'appelante de fournir à l'intimée les wagons que celle-ci avait demandés et dont elle avait encore besoin pour répondre aux besoins de ses clients. Comme les années précédentes, l'intimée avait commandé des wagons à l'appelante pour transporter les récoltes après leur livraison à ses installations. Pour s'occuper des récoltes qui lui sont livrées, l'intimée commande normalement des wagons à l'appelante, et tout se déroule sans encombre. Il y a toutefois eu un différend en 2013–2014, car l'appelante n'a pas livré tous les wagons demandés.

L'intimée a déposé une plainte auprès de l'Office des transports du Canada, alléguant que l'appelante n'avait pas reçu, transporté et livré « les marchandises à transporter » et avait de ce fait enfreint le paragraphe 113(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, qui impose certaines obligations à la compagnie de chemin de fer lorsque des « marchandises à transporter », au sens de ce paragraphe, lui sont remises. L'appelante a fait valoir que les commandes de wagons passées par l'intimée étaient déraisonnables et que, dans ces conditions, l'appelante avait agi aussi raisonnablement qu'elle avait pu eu égard à la situation difficile.

À titre d'argument préliminaire en appel, l'intimée a fait valoir que le paragraphe 41(1) faisait obstacle, en totalité ou en partie, à l'appel de l'appelante parce que l'appel de l'appelante ne soulevait aucune question de droit ou de compétence. Aux termes du paragraphe 41(1) de la Loi, tout acte — décision, arrêté, règle ou règlement — de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence avec l'autorisation de la Cour.

Les questions en litige étaient celles de savoir si l'appel soulevait une question de droit ou une question de

the Act and whether the Agency's decision in this case was reasonable.

*Held*, the appeal should be dismissed.

For the purposes of subsection 41(1) of the Act, a “question of law” and a “question of jurisdiction” were examined and interpreted. To determine whether subsection 41(1) of the Act applied to this case to restrict or eliminate the appellant's appeal, the subject-matter of the appeal had to be identified. The appellant's notice of appeal in which it alleged that the Agency had erred in two ways was examined. The first ground in the notice of appeal alleged that the Agency applied the wrong evidentiary threshold and onus such that it effectively conflated a car order request placed by a shipper with “traffic offered for carriage” under subsection 113(1) of the Act. This was a matter of statutory interpretation and an issue of law that could be appealed under subsection 41(1) of the Act. The second ground of appeal alleged that the Agency applied the wrong legal test in determining whether the appellant had breached its level of service obligations by treating unfulfilled car order requests in a given week as constituting cumulative “traffic offered for carriage” under subsection 113(1) of the Act in subsequent weeks, months and years. This second ground of appeal also raised an issue of statutory interpretation—the Agency and the appellant had a different view on how subsection 113(1) was to be read—and raised an extricable question of law sufficient for an appeal under subsection 41(1) of the Act.

In determining the reasonableness of the Agency's decision, one important factor considered was the existence of a binding judicial pronouncement concerning subsection 113(1) of the Act. In this case, the binding judicial pronouncement was a decades-old decision of the Supreme Court (*Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*). It stands for the proposition that when interpreting and applying subsection 113(1), the Agency must assess the reasonableness of the parties' conduct in light of the facts disclosed by the evidentiary record. The nature of the Agency's decision and the nature of the Act were also considered. In this case, the Agency applied a test called an “evaluation approach” in which it asked itself three questions such as whether the shipper's request for service was reasonable, whether the railway company fulfilled the request and, if not, whether there were reasons justifying the service failure. In this case, the Agency's evaluation approach was reasonable. It is a practical, useable test that captures both the essence of and much of the detail in subsection 113(1) of the Act, suitably reflecting the Supreme Court's holding in *Patchett* that the carrier's

compétence au sens du paragraphe 41(1) de la Loi et de savoir si la décision de l'Office dans cette affaire était raisonnable.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

La « question de droit » et la « question de compétence » au sens du paragraphe 41(1) de la Loi ont été examinées et interprétées. Pour déterminer si le paragraphe 41(1) de la Loi s'appliquait dans la présente affaire pour restreindre ou éliminer l'appel de l'appelante, il fallait définir l'objet de l'appel. L'avis d'appel de l'appelante dans lequel elle a allégué que l'Office avait commis deux erreurs a été examiné. Elle a allégué dans le premier moyen d'appel que l'Office avait appliqué un critère préliminaire et un fardeau de preuve erronés, de sorte qu'il avait en fait automatiquement assimilé à des « marchandises à transporter » visées par le paragraphe 113(1) de la Loi une commande de wagons passée par un expéditeur. Il s'agissait d'une question d'interprétation des lois et d'une question de droit qui pouvait faire l'objet d'un appel en vertu du paragraphe 41(1) de la Loi. Elle a allégué dans le deuxième moyen d'appel que l'Office avait appliqué un critère juridique erroné pour rechercher si l'appelante avait manqué à ses obligations en matière de service, et cela en considérant les commandes de wagons non satisfaites au cours d'une semaine donnée comme des « marchandises à transporter » accumulées, visées par le paragraphe 113(1) de la Loi, pour les semaines, mois et années à venir. Ce deuxième moyen d'appel aussi soulevait une question d'interprétation des lois — l'Office et l'appelante avaient des opinions différentes sur la manière dont le paragraphe 113(1) devait être interprété — et soulevait une question de droit isolable susceptible d'appel au titre du paragraphe 41(1) de la Loi.

Aux fins de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision de l'Office, la Cour a examiné un important facteur, soit l'existence d'une jurisprudence obligatoire concernant le paragraphe 113(1) de la Loi. En l'espèce, la jurisprudence qui devait être suivie était un arrêt de la Cour suprême qui remontait à plusieurs décennies (*Patchett & Sons Ltd. c. Pacific Great Eastern Railway Co.*). Cet arrêt enseigne que, lorsqu'il interprète et applique le paragraphe 113(1), l'Office doit rechercher si, à la lumière des faits révélés par le dossier, la conduite des parties a été raisonnable. La nature de la décision de l'Office et la nature de la Loi ont aussi été examinées. Dans la présente affaire, l'Office a appliqué un critère que l'on appelle l'« approche d'évaluation », selon laquelle il a posé trois questions, notamment celles de savoir si la demande de services de l'expéditeur était raisonnable, si la compagnie de chemin de fer avait répondu à cette demande et, dans la négative, s'il y avait des raisons qui pourraient justifier le manquement à une obligation de services. Dans la présente affaire, l'approche d'évaluation de l'Office était raisonnable. Elle propose un critère pratique et utilisable qui

duty “is permeated with reasonableness in all aspects of what is undertaken”.

The appellant challenged the Agency’s handling of the first question under the evaluation approach claiming that the Agency was too trusting of the respondent’s say-so that it needed railcars. In examining whether the respondent had demonstrated that its request for service was reasonable, the Agency brought to bear its regulatory experience, its knowledge of the industry, its understanding of how transactions between shippers and their customers come about and are documented, and its overall expertise in the transportation sector. The Agency found that the respondent had adduced enough evidence to prove that its request for service was reasonable and legitimate, thereby triggering the appellant’s obligations under subsection 113(1) of the Act. The appellant’s argument on this point was thus rejected.

As to the appellant’s argument that the Agency reached an unreasonable result, in particular, by treating unfulfilled car order requests as subsequently constituting cumulative “traffic offered for carriage” under subsection 113(1) of the Act, the Agency studied the appellant’s service over the entire complaint period and found that the proportion of cars waybilled to cars ordered decreased over time. Although the appellant could justify some delay in delivering cars, it could not justify the indefinite delay in service for what turned out to be 40 percent of the respondent’s traffic. It thus concluded that the appellant had breached its level of service obligations to the respondent over the complaint period.

The Agency’s approach to subsection 113(1) was to look at the situation globally, alive to all the circumstances of the case, and to assess overall whether the appellant had fulfilled its obligations under the Act over a period of time. The Agency reached factually sufficed conclusions founded upon the evidentiary record and readings of subsection 113(1) of the Act consistent with an acceptable interpretation of the provision and the Supreme Court’s decision in *Patchett*.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 24, 31, 40, 41(1), 43, 113–116.

rend compte à la fois de l’essence du paragraphe 113(1) de la Loi et d’une bonne partie des détails qu’il renferme, et traduit adéquatement l’enseignement de la Cour suprême professé à l’occasion de l’affaire *Patchett*, à savoir que « [s]ous tous leurs aspects, les engagements pris par le transporteur ne l’obligent que dans la mesure du raisonnable ».

L’appelante a attaqué la manière dont l’Office a discuté la première question dans le cadre de l’approche d’évaluation, soutenant que l’Office faisait trop confiance à l’intimée au sujet de son besoin de wagons. Pour rechercher si l’intimée avait prouvé que sa demande de services était raisonnable, l’Office s’est appuyé sur son expérience de la réglementation, sur sa connaissance de l’industrie, sur sa compréhension de la manière dont les transactions entre les expéditeurs et leurs clients sont conclues et documentées, et enfin, sur ses connaissances générales du secteur du transport. L’Office a conclu que l’intimée avait produit des preuves suffisantes pour établir que sa demande de services était raisonnable et légitime, ce qui a fait naître les obligations de l’appelante en vertu du paragraphe 113(1) de la Loi. L’argument de l’appelante à cet égard a donc été rejeté.

En ce qui concerne l’argument de l’appelante selon lequel l’Office a tiré une conclusion déraisonnable, notamment en considérant les commandes de wagons non satisfaites comme des « marchandises à transporter » accumulées par la suite, visées par le paragraphe 113(1) de la Loi, l’Office a étudié le service fourni par l’appelante durant toute la période visée par la plainte et a conclu que la proportion de wagons acheminés avec feuille de route par rapport aux wagons commandés avait diminué au fil du temps. L’appelante pouvait justifier un certain retard dans la livraison de wagons, mais elle ne pouvait pas justifier le retard d’une durée indéterminée dans son service pour ce qui s’était révélé être 40 p. 100 des marchandises de l’intimée. L’Office a donc conclu que l’appelante avait manqué à ses obligations en matière de niveau de services envers l’intimée au cours de la période visée par la plainte.

L’approche retenue par l’Office concernant le paragraphe 113(1) consistait à considérer la situation dans son ensemble, en prêtant attention à toutes les circonstances de l’affaire, et à examiner globalement si l’appelante avait rempli ses obligations selon la Loi au cours d’une certaine période. L’Office est arrivé à des conclusions factuelles fondées sur la preuve et sur une lecture du paragraphe 113(1) de la Loi qui était compatible avec une interprétation acceptable de la disposition et avec la jurisprudence *Patchett* de la Cour suprême.

#### LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], préambule.

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], preamble.  
*National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, s. 64(2) (as am. by R.S.C. (2nd Supp.), c. 10, Sch. II, Item 32).  
*National Transportation Act*, S.C. 1966-67, c. 69.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] S.C.R. 271, (1959), 17 D.L.R. (2d) 449.

## CONSIDERED:

*Canadian National Railway Company v. Dreyfus*, 2016 FCA 232; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, (1959), 16 D.L.R. (2d) 689; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873; *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, (1985), 19 D.L.R. (4th) 1; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *C.U.P.E. v. N.B. Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, (1979), 97 D.L.R. (3d) 417; *Canadian National Railway Company v. Canada (Transportation Agency)*, 2010 FCA 65, [2011] 3 F.C.R. 264; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2008 FCA 363, 383 N.R. 349; *Canadian National Railway Company v. Richardson International Limited*, 2015 FCA 180, 476 N.R. 83; *Canadian National Railway Company v. Viterra Inc.*, 2017 FCA 6, 410 D.L.R. (4th) 128; *Northwest Airlines Inc. v. Canadian Transportation Agency*, 2004 FCA 238, 325 N.R. 147; *Canada (National Railway Company) v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 266; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Louis Dreyfus Commodities Canada Ltd. v. CN – level of service application*, Letter Decision No. 2014-10-04 (C.T.A.).

## REFERRED TO:

*Canadian National Railway Company v. BNSF Railway Company*, 2016 FCA 284; *National Indian Brotherhood*

*Loi nationale sur les transports*, S.C. 1966-67, ch. 69.  
*Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, ch. N-17, art. 64(2) (mod. par S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, ann. II, n<sup>o</sup> 32).  
*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 24, 31, 41(1), 40, 43, 113–116.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] R.C.S. 271.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Dreyfus*, 2016 CAF 232; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873; *Renvoi : Droits linguistique au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *S.C.F.P. c. Société des Alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des transports)*, 2010 CAF 65, [2011] 3 R.C.F. 264; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des transports)*, 2008 CAF 363; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Richardson International Limited*, 2015 CAF 180; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Viterra Inc.*, 2017 CAF 6; *Northwest Airlines Inc. c. Canada (Office des transports)*, 2004 CAF 238; *Canada (Compagnie des chemins de fer nationaux) c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 266; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Louis Dreyfus Commodities Canada Ltd. c. CN – demande relative au niveau de services*, Lettre-décision n<sup>o</sup> 2014-10-3 (O.T.C.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. BNSF Railway Company*, 2016 CAF 284; *National*

v. *Juneau* (No. 2), [1971] F.C. 73, (1971), 7 C.N.L.C. 282 (C.A.); *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 218, 141 C.P.R. (4th) 165; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396, [1941] 3 D.L.R. 305; *Green v. Rutherford* (1750), 27 E.R. 1144, 1 Ves. Sen. 462; *Penn v. Lord Baltimore* (1750), 27 E.R. 1132, 1 Ves. Sen. 444; *Attorney General v. Lord Hotham* (1827), 38 E.R. 631, 3 Russ. 415; *Thompson v. Sheil* (1840), 3 Ir. Eq. R. 135; *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, (1997), 150 D.L.R. (4th) 577; *Crevier v. A.G. (Québec) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (4th) 175; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, (1974), 43 D.L.R. (3d) 1; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193; *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, 382 D.L.R. (4th) 720; *Canada (Attorney General) v. Bri-Chem Supply Ltd.*, 2016 FCA 257, [2017] 3 F.C.R. 123; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *CKLN Radio Incorporated v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 135, 418 N.R. 198; *Rogers Cable Communications Inc. v. New Brunswick (Transportation)*, 2007 FCA 168, 367 N.R. 78; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, 266 D.L.R. (4th) 287; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *In re Ontario Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 18, [1953] 3 D.L.R. 561; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 SCC 13, [2000] 1 S.C.R. 342; *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2003 FCA 271, [2003] 4 F.C. 558; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping*

*Indian Brotherhood c. Juneau* (N° 2), [1971] C.F. 73 (C.A.); *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limitée*, 2016 CAF 218; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Green v. Rutherford* (1750), 27 E.R. 1144, 1 Ves. Sen. 462; *Penn v. Lord Baltimore* (1750), 27 E.R. 1132, 1 Ves. Sen. 444; *Attorney General v. Lord Hotham* (1827), 38 E.R. 631, 3 Russ. 415; *Thompson v. Sheil* (1840), 3 Ir. Eq. R. 135; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l'Indépendance et à l'Impartialité des juges de la Cour provinciale et de l'Île-du-prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Crevier c. A.G. (Québec) et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446; *Canada (Procureur général) c. Bri-Chem Supply Ltd.*, 2016 CAF 257, [2017] 3 R.C.F. 123; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *CKLN Radio Incorporated c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 135; *Rogers Cable Communications Inc. c. Nouveau-Brunswick (Transports)*, 2007 CAF 168; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *In re Ontario Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 18; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 CSC 13, [2000] 1 R.C.S. 342; *Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Office des transports)*, 2003 CAF 271, [2003] 4 C.F. 558; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S.

*Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *Mills v. Ontario (Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75; 444 N.R. 120; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650.

395; *Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *Mills v. Ontario (Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650.

## AUTHORS CITED

Daly, Paul. "Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness" (2016), 2 *McGill L.J.* 527.

APPEAL from a decision of the Canadian Transportation Agency (*EMI v. CN – level of service application*, Letter Decision No. 2015-07-10 (CTA)) siding with the respondent Emerson Milling Inc. by ordering the appellant to provide the railway cars that the respondent had asked for and still required to satisfy its customers. Appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Douglas C. Hodson, Q.C.* and *Ryan Lepage* for appellant.  
*Forrest C. Hume, P. John Landry* and *Monique Evans* for respondent Emerson Milling Inc.  
*John Dodsworth* for respondent Canadian Transportation Agency.

## SOLICITORS OF RECORD

*MacPherson Leslie & Tyerman LLP*, Saskatoon, for appellant.  
*DLA Piper (Canada) LLP*, Vancouver, for respondent Emerson Milling Inc.  
*Canadian Transportation Agency*, Gatineau, for respondent Canadian Transportation Agency.

## DOCTRINE CITÉE

Daly, Paul. « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 2 *McGill L.J.* 527.

APPEL d'une décision de l'Office des transports du Canada (*EMI c. CN – demande relative au niveau de services*, lettre-décision n° 2015-07-10 (OTC)) de donner raison à l'intimée, Emerson Milling Inc., en ordonnant à l'appelante de fournir à l'intimée les wagons que celle-ci avait demandés et dont elle avait encore besoin pour répondre aux besoins de ses clients. Appel rejeté.

## ONT COMPARU

*Douglas C. Hodson, c.r.*, et *Ryan Lepage* pour l'appelante.  
*Forrest C. Hume, P. John Landry* et *Monique Evans* pour l'intimée Emerson Milling Inc.  
*John Dodsworth* pour l'intimé l'Office des transports du Canada.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*MacPherson Leslie & Tyerman LLP*, Saskatoon, pour l'appelante.  
*DLA Piper (Canada) LLP*, Vancouver, pour l'intimée Emerson Milling Inc.  
*Office des transports du Canada*, Gatineau, pour l'intimé Office des transports du Canada.

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

[1] STRATAS J.A.: Crops are harvested and delivered to the facilities of companies like Emerson Milling Inc. To handle the arriving crops, Emerson orders railcars from the Canadian National Railway Company [CN]. Where Emerson has “traffic offered for carriage”, CN must supply railcars and then “without delay, and with due care and diligence, receive, carry and deliver the traffic”: subsection 113(1) of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 [the Act]. Normally there is no controversy: the railcars are ordered, the railcars arrive, the crops are loaded onto the railcars and CN transports them away.

[2] But there was controversy in 2013–2014. As usual, growers delivered crops to Emerson’s facility. As in previous years, Emerson periodically ordered railcars from CN to transport the crops. But CN delivered only some of the cars, not all. 2013–2014 was a bumper crop year. Also the winter of 2014 was extremely cold, restricting some of CN’s operations.

[3] As it is entitled to do under the Act, Emerson complained to the Canadian Transportation Agency. It alleged that CN had failed to receive, carry and deliver “traffic offered for carriage” and, thus, violated subsection 113(1) of the Act. CN alleged that Emerson’s orders for cars were unreasonable and that in the circumstances CN acted as reasonably as it could under challenging circumstances.

[4] In a decision dated July 10, 2015 ([*EMI v. CN – level of service application*, Letter Decision No. 2015-07-10 (Agency’s decision)] case No. 14-06408), the Agency sided with Emerson. It ordered CN to provide to Emerson the railway cars that Emerson asked for and still required in order to satisfy its customers.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Les producteurs livrent leurs récoltes aux installations de sociétés telles qu’Emerson Milling Inc., qui doivent quant à elles commander des wagons à la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada [CN] pour le transport subséquent de ces récoltes. Quand Emerson a des « marchandises à transporter », le CN fournit les wagons, puis « reçoit, transporte et livre ces marchandises sans délai et avec le soin et la diligence voulus » (paragraphe 113(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 [la Loi]). Tout se déroule normalement sans encombre : les wagons sont commandés, les wagons arrivent, les récoltes sont chargées dans les wagons et le CN les transporte.

[2] Il y a toutefois eu un différend en 2013–2014. Comme à l’habitude, les producteurs ont livré leurs récoltes à l’installation d’Emerson et, comme les années précédentes, Emerson avait commandé périodiquement des wagons au CN pour leur transport. Le CN n’a toutefois pas livré tous les wagons demandés. La campagne agricole 2013–2014 avait été exceptionnelle. De plus, l’hiver de 2014 avait été extrêmement froid, ce qui avait entravé certaines des activités du CN.

[3] Comme elle était en droit de le faire aux termes de la Loi, la société Emerson a déposé une plainte auprès de l’Office des transports du Canada. Elle alléguait que le CN n’avait pas reçu, transporté et livré « les marchandises à transporter » et avait de ce fait enfreint le paragraphe 113(1) de la Loi. Le CN a répondu que les commandes de wagons passées par Emerson étaient déraisonnables et que, dans ces conditions, le CN avait agi aussi raisonnablement qu’il avait pu eu égard à la situation difficile.

[4] Dans une décision datée du 10 juillet 2015 [*EMI c. CN – demande relative au niveau de services*, lettre-décision n° 2015-07-10 (décision de l’Office)] (affaire n° 14-06408), l’Office a donné raison à Emerson. Il a ordonné au CN de fournir à Emerson les wagons que celle-ci avait demandés et dont elle avait encore besoin pour répondre aux besoins de ses clients.

[5] CN appeals, with leave of this Court, from the Agency’s decision. For the reasons set out below, I would dismiss the appeal with costs.

A. Preliminary issue: the requirement in subsection 41(1) of the Act that there be a “question of law” or a “question of jurisdiction”

[6] Emerson submits that subsection 41(1) bars CN’s appeal in whole or in part because CN’s appeal does not raise a question of law or a question of jurisdiction.

[7] Under subsection 41(1) of the Act, “[a]n appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court”. Among other things, this means that this Court must be satisfied that an appellant has raised a “question of law” or a “question of jurisdiction” before it can entertain the appeal.

[8] We usually deal with this sort of submission on a preliminary basis before delving into the merits of an appeal: see, e.g., *Canadian National Railway Company v. Dreyfus*, 2016 FCA 232, at paragraph 18; *Canadian National Railway Company v. BNSF Railway Company*, 2016 FCA 284. Often we follow this practice in other contexts where our subject-matter jurisdiction is in issue, especially where to decide the merits might invade the right to decide of another body that might have jurisdiction: *National Indian Brotherhood v. Juneau (No. 2)*, [1971] F.C. 73 (C.A.); see also, e.g., *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 218, 141 C.P.R. (4th) 165. Often considerations of legality and practicality favour proceeding in this way—a pronouncement on the merits of the matter without jurisdiction is a nullity: *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396, [1941] 3 D.L.R. 305.

[9] This practice is prudent: putting aside narrow areas of inherent or plenary jurisdiction and the responsibility to develop and apply the common law, it has been accepted for at least a quarter of a millennium that courts can act only within the limits of the law set

[5] Avec l’autorisation de la Cour, le CN interjette appel de la décision de l’Office. Pour les motifs exposés ci-après, je rejetterais l’appel avec dépens.

A. Question préliminaire : l’exigence du paragraphe 41(1) de la Loi selon laquelle il doit y avoir une « question de droit » ou une « question de compétence »

[6] Selon Emerson, le paragraphe 41(1) fait obstacle, en totalité ou en partie, à l’appel du CN parce que l’appel du CN ne soulève aucune question de droit ou de compétence.

[7] Aux termes du paragraphe 41(1) de la Loi, « [t]out acte — décision, arrêté, règle ou règlement — de l’Office est susceptible d’appel devant la Cour d’appel fédérale sur une question de droit ou de compétence ». Cela signifie notamment que la Cour doit, avant de pouvoir instruire l’appel, conclure que l’appelant a soulevé une question « de droit » ou « de compétence ».

[8] Nous répondons généralement à ce genre de moyen de façon préliminaire, avant d’examiner le fond de l’appel (voir, par exemple, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Dreyfus*, 2016 CAF 232, au paragraphe 18; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. BNSF Railway Company*, 2016 CAF 284). Nous agissons souvent ainsi dans d’autres affaires où notre compétence d’attribution est en cause, en particulier lorsqu’une décision sur le fond risquerait d’empiéter sur le droit décisionnel dont est titulaire un autre organisme susceptible d’avoir compétence (*National Indian Brotherhood c. Juneau (N°2)*, [1971] C.F. 73 (C.A.); voir aussi, par exemple, *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limitée*, 2016 CAF 218). Souvent, des impératifs de légalité et des considérations pratiques militent en faveur de cette démarche, puisqu’un prononcé sur le fond de l’affaire est nul en l’absence de compétence (*Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] R.C.S. 396).

[9] Cette pratique est prudente : abstraction faite des domaines étroits de compétence inhérente ou plénière et de la mission de construire et d’appliquer la common law, il est admis depuis au moins un quart de millénaire que les cours de justice ne peuvent intervenir

by the legislator: see, e.g., *Green v. Rutherford* (1750), 27 E.R. 1144, 1 Ves. Sen. 462, at page 471; *Penn v. Lord Baltimore* (1750), 27 E.R. 1132, 1 Ves. Sen. 444, at page 446; *Attorney General v. Lord Hotham* (1827), 38 E.R. 631, 3 Russ. 415; *Thompson v. Sheil* (1840), 3 Ir. Eq. R. 135. And of even longer standing is the principle of legislative supremacy, one corollary of which is that laws bind courts, just like everyone else: *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at pages 805–806; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385, at paragraphs 71–72; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*; *Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, (1997), 150 D.L.R. (4th) 577, at paragraph 10.

[10] The only exceptions are where a legislative limit is unconstitutional or the rule of law justifies court intervention: *Crevier v. A.G. (Québec) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at page 360. The latter, once described as “a fundamental postulate of our constitutional structure” that “lie[s] at the root of our system of government,” is now expressly set out as an operative principle in our Constitution: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at page 142; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873, at paragraph 19; preamble to the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. It is the constitutional authorization for judicial review even in the face of legislative provisions restricting or forbidding it (e.g., so-called privative clauses): *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 27–28. Among other things, the rule of law provides that “the law is supreme over officials” and “thereby preclusive of the influence of arbitrary power”: *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at page 748; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at paragraphs 57–58. Those who wield public power cannot be a law unto themselves, immunized from truly independent review and shielded from meaningful

que dans les limites fixées par le législateur (voir, par exemple, *Green v. Rutherford* (1750), 27 E.R. 1144, 1 Ves. Sen. 462, à la page 471; *Penn v. Lord Baltimore* (1750), 27 E.R. 1132, 1 Ves. Sen. 444, à la page 446; *Attorney General v. Lord Hotham* (1827), 38 E.R. 631, 3 Russ. 415; *Thompson v. Sheil* (1840), 3 Ir. Eq. R. 135). Il existe toutefois un principe plus ancien encore, celui de la suprématie législative, dont l’un des corollaires est que les lois lient les juges comme quiconque (*Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, aux pages 805 et 806; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, aux paragraphes 71 et 72; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*; *Renvoi relatif à l’Indépendance et à l’Impartialité des juges de la Cour provinciale et de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 10).

[10] Les seules exceptions concernent les limites législatives inconstitutionnelles ou les cas où le principe de la primauté du droit appelle l’intervention du juge (*Crevier c. P.G. (Québec) et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, à la page 360). La deuxième exception, déjà qualifiée d’ [TRADUCTION] « un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle » qui « sont à la base de notre système de gouvernement », est aujourd’hui explicitement considérée comme un principe fondateur de notre Constitution (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, à la page 142; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, au paragraphe 19; préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]). Il s’agit du pouvoir constitutionnel de procéder à des contrôles judiciaires, même lorsqu’on est en présence de dispositions législatives limitant ou interdisant ce contrôle (par exemple par ce que l’on appelle les clauses privatives) (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 27 et 28). La primauté du droit signifie notamment que « le droit est au-dessus des autorités gouvernementales » et « exclut, par conséquent, l’influence de l’arbitraire » (*Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la page 748; *Colombie-Britannique c.*

scrutiny: *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, at page 145; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524, at paragraphs 31–33, citing *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, at pages 250–251; *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, 382 D.L.R. (4th) 720, at paragraph 108 and *Canada (Attorney General) v. Bri-Chem Supply Ltd.*, 2016 FCA 257, [2017] 3 F.C.R. 123, at paragraph 49, both citing *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81, at paragraphs 313–314.

[11] For the purposes of subsection 41(1) of the *Canada Transportation Act* and sections worded like it, what is a “question of law” and what is a “question of jurisdiction”? To interpret these terms, we need to consider their plain meaning, their context within the Act and the purpose of subsection 41(1) and the Act itself: *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193 and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559.

[12] Under the *Canada Transportation Act*, the Agency is continued and empowered as a specialized regulator in the transportation sector. Its decisions are informed by understandings of how the sector operates and other specialized appreciations and policy considerations, such as the National Transportation Policy set out in section 5 of the Act. Indeed, under sections 24 and 43 of the Act, the Governor in Council can issue policy directions concerning any matter that comes within the jurisdiction of the Agency and the Agency must follow them. Appeals are not available for pure questions of fact (see section 31 of the Act). But appeals to the Governor in Council are available under section 40 of the Act; this provides a way to appeal, among other things, factually suffused and policy-imbued decisions of the Agency: *Canadian National Railway Co.*

*Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, aux paragraphes 57 et 58). Les titulaires d’un pouvoir public ne peuvent pas obéir à leurs propres règles à l’abri de tout contrôle véritablement indépendant et d’un examen digne de ce nom (*Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, à la page 145; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524, aux paragraphes 31 à 33, citant *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236, aux pages 250 et 251; *Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446, au paragraphe 108, et *Canada (Procureur général) c. Bri-Chem Supply Ltd.*, 2016 CAF 257, [2017] 3 R.C.F. 123, au paragraphe 49, ces deux derniers arrêts citant l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81, aux paragraphes 313 et 314).

[11] Qu’est-ce qu’une « question de droit » et qu’est-ce qu’une « [question] de compétence » au sens du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les transports au Canada* et des dispositions formulées de manière semblable? Pour interpréter ces expressions, nous devons tenir compte de leur sens ordinaire, de leur contexte au regard de l’ensemble de la Loi et, enfin, de l’objet du paragraphe 41(1) et de la Loi elle-même (*Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 27 et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559).

[12] Aux termes de la *Loi sur les transports au Canada*, l’Office est maintenu et investi de pouvoirs à titre d’organisme spécialisé de réglementation dans le secteur des transports. Ses décisions sont guidées par sa connaissance du mode de fonctionnement du secteur et par d’autres appréciations spécialisées et considérations de principe, telles que la Politique nationale des transports, conformément à l’article 5 de la Loi. D’ailleurs, aux termes des articles 24 et 43 de la Loi, le gouverneur en conseil peut donner des directives générales à l’Office sur toute question relevant de la compétence de celui-ci, et l’Office doit les suivre. Il ne peut être fait appel d’une décision de l’Office sur une pure question de fait (voir l’article 31 de la Loi). Toutefois, il est dans certains cas possible de faire appel au gouverneur en conseil aux termes de l’article 40 de la Loi; cette

v. *Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135 (CN 2014).

[13] From these provisions, one can see Parliament's intention behind subsection 41(1): factually suffused and policy-imbued decisions are not to be appealed to this Court. Parliamentary debates also support this: *CN 2014*, at paragraph 46. Such questions can be appealed elsewhere. Instead, only matters turning on questions of law or questions of jurisdiction may be appealed to this Court with leave granted on the basis that there is an arguable issue: *CKLN Radio Incorporated v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 135, 418 N.R. 198; *Rogers Cable Communications Inc. v. New Brunswick (Transportation)*, 2007 FCA 168, 367 N.R. 78. Given the terms of subsection 41(1), given the fact that a denial of leave is merits based, and given the availability of review under other sections of the Act for other questions, it would be hard to view subsection 41(1) as immunizing Agency decision-making in a problematic way.

[14] What does a "question of jurisdiction" mean? We begin with a bit of a conundrum. Today in administrative law we are often encouraged not to speak of jurisdiction. This trend has been underway since 1979 when Dickson J. (as he then was) warned against describing issues as jurisdictional when they are "doubtfully so": *C.U.P.E. v. N.B. Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, at page 233.

[15] The reasoning goes like this. To say that an administrative decision maker has jurisdiction to do something is to say that it has powers that have been granted to it expressly, impliedly or necessarily by legislation in certain circumstances or over certain subject-matters:

disposition prévoit une voie d'appel contre, notamment, les décisions de l'Office qui sont fondées sur des faits et des considérations de politique (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135 (l'arrêt CN 2014)).

[13] On peut dégager de ces dispositions l'intention du législateur relative au paragraphe 41(1) : il ne peut être interjeté appel devant notre Cour des décisions fondées sur les faits et des considérations de politique. Les débats parlementaires le confirment également (arrêt CN 2014, au paragraphe 46). On peut faire appel de ces questions devant d'autres fors. Il ne peut être fait appel à notre Cour que des décisions faisant jouer des questions de droit ou des questions de compétence, sous réserve d'une autorisation, qui est accordée dans la mesure où il existe une cause défendable (*CKLN Radio Incorporated c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 135; *Rogers Cable Communications Inc. c. Nouveau-Brunswick (Transports)*, 2007 CAF 168). Compte tenu de la formulation du paragraphe 41(1), du fait qu'un refus d'autorisation d'interjeter appel tient au fond de la décision et des recours prévus par d'autres articles de la Loi à l'égard d'autres questions, il serait difficile de voir dans le paragraphe 41(1) une disposition mettant de manière problématique à l'abri de tout contrôle le pouvoir décisionnel de l'Office.

[14] Qu'entend-on par « question de compétence »? Commençons par une petite devinette. Aujourd'hui, en droit administratif, nous sommes souvent encouragés à ne pas parler de compétence. Cette tendance est observable depuis 1979, quand le juge Dickson (plus tard juge en chef) fait une mise en garde contre le fait de qualifier trop rapidement un point de question de compétence « lorsqu'il existe un doute à cet égard » (*S.C.F.P. c. Société des alcools du N.-B.*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la page 233).

[15] Voici le raisonnement. Dire qu'un décideur administratif a compétence pour faire telle ou telle chose, c'est dire qu'il a des pouvoirs qui lui ont été accordés expressément, implicitement ou nécessairement par la loi, dans certaines circonstances ou sur certains sujets (*Chrysler*

*Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, 266 D.L.R. (4th) 287, at paragraph 16. For example, whether an agency can exercise a power to compel a witness to give testimony turns on what its statute says and how we interpret it—in reality a question of law. Thus, a “question of jurisdiction” for the purposes of judicial review is really just a question of statutory interpretation, in other words a question of law: *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; and see the detailed discussion in *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, at paragraphs 39–46.

[16] On this reasoning, many so-called questions of jurisdiction that are appealed under subsection 41(1) could easily be said today to be questions of law. Subsection 41(1) speaks of questions of law and questions of jurisdiction as if they are two different things. But it would seem that the latter is often just a subset of the former.

[17] But, on closer examination, the phrase “question of jurisdiction” in subsection 41(1) still adds something above and beyond the phrase “question of law”. A bit of legislative history shines a light on this.

[18] The *Canada Transportation Act* is a successor to various Acts stretching back to the *National Transportation Act*, S.C. 1966-67, c. 69, which was enacted in 1967. The phrase “question of jurisdiction” in subsection 41(1) of the current *Canada Transportation Act* first appeared in 1971 as a requirement for appeals to this Court in subsection 64(2) [of Schedule II] of the *National Transportation Act* after it was amended by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. At that time, Parliament understood “jurisdiction” to include failures of procedural fairness and other fundamental legal flaws: see, e.g., *In re Ontario Labour Relations*

*Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, au paragraphe 16). Par exemple, la question de savoir si un organisme a le pouvoir de contraindre une personne à témoigner dépend de ce que dit sa loi constitutive et de la manière dont nous interprétons celle-ci. Il s’agit en fait d’une question de droit. Ainsi, une « question de compétence », dans une procédure en contrôle judiciaire, est en réalité une simple question d’interprétation des lois ou, autrement dit, une question de droit (*Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; et voir la discussion fouillée dans l’arrêt *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, aux paragraphes 39 à 46).

[16] Selon ce raisonnement, maintes questions qu’on a qualifiées de compétence et sur lesquelles il est fait appel en vertu du paragraphe 41(1) pourraient facilement être aujourd’hui qualifiées de questions de droit. Le paragraphe 41(1) évoque les questions de droit et les questions de compétence comme s’il s’agissait de deux choses différentes, mais il semblerait que les questions de compétence sont souvent une simple sous-catégorie des questions de droit.

[17] Toutefois, si l’on y regarde de plus près, les mots « [question] de compétence », au paragraphe 41(1), ajoute quand même quelque chose aux mots « question de droit ». Un peu d’historique législatif nous éclairera à cet égard.

[18] La *Loi sur les transports au Canada* est la dernière d’une série de lois remontant à la *Loi nationale sur les transports*, S.C. 1966-67, ch. 69, promulguée en 1967. Les mots « [question] de compétence », qui figurent au paragraphe 41(1) de l’actuelle *Loi sur les transports au Canada*, sont d’abord apparus en 1971 — comme condition préalable aux appels devant notre Cour — au paragraphe 64(2) [de l’annexe II] de la *Loi nationale sur les transports* après sa modification par S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10. À cette époque, dans l’esprit du législateur, les manquements à l’équité procédurale et autres vices fondamentaux en droit étaient visés par le mot

*Board*, [1953] 2 S.C.R. 18, [1953] 3 D.L.R. 561 (sometimes known as the *Toronto Newspaper Guild* case). Ever after, Parliament has decided to maintain “question of jurisdiction” in the subsection even though, as mentioned, today “question of jurisdiction” essentially means “question of law” and “question of law” is already in the subsection. This must mean something, as Parliament is not in the business of legislating redundancies: *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 SCC 13, [2000] 1 S.C.R. 342, at paragraph 23.

[19] Based on this legislative history, I conclude that “question of jurisdiction” in subsection 41(1) includes at least issues of procedural fairness, even if those issues are factually suffused. Thus, under subsection 41(1) of the Act, a party may appeal on the basis that a decision of the Agency is procedurally unfair.

[20] Now to the meaning of a “question of law” under subsection 41(1) of the Act. Sometimes the Agency will state a pure question of law or a legal standard in its decision and then will resolve it. There is no doubt that such a question of law or legal standard can be the proper subject-matter of appeal under subsection 41(1) of the Act.

[21] But sometimes the question of law or legal standard is mixed up with questions of fact. For example, the Agency might have a legal view of how a particular statutory provision works and rather than stating that view explicitly instead might proceed directly to its bottom-line conclusion. In reality, the Agency’s conclusion is an amalgam of its view of the law/legal standards and its view of the evidence, and how the former applies to the latter. In that context, where the law and the facts are mused together, is there a “question of law” for the purposes of subsection 41(1) of the Act?

« compétence » (voir, par exemple, *In re Ontario Labour Relations Board*, [1953] 2 R.C.S. 18, parfois appelé l’arrêt *Toronto Newspaper Guild*). Or, même par la suite, le législateur a décidé de maintenir les mots « [question] de compétence » au paragraphe 41(1) même si, comme on l’a vu, les mots « [question] de compétence » renvoient aujourd’hui essentiellement à une « question de droit » et même si les mots « question de droit » figurent déjà dans ce paragraphe. La mention expresse des « [questions] de compétence » doit signifier quelque chose, car le législateur n’est pas censé être redondant (*Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 CSC 13, [2000] 1 R.C.S. 342, au paragraphe 23).

[19] Me fondant sur cet historique législatif, je conclus que les mots « [question] de compétence » au paragraphe 41(1) visent à tout le moins les questions d’équité procédurale, même si ces questions sont intimement liées aux faits. Ainsi, une partie peut interjeter appel d’une décision de l’Office en vertu du paragraphe 41(1) de la Loi en alléguant qu’elle est entachée d’une iniquité procédurale.

[20] J’examinerai maintenant le sens des mots « question de droit » figurant au paragraphe 41(1) de la Loi. Il arrive parfois que l’Office formule une pure question de droit ou une norme juridique dans sa décision, puis qu’il la résolve. Il ne fait aucun doute qu’une telle question de droit ou norme juridique peut à bon droit constituer l’objet d’un appel interjeté en vertu du paragraphe 41(1) de la Loi.

[21] La question de droit ou norme juridique est toutefois parfois étroitement imbriquée dans des questions de fait. Par exemple, l’Office pourrait avoir une opinion juridique sur la manière dont s’applique une disposition législative particulière et, plutôt que d’exprimer explicitement cette opinion, il pourrait énoncer directement sa conclusion. En réalité, la conclusion de l’Office fusionne son opinion concernant la question de droit ou norme juridique et son opinion concernant la preuve, et la manière dont la première s’applique à la seconde. Dans ce contexte, lorsque le droit et les faits sont imbriqués, une « question de droit » est-elle posée au sens du paragraphe 41(1) de la Loi?

[22] These questions of mixed fact and law are best seen on a spectrum. At one end are questions where the legal content is low and the result is driven by findings of facts or the adjudicator's interpretation of the evidence as a whole. At the other end are questions where the legal content is high and the result is driven mainly by law/legal standards.

[23] The Supreme Court discussed this spectrum, albeit in a different context, in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 28 and 36. *Housen* concerns appellate review of decisions outside of the administrative law context and is not relevant to the administrative law context here. However, *Housen* is useful here because the Supreme Court was trying to solve the same question facing us here: given that questions of law/legal standards should be treated differently from questions of fact, how do we deal with questions of mixed fact and law that lie on a spectrum?

[24] In *Housen*, for the purposes of the appellate standard of review, the Supreme Court decided that questions of law/legal standards were subject to correctness review and questions of fact were subject to review for palpable and overriding error. But it asked itself how questions of mixed fact and law should be handled given that they sit on a spectrum ranging from very low legal content to very high legal content.

[25] The Supreme Court's solution was that where a question of law or an issue of legal principle is "extricable" from the question of mixed fact and law, there is indeed a "question of law":

To summarize, a finding of negligence by a trial judge involves applying a legal standard to a set of facts, and thus is a question of mixed fact and law. Matters of mixed fact and law lie along a spectrum. Where, for instance, an error with respect to a finding of negligence can be attributed to the application of an incorrect standard, a failure

[22] Ces questions mélangées de fait et de droit sont mieux perçues si on a à l'esprit l'image d'un spectre. À une extrémité, se trouvent les questions dont le contenu juridique est faible et dont la réponse est tributaire de conclusions de faits ou de la manière dont l'arbitre interprète la preuve dans sa globalité. À l'autre extrémité, se trouvent les questions dont le contenu juridique est dense et dont la réponse est principalement tributaire du droit ou de normes juridiques.

[23] La Cour suprême a examiné ce spectre, bien que dans un contexte différent, à l'occasion de l'affaire *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 28 et 36. Elle portait sur l'examen en appel de décisions hors du contexte du droit administratif et n'est pas applicable au contexte de droit administratif en cause en l'espèce. Toutefois, il s'agit d'une jurisprudence utile en l'espèce parce que la Cour suprême tentait de résoudre la même question qui nous est posée : étant donné que les questions de droit ou normes juridiques doivent être discutées différemment des questions de fait, comment discuter les questions mélangées de fait et de droit qui jalonnent un spectre?

[24] À l'occasion de l'affaire *Housen*, la Cour suprême a décidé que la norme de contrôle applicable en appel en matière de questions de droit ou de normes juridiques était celle de la décision correcte et, pour les questions de fait, celle de l'erreur manifeste et dominante. Elle a en outre recherché comment il convenait de discuter les questions mélangées de fait et de droit, étant donné qu'elles s'étalent le long d'un spectre qui va d'un contenu juridique très faible à un contenu juridique très dense.

[25] La solution retenue par la Cour suprême fut la suivante : lorsqu'une question de droit ou une question relative à un principe juridique est « isolable » de la question mélangée de fait et de droit, on est, en effet, en présence d'une « question de droit » :

En résumé, la conclusion de négligence que tire le juge de première instance suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et constitue donc une question mixte de fait et de droit. Les questions mixtes de fait et de droit s'étalent le long d'un spectre. Lorsque, par exemple, la conclusion de négligence est entachée

to consider a required element of a legal test, or similar error in principle, such an error can be characterized as an error of law, subject to a standard of correctness. Appellate courts must be cautious, however, in finding that a trial judge erred in law in his or her determination of negligence, as it is often difficult to extricate the legal questions from the factual. It is for this reason that these matters are referred to as questions of “mixed law and fact”. Where the legal principle is not readily extricable, then the matter is one of “mixed law and fact” and is subject to a more stringent standard. The general rule, as stated in [*Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2], is that, where the issue on appeal involves the trial judge’s interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error.

(*Housen*, at paragraph 36.)

[26] This same approach should be adopted here. Extrinsic questions of law/legal standards are best regarded as questions of law of the sort intended by Parliament to be reviewed by this Court under subsection 41(1). In a number of cases, this Court determined appeals where extricable questions of law/legal standards (in addition to other legal and jurisdictional questions) were present:

- *Canadian National Railway Company v. Canada (Transportation Agency)*, 2010 FCA 65, [2011] 3 F.C.R. 264 (CN 2008) and *Canadian National Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2008 FCA 363, 383 N.R. 349 (CN 2010). What matters fall into certain defined terms in the Act, triggering the revenue cap in the Act? The extricable legal question was the definition of the defined terms in the Act.
- *Dreyfus*, above, at paragraph 18. Two issues were raised that involve extricable questions of law, namely statutory interpretation. Does the “evaluation approach”, a methodology adopted

d’une erreur imputable à l’application d’une norme incorrecte, à l’omission de tenir compte d’un élément essentiel d’un critère juridique ou à une autre erreur de principe semblable, une telle erreur peut être qualifiée d’erreur de droit et elle est contrôlée suivant la norme de la décision correcte. Les cours d’appel doivent cependant faire preuve de prudence avant de juger que le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu’il a conclu à la négligence, puisqu’il est souvent difficile de départager les questions de droit et les questions de fait. Voilà pourquoi on appelle certaines questions des questions « mixtes de fait et de droit ». Si le principe juridique n’est pas facilement isolable, il s’agit alors d’une « question mixte de fait et de droit », assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse. Selon la règle générale énoncée dans l’arrêt [*Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2], si la question litigieuse en appel soulève l’interprétation de l’ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l’absence d’erreur manifeste et dominante.

(*Housen*, au paragraphe 36.)

[26] Cette même approche doit être suivie dans la présente affaire. Les questions de droit ou normes juridiques qui sont isolables doivent être considérées comme des questions de droit du type de celles que le législateur voulait voir contrôlées par notre Cour aux termes du paragraphe 41(1). À plusieurs occasions, notre Cour a statué sur des appels qui soulevaient des questions de droit ou normes juridiques isolables (en plus d’autres questions de droit ou de compétence) :

- *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des transports)*, 2010 CAF 65, [2011] 3 R.C.F. 264 (l’arrêt CN 2008) et *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Office des transports)*, 2008 CAF 363 (l’arrêt CN 2010). Quels sont les éléments qui relèvent de certains mots définis par la Loi et doivent donc entrer dans le calcul du plafond de revenu prévu par la Loi? La question de droit isolable était le sens des mots figurant dans la Loi.
- *Dreyfus*, précité, au paragraphe 18. Deux questions soulevées constituaient des questions de droit isolables, à savoir des questions d’interprétation des lois. L’« approche d’évaluation », méthode

by the Agency for deciding questions under sections 113–116, deviate from the proper interpretation of the sections? Did the Agency fail to consider matters that the statute requires it to consider?

- *Canadian National Railway Company v. Richardson International Limited*, 2015 FCA 180, 476 N.R. 83. Do the facts of the case constitute a “line of railway” and a “connection” for the purposes of triggering the carrier’s inter-switching obligations? The extricable question of law was the meaning of these terms.
- *Canadian National Railway Company v. Viterra Inc.*, 2017 FCA 6, 410 D.L.R. (4th) 128. On the facts, were the obligations of the carrier under section 113 triggered? Was the carrier’s rationing methodology a confidential contract under subsection 113(4) of the Act?

[27] On occasion, this Court has defined the phrase “questions of law” in subsection 41(1) as including questions of mixed fact and law as long as there is “enough of a legal component” to the issue raised: *Northwest Airlines Inc. v. Canadian Transportation Agency*, 2004 FCA 238, 325 N.R. 147, at paragraph 28; *Canada (National Railway Company) v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 266 (*CN 2016*), at paragraph 22. The phrase “enough of a legal component” suffers from some ambiguity and lack of clarity: for example, how much is “enough” and is the assessment of sufficiency a qualitative one, a quantitative one or both? The “extricable questions of law or legal principle” standard is more concrete and clear, especially since appellate courts considering the appellate standard of review under *Housen* regularly have to grapple with the phrase and define it. In both *Northwest Airlines* and *CN 2016* there were extricable questions of law or legal principle supporting the determination of the appeals under subsection 41(1) of the Act.

adoptée par l’Office pour trancher les questions relevant des articles 113 à 116, repose-t-elle sur une interprétation erronée de ces dispositions? L’Office a-t-il omis d’examiner des questions que la Loi l’obligeait à examiner?

- *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Richardson International Limited*, 2015 CAF 180. Ressort-il des faits une « ligne de chemin de fer » et d’un « raccordement » qui fait jouer les obligations d’interconnexion du transporteur? La question de droit isolable concernait le sens de ces mots.
- *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Viterra Inc.*, 2017 CAF 6. Au vu des faits, les obligations du transporteur prévues par l’article 113 jouaient-elles? La méthode de rationnement du transporteur constituait-elle un contrat confidentiel visé par le paragraphe 113(4) de la Loi?

[27] La Cour a parfois défini les mots « questions de droit » figurant au paragraphe 41(1), comme englobant les questions mélangées de fait et de droit dans la mesure où le point soulevé présente « un aspect suffisamment juridique » (*Northwest Airlines Inc. c. Canada (Office des transports)*, 2004 CAF 238, au paragraphe 28; *Canada (Compagnie des chemins de fer nationaux) c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 266 (l’arrêt *CN 2016*), au paragraphe 22). Les mots « un aspect suffisamment juridique » souffrent d’une certaine ambiguïté et d’un manque de clarté : par exemple, que signifie « suffisamment »? S’agit-il d’une notion qualitative, d’une notion quantitative, ou des deux à la fois? La norme « de la question de droit isolable ou du principe juridique isolable » est plus concrète et plus claire, en particulier depuis que les juridictions d’appel examinant la norme de contrôle en appel en application de la jurisprudence *Housen* sont régulièrement aux prises avec ces mots et doivent les définir. Les deux affaires précitées, *Northwest Airlines* et *CN 2016*, mettaient en jeu des questions de droit ou des principes juridiques isolables appelant l’examen des appels aux termes du paragraphe 41(1) de la Loi.

[28] Therefore, in future, this Court should adopt the “extricable questions of law or legal principle” standard for determining whether a question of mixed fact and law should be regarded as a “question of law” under subsection 41(1) of the Act.

[29] Turning to the facts of this case, does subsection 41(1) apply to restrict or eliminate CN’s appeal? To answer that, we first must identify the subject-matter of the appeal. We do this by construing the originating document, here the notice of appeal, to gain “a realistic appreciation” of the appeal’s “essential character”. The say-so of a party that a “legal test” or “the Act” is involved is not enough: “skilful pleaders” who are “armed with sophisticated wordsmithing tools and cunning minds” can express grounds in such a way as to make them sound like legal questions “when they are nothing of the sort”. We must look at the substance of what is being raised, not the form. See generally *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at paragraphs 49–50.

[30] Sometimes an appellant’s memorandum of fact and law articulates the grounds set out in a notice of appeal in a different way. The memorandum can be useful in gaining a realistic appreciation of the appeal’s essential character, as presented in the notice of appeal. As we shall see, CN’s memorandum does assist us in this case.

[31] CN’s notice of appeal alleges that the Agency erred in two ways:

1. The Agency applied the wrong evidentiary threshold and onus such that it effectively and automatically conflated a car order request placed by a shipper with “traffic offered for carriage” under [subsection 113(1) of] the Act; and
2. The Agency applied the wrong legal test in determining whether CN had breached its level of service obligations by treating unfulfilled car order requests in a given

[28] Par conséquent, dans l’avenir, notre Cour doit adopter la norme « de la question de droit isolable ou du principe juridique isolable » pour rechercher si une question mélangée de fait et de droit devrait être considérée comme une « question de droit » visée par le paragraphe 41(1) de la Loi.

[29] Vu les faits de l’espèce, le paragraphe 41(1) a-t-il pour effet de limiter ou d’exclure l’appel du CN? Pour répondre à cette question, nous devons d’abord définir l’objet de l’appel. Pour ce faire, nous interpréterons le document introductif d’instance, en l’occurrence l’avis d’appel, afin d’avoir « une appréciation réaliste » du « nature essentielle » de l’appel. Si une partie affirme qu’un « critère juridique » ou « la Loi » est en cause, cela ne suffit pas : « Forts d’outils perfectionnés pour jouer sur les mots et d’un esprit rusé, les plaideurs habiles » peuvent formuler leurs moyens de manière à leur donner l’apparence de questions de droit « alors qu’il n’en est rien ». Nous devons nous attarder au fond, et non à la forme, de la question soulevée. Voir généralement *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, aux paragraphes 49 et 50.

[30] Le mémoire des faits et du droit d’un appelant expose parfois d’une manière différente les moyens soulevés dans son avis d’appel. Le mémoire peut utilement donner une idée réaliste du caractère essentiel de l’appel présenté dans l’avis d’appel. Comme nous le verrons, le mémoire produit par le CN nous est effectivement utile en l’espèce.

[31] Il est allégué dans l’avis d’appel du CN que l’Office a commis deux erreurs :

[TRANSDUCTION]

1. L’Office a appliqué un critère préliminaire et un fardeau de preuve erronés, de sorte qu’il a en fait automatiquement assimilé à des « marchandises à transporter » visées par [le paragraphe 113(1) de] la Loi une commande de wagons passée par un expéditeur;
2. L’Office a appliqué un critère juridique erroné pour rechercher si le CN avait manqué à ses obligations en matière de service, et cela en considérant

week as constituting cumulative “traffic offered for carriage” under [subsection 113(1) of] the Act in subsequent weeks, months and years.

[32] CN submits that these errors are questions of law relating to the proper interpretation of the phrase “traffic offered for carriage” in subsection 113(1) of the Act.

[33] The first ground in the notice of appeal is phrased as a question of mixed fact and law—how the law should be applied to the facts of this case—not as a pure question of law. The second error alleges that the Agency applied a wrong legal test, but it could also be construed as an objection to how the Agency characterized the unfulfilled orders based on the facts of this case. In both cases, Emerson suggests that these are factually suffused points that are, so-to-speak, insufficiently legal and, thus, cannot be appealed under subsection 41(1) of the Act.

[34] I disagree. In my view, the essential character of this ground of appeal is that the Agency erred in law by taking a legally incorrect view of subsection 113(1).

[35] For the purposes of this point, subsection 113(1) has two parts: an event that triggers the carrier’s legal obligation to transport, namely that the shipper has “traffic offered for carriage,” and the shipper’s legal obligation “without delay, and with due care and diligence, [to] receive, carry and deliver the traffic.” Both grounds concentrate on the triggering event: what is “traffic offered for carriage”? What, as a matter of law, must a shipper like Emerson do in order to trigger the carrier’s legal obligation to receive, handle and transport? In other words, in law, what is the triggering event for the carrier’s legal obligation and in what circumstances does it happen?

les commandes de wagons non satisfaites au cours d’une semaine donnée comme des « marchandises à transporter » accumulées, visées par [le paragraphe 113(1) de] la Loi, pour les semaines, mois et années à venir.

[32] Le CN soutient que ces erreurs sont des questions de droit qui concernent la lecture correcte des mots « marchandises à transporter » au paragraphe 113(1) de la Loi.

[33] Le premier moyen soulevé dans l’avis d’appel est formulé comme une question mélangée de fait et de droit (comment le droit devrait-il être appliqué aux faits?), et non comme une pure question de droit. S’agissant de la seconde erreur, le CN soutient que l’Office a appliqué un critère juridique erroné, mais cette thèse pourrait aussi être interprétée comme une objection à la manière dont l’Office a qualifié les commandes non satisfaites eu égard aux faits. Dans les deux cas, Emerson soutient qu’il s’agit de points intimement liés aux faits qui sont, d’une certaine manière, insuffisamment juridiques et donc qui ne peuvent être portés en appel en vertu du paragraphe 41(1) de la Loi.

[34] Je rejette cette thèse. Selon moi, le caractère essentiel de l’appel qui ressort de ce moyen est l’erreur de droit commise par l’Office, à savoir son interprétation juridiquement erronée du paragraphe 113(1).

[35] Nous constatons à cet égard que le paragraphe 113(1) comporte deux parties : un événement qui fait jouer l’obligation juridique du transporteur de transporter des marchandises, à savoir que l’expéditeur a « des marchandises à transporter », et l’obligation juridique du transporteur de recevoir, transporter et livrer ces marchandises sans délai et avec le soin et la diligence voulus. Les deux moyens d’appel se concentrent sur l’événement générateur : qu’entend-on par « marchandises à transporter »? En droit, que doit faire un expéditeur comme Emerson pour faire jouer l’obligation juridique du transporteur de recevoir, transporter et livrer les marchandises? Autrement dit, en droit, quel est l’événement générateur de l’obligation juridique du transporteur, et dans quelles circonstances se produit-il?

[36] The first ground in the notice of appeal suggests that the Agency “conflated” a “car order request” by a shipper, Emerson, with “traffic offered for carriage”. In other words, according to CN, the Agency erred in holding that as soon as Emerson says it has traffic for carriage, the triggering event has happened and CN’s onerous obligations under subsection 113(1) kick in. Put another way, under the Agency’s legally wrong view of the matter, CN’s legal obligation arises when Emerson says simply that it has a shipment that needs to be transported, without any other demonstration that there is indeed a shipment that needs to be transported. By misinterpreting subsection 113(1), the Agency allows the significant, sometimes onerous legal obligation on CN to receive, carry and deliver traffic to arise too easily, almost automatically. CN says that subsection 113(1), properly interpreted, requires much more from Emerson.

[37] In short, the question raised by the first ground of appeal is a matter of statutory interpretation: what is the meaning of “traffic offered for carriage”, or, put another way, what evidence must a shipper adduce to establish that there is “traffic offered for carriage”? In the first ground of appeal, we have an issue of statutory interpretation: an issue of law. The resolution of the first ground of appeal is driven by the law/legal standards; this is not an issue where the parties agree upon the law/legal standards and the outcome is driven by the facts.

[38] Several statements from CN’s memorandum confirm that the first ground of appeal raises a question of law:

- “The [Act] requires actual goods subject to a genuine request for transportation by rail” and “a railway has no obligation [under the Act] to carry putative, hypothetical or speculative traffic”. To hold otherwise “is an error of law”: CN’s memorandum of fact and law, at paragraph 42;

[36] Selon le premier moyen invoqué dans l’avis d’appel, l’Office aurait « assimilé » une « commande de wagons » passée par un expéditeur, Emerson, à des « marchandises à transporter ». Autrement dit, selon le CN, l’Office a erré en décidant que, dès lors qu’Emerson dit qu’elle a des marchandises à transporter, l’événement générateur s’est produit et les obligations onéreuses du CN prévues par le paragraphe 113(1) entrant en jeu. En d’autres termes, selon le point de vue juridiquement erroné de l’Office, l’obligation juridique du CN prend naissance lorsque la société Emerson dit simplement qu’elle a un chargement à faire transporter, sans obligation aucune de démontrer qu’il y a effectivement un chargement à faire transporter. L’interprétation erronée du paragraphe 113(1) par l’Office aurait pour effet de faire reposer sur le CN trop facilement, voire presque automatiquement, l’obligation juridique importante, parfois onéreuse, de recevoir, transporter et livrer des marchandises. Le CN soutient que le paragraphe 113(1), si on l’interprète correctement, requiert bien davantage de la part d’Emerson.

[37] En résumé, la question soulevée par le premier moyen d’appel est une question d’interprétation des lois : quel est le sens des mots « marchandises à transporter », ou, en d’autres termes, quelle preuve l’expéditeur doit-il produire pour établir qu’il y a des « marchandises à transporter »? Avec le premier moyen d’appel, est posée une question d’interprétation des lois, soit une question de droit. La résolution de la question soulevée par le premier moyen d’appel est guidée par le droit ou les normes juridiques; il ne s’agit pas d’une question où il n’y a nulle controverse entre les parties sur le droit ou les normes juridiques et où la solution est dictée par les faits.

[38] Plusieurs conclusions tirées du mémoire du CN confirment que le premier moyen d’appel soulève une question de droit :

- [TRADUCTION] « La Loi requiert que des marchandises fassent l’objet d’une véritable demande de transport par chemin de fer » et « un chemin de fer n’a pas l’obligation, selon la Loi, de transporter des marchandises supposées, hypothétiques ou incertaines ». Soutenir le contraire [TRADUCTION]

- «[Under subsection 113(1)] an applicant must prove that it has ‘traffic’ for carriage ... and a [mere] car order cannot be presumed to be ‘traffic’»: CN’s memorandum of fact and law, at paragraph 44;
- Under the Act, “[a] railway is not presumed to be in breach of its level of service obligations”. Instead, an applicant must first “prove that it offered traffic for carriage—a railway’s service level obligations [under subsection 113(1)] are not triggered otherwise”: CN’s memorandum of fact and law, at paragraphs 49 and 52. The “traffic offered for carriage” under subsection 113(1) “must be actual goods offered for transport” and not just “putative or potential traffic”: CN’s memorandum of fact and law, at paragraph 52.
- Any other conclusion “fails to accord with the words, context, object and intent of the [Canada Transportation Act]”: CN’s memorandum of fact and law, at paragraph 53.
- Interpreting subsection 113(1) in this way violates the Supreme Court’s holding in *Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] S.C.R. 271, (1959), 17 D.L.R. (2d) 449 “that a railway’s common carrier obligations are ‘permeated with reasonableness’”: CN’s memorandum of fact and law, at paragraph 72.
- A sub-point raised by CN and really the flipside of the foregoing is that the Agency must have improperly taken “judicial notice of the fact that car orders invariably reflect concomitant demand for the carriage of actual traffic”: CN’s memorandum
- « constitue une erreur de droit » (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 42);
- [TRADUCTION] « Aux termes du paragraphe 113(1), le demandeur doit prouver qu’il a des “marchandises” à faire transporter [...] et une simple commande de wagons ne peut être présumée constituer des “marchandises” » (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 44);
- Selon la Loi, [TRADUCTION] « [un] chemin de fer n’est pas présumé agir en violation de ses obligations en matière de niveau de services ». Le demandeur doit au contraire d’abord [TRADUCTION] « prouver qu’il a offert des marchandises à transporter — les obligations quant au niveau de services d’un chemin de fer [en vertu du paragraphe 113(1)] ne jouent pas autrement » (mémoire des faits et du droit du CN, aux paragraphes 49 et 52). En vertu du paragraphe 113(1), les « marchandises à transporter » [TRADUCTION] « doivent être des marchandises réelles offertes pour le transport » et non simplement « des marchandises supposées ou possibles » (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 52).
- Toute autre conclusion [TRADUCTION] « est contraire aux mots, au contexte, à l’objet et à l’esprit de la *Loi sur les transports au Canada* » (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 53).
- Interpréter de cette manière le paragraphe 113(1) est contraire à la jurisprudence *Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] R.C.S. 271, par laquelle la Cour suprême enseigne que les obligations du [TRADUCTION] « transporteur ferroviaire ne l’obligent que dans la mesure du raisonnable » (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 72).
- Un point accessoire soulevé par le CN, et en fait l’envers de ce qui précède, est que l’Office a dû à tort [TRADUCTION] « admettre d’office que les commandes de wagons traduisent invariablement une demande concomitante de transport réel de

of fact and law, at paragraph 65. Whether the Agency can do this is a question of law.

[39] CN's memorandum of fact and law also runs this statutory interpretation point in a different way. CN takes particular issue with a methodology or test established by the Agency and followed by in this case. It is known as the "evaluation approach".

[40] The first step of the Agency's evaluation approach is to assess whether the request for service is reasonable. This entails looking at factors such as whether the request for cars was properly communicated, whether the car request provided adequate notice and whether the shipper has the capacity to receive, load and release the cars requested: CN's memorandum of fact and law, at paragraph 54.

[41] CN complains that "none of these criteria relate in any way to the issue of whether the shipper has actual traffic for carriage", which it says subsection 113(1) requires; instead they "relate solely to matters of the form and timing of communication, and capacity to receive and release a car spot": CN's memorandum of fact and law, at paragraph 56. It also complains that the Agency found that the "sole requirement for a shipper to meet the first step of the evaluation approach is to place an order", again contrary to subsection 113(1): CN's memorandum, at paragraph 64. Lest there be any doubt that the argument CN makes is based on the proper interpretation of subsection 113(1), CN adds that the Agency's evaluation approach "obviates [the] statutory requirement [of showing that there is "traffic offered for carriage"]—a shipper need only make a car request in order to be conclusively deemed to have "traffic": CN's memorandum of fact and law, at paragraph 44.

[42] All of these submissions in CN's memorandum relate to the gist of the first ground in the notice of appeal. They confirm that we are dealing with an issue of

marchandises » (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 65). La question de savoir si l'Office peut agir ainsi est une question de droit.

[39] Le mémoire des faits et du droit du CN discute aussi d'une manière différente ce point d'interprétation des lois. Le CN conteste en particulier une méthode ou un test établi par l'Office et suivi dans la présente affaire. Il s'agit de l'« approche d'évaluation ».

[40] La première étape de l'approche d'évaluation suivie par l'Office consiste à rechercher si la demande de services est raisonnable. Elle implique l'examen de plusieurs facteurs, par exemple, si la commande de wagons a été correctement communiquée, si elle était assortie d'un avis suffisant et si l'expéditeur a la capacité de recevoir, de charger et de libérer les wagons demandés (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 54).

[41] Selon le grief du CN [TRADUCTION] « nul de ces critères ne concerne de quelque façon la question de savoir si l'expéditeur a réellement des marchandises à transporter », ce qu'exige, selon lui, le paragraphe 113(1); au lieu de cela, ces critères [TRADUCTION] « se rapportent uniquement à la forme et au moment de la communication, et à la capacité de recevoir et de libérer un placement de wagons » (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 56). Le CN conteste aussi le fait que l'Office a jugé que [TRADUCTION] « la seule obligation qui incombe à l'expéditeur pour répondre à la première étape de l'approche d'évaluation est de passer une commande », contrairement, encore une fois, au paragraphe 113(1) (mémoire du CN, au paragraphe 64). Afin que nul ne doute que le moyen du CN repose sur la bonne interprétation du paragraphe 113(1), le CN ajoute que l'approche d'évaluation de l'Office [TRADUCTION] « élimine l'obligation légale de prouver qu'il y a "des marchandises à transporter" — il suffit à l'expéditeur de présenter une commande de wagons pour qu'il soit irréfutablement réputé avoir des "marchandises" » (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 44).

[42] Toutes ces observations figurant dans le mémoire du CN concernent l'élément essentiel du premier moyen invoqué dans l'avis d'appel. Elles confirment que nous

statutory interpretation, which is a question of law that this Court can entertain under subsection 41(1) of the Act.

[43] The issue of statutory interpretation raised by the first ground of appeal is very much like the question at issue before this Court in *CN 2010*, above and *CN 2008*, above, namely what matters fall into certain defined terms in the Act, triggering the revenue cap in the Act. In considering the evaluation approach and in raising the question whether the approach is consistent with the Act, this case is also very much like *Dreyfus*. All of these cases passed muster under subsection 41(1) of the Act.

[44] Overall, I find that the first ground of appeal raises a question of law that can be appealed to this Court under subsection 41(1) of the Act.

[45] The second ground of appeal complains that the Agency “applied the wrong legal test” in determining whether CN had breached its level of service obligations by “treating unfulfilled car order requests in a given week as constituting cumulative ‘traffic offered for carriage’ under [subsection 113(1) of] the Act in subsequent weeks, months and years”. Although this ground refers to “legal test” and “the Act”, it is still incumbent on us to construe the originating document, here the notice of appeal, to gain “a realistic appreciation” of the appeal’s “essential character”: see paragraph 29 above.

[46] This ground of appeal is best understood by viewing it in light of what CN argues in its memorandum of fact and law and in light of what the Agency decided. When this is done, we see that the second ground of appeal raises an issue of statutory interpretation. CN and the Agency have contrasting views about how to go about analyzing cases under subsection 113(1), views based on a different interpretation of subsection 113(1):

sommes en présence d’une question d’interprétation des lois, c’est-à-dire d’une question de droit sur laquelle la Cour peut statuer en vertu du paragraphe 41(1) de la Loi.

[43] La question d’interprétation des lois soulevée par le premier moyen d’appel est très semblable à la question qui avait été soumise à la Cour à l’occasion des affaires *CN 2010* et *CN 2008*, précitées, à savoir : quels sont les éléments qui relèvent de certains mots définis dans la Loi et doivent donc entrer dans le calcul du plafond de revenus prévu par la Loi? Eu égard à l’approche d’évaluation et à la question de savoir si cette approche est conforme à la Loi, la présente affaire est aussi très semblable à l’affaire *Dreyfus*. Or, toute cette jurisprudence a répondu au critère du paragraphe 41(1) de la Loi.

[44] Tout compte fait, je suis d’avis que le premier moyen d’appel soulève une question de droit qui peut faire l’objet d’un appel devant notre Cour en vertu du paragraphe 41(1) de la Loi.

[45] Par son deuxième moyen d’appel, le CN fait grief à l’Office d’avoir [TRADUCTION] « appliqué un critère juridique erroné » à la question de savoir s’il avait manqué à ses obligations quant au niveau de service [TRADUCTION] « en considérant les commandes de wagons non satisfaites au cours d’une semaine donnée comme des “marchandises à transporter” accumulées, visées par le paragraphe 113(1) de la Loi, pour les semaines, mois et années à venir ». Ce moyen d’appel renvoie au « critère juridique » et à la « Loi », mais il nous incombe néanmoins d’interpréter le document introductif d’instance, en l’occurrence l’avis d’appel, afin d’avoir « une idée réaliste » du « caractère essentiel » de l’appel (voir le paragraphe 29 des présents motifs).

[46] Ce moyen d’appel est mieux compris à la lumière de ce que le CN soutient dans son mémoire des faits et du droit et de ce que l’Office a décidé. Au terme d’un tel examen, nous constatons que le second moyen d’appel soulève une question d’interprétation des lois. Le CN et l’Office ont des points de vue divergents sur la manière d’analyser la jurisprudence relevant du paragraphe 113(1) en raison d’une interprétation différente de cette disposition :

- *CN's view.* Subsection 113(1) requires the Agency to assess on a week-by-week basis whether CN is justified for that week in failing to provide enough cars. If non-delivery during a particular week is justified by the circumstances, then any non-delivery of cars in that week is excused and cannot be the basis for a later finding that CN breached its obligations as a carrier under subsection 113(1) of the Act. In the words of the second ground in the notice of appeal, “treating unfulfilled car order requests in a given week” that are justified cannot be regarded “as constituting cumulative ‘traffic offered for carriage’ under [subsection 113(1) of] the Act in subsequent weeks, months and years”. See generally paragraphs 77–95 of CN’s memorandum of fact and law.
- *Agency’s view.* Subsection 113(1) allows the Agency to look at the matter more globally, as it did here, and assess from the available data whether over the entire complaint period CN met its subsection 113(1) obligations. It need not conduct a week-by-week analysis. See generally paragraphs 65–68 of the Agency’s decision.
- *Le point de vue du CN.* Le paragraphe 113(1) oblige l’Office à vérifier de manière hebdomadaire, si le CN est fondé cette semaine-là à ne pas fournir suffisamment de wagons. Si le défaut de livraison de wagons durant une semaine donnée est justifié vu les circonstances, toute absence de livraison de wagons cette semaine-là est justifiée et ne permettra pas de conclure par la suite que le CN a manqué à ses obligations en tant que transporteur au titre du paragraphe 113(1) de la Loi. Pour reprendre les termes du second moyen de l’avis d’appel, [TRADUCTION] « les commandes de wagons non satisfaites au cours d’une semaine donnée », s’il était justifié qu’il n’y ait pas eu de livraison, ne peuvent être considérées « comme des “marchandises à transporter” visées par le paragraphe 113(1) de la Loi, pour les semaines, mois et années à venir ». Voir, de manière générale, les paragraphes 77 à 95 du mémoire des faits et du droit du CN.
- *Le point de vue de l’Office.* Le paragraphe 113(1) permet à l’Office de considérer l’affaire d’une manière plus globale, comme il l’a fait dans la présente affaire, et de rechercher, à partir des données existantes si, au cours de la période entière visée par la plainte, le CN a rempli ses obligations au titre du paragraphe 113(1). L’Office n’est pas tenu de faire une analyse hebdomadaire. Voir, de manière générale, les paragraphes 65 à 68 de la décision de l’Office.

Which view of subsection 113(1) should prevail: the week-to-week approach or the global approach? Fundamentally, this is a question of statutory interpretation, a question of law.

Lequel de ces deux points de vue concernant le paragraphe 113(1) doit l’emporter sur l’autre, l’approche hebdomadaire ou l’approche globale? Fondamentalement, il s’agit d’une question d’interprétation des lois, à savoir une question de droit.

[47] We can glean CN’s view of subsection 113(1)—which varies from the Agency’s view—from its memorandum. CN begins by arguing that the Agency recognized that in certain weeks CN was justified in not delivering all of the cars that Emerson had ordered: CN’s memorandum of fact and law, at paragraph 77. According to CN, if it was justified in failing to deliver

[47] Nous pouvons dégager le point de vue du CN concernant le paragraphe 113(1) — point de vue qui diffère de celui de l’Office — de son mémoire. Le CN commence par faire valoir que l’Office a reconnu que, certaines semaines, le CN était fondé à ne pas livrer tous les wagons qu’Emerson avait commandés (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 77).

a certain portion of car requests at the time the requests were made, by definition it complied with its obligations under the Act: CN's memorandum of fact and law, at paragraph 77.

[48] CN puts this same point a different way. It says that under the Act a railway's obligation to move traffic is triggered when presented with traffic for carriage: CN's memorandum of fact and law, at paragraph 80. Then, once traffic for carriage is presented, the railway either moves the traffic or does not. If the railway fails to deliver the traffic, the Agency's task is to determine whether the railway's failure was justified as of the time of the request: CN's memorandum of fact and law, at paragraph 82. If it was justified, then under subsection 113(1) the railway has offered the requisite level of service: CN's memorandum of fact and law, at paragraph 86.

[49] Given that there were numerous crop weeks where CN was absolved of its obligation to deliver cars, "it was not open for the Agency to perfunctorily declare that CN was in breach of its obligation to deliver cars": CN's memorandum of fact and law, at paragraph 94. The Agency reached this conclusion "improperly" and committed an "error of law" by "treating unfulfilled orders as though they continued to represent traffic offered for carriage within the meaning of ss. 113(1)(a)": CN's memorandum of fact and law, at paragraph 95.

[50] As mentioned above, our task is to gain "a realistic appreciation" of the appeal's "essential character". When the second ground in the notice of appeal is read together with CN's memorandum of fact and law, it becomes evident that CN is taking issue with how the Agency read and applied the statute.

[51] This is not a case where the Agency and CN have a common view of how the statutory provision, subsection 113(1), should be read and CN merely takes issue with the way the Agency has applied it to the facts of the

Selon le CN, s'il était fondé à ne pas répondre à toutes les commandes de wagons au moment où les commandes étaient passées, par définition, il se conformait à ses obligations en vertu de la Loi (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 77).

[48] Le CN expose ce même point d'une manière différente. Il dit que, selon la Loi, l'obligation d'une compagnie de chemin de fer de transporter des marchandises prend naissance quand des marchandises à transporter lui sont présentées (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 80). Puis, une fois que lui sont présentées les marchandises à transporter, le chemin de fer les transporte, ou non. Si le chemin de fer ne livre pas les marchandises, la mission de l'Office est de déterminer si le manquement du chemin de fer était justifié à la date de la commande (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 82). Si le manquement était justifié, le chemin de fer a offert le niveau de service requis conformément au paragraphe 113(1) (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 86).

[49] Étant donné qu'il y a eu de nombreuses semaines de récoltes où le CN a été déchargé de son obligation de livrer des wagons, [TRADUCTION] « il n'était pas loisible à l'Office de déclarer laconiquement que le CN avait manqué à son obligation de livrer des wagons » (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 94). L'Office a tiré cette conclusion [TRADUCTION] « irrégulièrement » et a commis une « erreur de droit » en « considérant les commandes non satisfaites comme des marchandises à transporter au sens de l'alinéa 113(1)a » (mémoire des faits et du droit du CN, au paragraphe 95).

[50] Comme on l'a vu, notre mission est d'avoir « une idée réaliste » du « caractère essentiel » de l'appel. Quand le second moyen énoncé dans l'avis d'appel est lu de concert avec le mémoire des faits et du droit du CN, il devient évident que le CN attaque la manière dont l'Office a lu et appliqué le texte législatif.

[51] Il ne s'agit pas d'une affaire où l'Office et le CN partagent le même point de vue sur la manière dont la disposition, à savoir le paragraphe 113(1), devrait être lue, et où le CN attaque simplement la manière dont

case. That would be a question of mixed fact and law where the facts drive the answer.

[52] Rather, this is a case where the Agency and CN have a different view on how subsection 113(1) is to be read. In my view, the second ground set out in the notice of appeal raises an extricable question of law sufficient for an appeal under subsection 41(1) of the Act.

[53] Before leaving this issue, I wish to offer some further guidance for future cases concerning subsection 41(1) of the Act, guidance that may be useful for similarly worded sections.

[54] This is a relatively close case under subsection 41(1). As mentioned, in determining whether we have jurisdiction in the face of a jurisdiction-limiting provision like subsection 41(1) we must examine the essential character of a notice of appeal with the assistance of the appellant's memorandum and, like all pleadings, construe it generously with due allowance for infelicities in wording. But there are limits to the Court's examination and its generosity. In this case, those limits were almost reached.

[55] Drafters of notices of appeal are now on notice. When the grounds of appeal are drafted in the form of questions of mixed fact and law, the Court may well conclude that there is no question of law or jurisdiction in the appeal and dismiss it. This is especially so where the questions of mixed fact and law are presented in a heavily fact-laden way. Instead, drafters should identify with clarity and precision the questions of law or of jurisdiction, including any extricable questions of law or legal principle, and explain how these emerge from the decision below. While the Court may look to the appellant's memorandum of fact and law to construe the notice of appeal, the notice of appeal, as the originating document, remains the primary focus of the Court and must be carefully drawn.

l'Office l'a appliquée aux faits. Si cela avait été le cas, on aurait été en présence d'une question mélangée de fait et de droit où les faits auraient dicté la solution.

[52] Il s'agit au contraire d'une affaire où l'Office et le CN ont des opinions différentes sur la manière dont le paragraphe 113(1) doit être interprété. Selon moi, le deuxième moyen exposé dans l'avis d'appel soulève une question de droit isolable susceptible d'appel au titre du paragraphe 41(1) de la Loi.

[53] Avant de terminer avec cette question, je voudrais formuler des éléments de réflexion qui seront utiles dans les affaires futures où sera en cause le paragraphe 41(1) de la Loi, éléments qui pourront être utiles à l'interprétation de dispositions similaires.

[54] L'affaire qui nous occupe est un cas limite pour l'application du paragraphe 41(1). Comme je l'ai déjà mentionné, pour savoir si nous avons compétence malgré la présence d'une disposition restrictive comme le paragraphe 41(1), nous devons examiner le caractère essentiel de l'avis d'appel en recourant au mémoire de l'appelant et l'interpréter de manière large eu égard aux maladroites de rédaction, comme tous les actes de procédure. L'examen de la Cour et sa largesse connaissent toutefois des limites, qui sont presque atteintes en l'espèce.

[55] Les rédacteurs d'avis d'appel sont maintenant avertis. Quand les moyens d'appel sont rédigés sous la forme de questions mélangées de fait et de droit, la Cour pourrait conclure que nulle question de droit ou de compétence n'est soulevée dans l'appel et rejeter celui-ci, notamment lorsque les questions mélangées de fait et de droit sont présentées d'une manière nettement axée sur les faits. Les rédacteurs doivent plutôt cerner avec clarté et précision les questions de droit ou de compétence, y compris les questions de droit ou principes juridiques isolables, et expliquer pourquoi la décision du tribunal d'instance inférieure donne lieu à ces questions ou principes de droit. La Cour peut tenir compte du mémoire des faits et du droit de l'appelant pour interpréter l'avis d'appel, mais l'examen de la Cour porte principalement sur le document introductif d'instance, à savoir sur l'avis d'appel, qui doit être soigneusement rédigé.

[56] These observations have ramifications for motions for leave to appeal under provisions like subsection 41(1). When the Court grants leave to appeal, it has not decided the subsection 41(1) issue; for one thing, in granting leave the Court may have considered the issue of jurisdiction to be uncertain but fairly arguable: *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2003 FCA 271, [2003] 4 F.C. 558, at paragraph 17. Despite the granting of leave, the subsection 41(1) issue remains live during the appeal and the Court must dismiss any appeal over which it does not have jurisdiction.

[57] This being said, those of the view that this Court has no jurisdiction under subsection 41(1) should forcefully argue the point at the leave stage and, where possible, this Court should determine it. Increasingly, courts must conserve scarce judicial resources and adopt a new, more efficient litigation culture: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87. Appeals or issues in appeals that cannot be entertained by this Court should not be allowed to meander through to a merits hearing. Instead, at the earliest opportunity, they should be stopped in their tracks. The guidance given by these reasons to drafters of notices of appeal applies equally to drafters of notices of motion for leave to appeal.

#### B. Analysis of the merits of the appeal

[58] As mentioned above, subsection 113(1) of the *Canada Transportation Act* imposes certain obligations upon a railway company once there is “traffic offered [to the railway company] for carriage” within the meaning of the subsection. Subsection 113(1) provides as follows:

##### Accommodation for traffic

**113 (1)** A railway company shall, according to its powers, in respect of a railway owned or operated by it,

[56] Ces observations ont des conséquences en matière de requêtes en autorisation d’interjeter appel qui sont présentées en vertu de dispositions telles que le paragraphe 41(1). Quand la Cour accorde l’autorisation d’interjeter appel, elle n’a pas tranché la question soulevée au paragraphe 41(1); en effet, lorsqu’elle accorde l’autorisation, la Cour peut avoir estimé que la question de la compétence était incertaine, mais raisonnablement défendable (*Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Office des transports)*, 2003 CAF 271, [2003] 4 C.F. 558, au paragraphe 17). Malgré l’autorisation d’interjeter appel, la question soulevée au paragraphe 41(1) resta posée durant l’appel, et la Cour doit rejeter tout appel à l’égard duquel elle n’a pas compétence.

[57] Cela dit, ceux qui sont d’avis que la Cour n’a pas compétence aux termes du paragraphe 41(1) doivent discuter ce point avec vigueur au stade de la demande d’autorisation d’interjeter appel et, lorsque cela est possible, la Cour doit alors trancher. Les juges doivent de plus en plus s’efforcer de conserver des ressources judiciaires limitées et adopter une culture du contentieux qui soit novatrice et efficace (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87). Les appels ou les points litigieux en appel qui ne sont pas du ressort de notre Cour ne doivent pas pouvoir se frayer un chemin jusqu’à une audience sur le fond. À la première occasion, ils doivent plutôt être stoppés dans leur élan. Les éléments de réflexion proposés dans les présents motifs aux rédacteurs d’avis d’appel valent aussi pour les rédacteurs d’avis de requête en autorisation d’interjeter appel.

#### B. Analyse du fond de l’appel

[58] Comme je l’ai déjà signalé, le paragraphe 113(1) de la *Loi sur les transports au Canada* impose certaines obligations à la compagnie de chemin de fer lorsque des « marchandises à transporter », au sens de ce paragraphe, lui sont remises. Le paragraphe 113(1) est ainsi rédigé :

##### Acheminement du trafic

**113 (1)** Chaque compagnie de chemin de fer, dans le cadre de ses attributions, relativement au chemin de fer qui lui appartient ou qu’elle exploite :

(a) furnish, at the point of origin, at the point of junction of the railway with another railway, and at all points of stopping established for that purpose, adequate and suitable accommodation for the receiving and loading of all traffic offered for carriage on the railway;

(b) furnish adequate and suitable accommodation for the carriage, unloading and delivering of the traffic;

(c) without delay, and with due care and diligence, receive, carry and deliver the traffic;

(d) furnish and use all proper appliances, accommodation and means necessary for receiving, loading, carrying, unloading and delivering the traffic; and

(e) furnish any other service incidental to transportation that is customary or usual in connection with the business of a railway company.

a) fournit, au point d'origine de son chemin de fer et au point de raccordement avec d'autres, et à tous les points d'arrêt établis à cette fin, des installations convenables pour la réception et le chargement des marchandises à transporter par chemin de fer;

b) fournit les installations convenables pour le transport, le déchargement et la livraison des marchandises;

c) reçoit, transporte et livre ces marchandises sans délai et avec le soin et la diligence voulus;

d) fournit et utilise tous les appareils, toutes les installations et tous les moyens nécessaires à la réception, au chargement, au transport, au déchargement et à la livraison de ces marchandises;

e) fournit les autres services normalement liés à l'exploitation d'un service de transport par une compagnie de chemin de fer.

[59] The parties agree that this Court should review the Agency's interpretation of subsection 113(1) of the Act on the basis of the standard of reasonableness. The parties' agreement does not bind us: *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152. But on the current state of the authorities I agree that the standard of review is reasonableness.

[59] Il n'est pas controversé entre les parties que notre Cour doit examiner l'interprétation du paragraphe 113(1) de la Loi par l'Office selon la norme de la décision raisonnable. L'accord des parties sur ce point ne lie pas la Cour (*Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152). Toutefois, compte tenu de la jurisprudence actuelle, je conclus, en effet, que la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer est celle de la décision raisonnable.

[60] Reasonableness is presumed to be the standard of review of administrative decision makers' interpretations of provisions in "[their] own [legislation] or [legislation] closely connected to [their] function, with which [they have] particular familiarity", i.e., their home statute: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 34; *Dunsmuir*, above, at paragraph 54. This presumption applies even where Parliament has enacted full, unrestricted rights of appeal: *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293.

[60] On présume que la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle devant s'appliquer aux interprétations que donne un décideur administratif aux dispositions de « "sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie" » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 34; *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 54). Cette présomption joue même lorsque le législateur a prévu des droits d'appel sans restrictions (*Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293).

[61] Subsection 113(1), interpreted and applied by the Agency in this case, is in the Agency's home statute

[61] Le paragraphe 113(1), qui a été interprété et appliqué par l'Office dans la présente affaire, se trouve

and so the presumption applies. It stands un rebutted. Therefore, the Agency's interpretation and application of subsection 113(1) will be reviewed on the basis of reasonableness.

[62] By way of confirmation, I note that this Court has adopted the reasonableness standard in a number of similar cases involving similar issues before the Agency: see the cases mentioned in paragraph 26 above.

[63] Now to reasonableness review of the Agency's decision. Some go about this by forming a view as to what the administrative decision-maker should have decided on the merits, pasting paragraph 47 of *Dunsmuir* into their reasons—whether the outcome reached by the Agency falls within the range of “acceptability” and “defensibility” on the facts and the law and whether there is “justification”, “transparency” and “intelligibility”—and then tossing these labels around to support their conclusion. Some call this disguised correctness.

[64] Others avoid the sin of disguised correctness but still fall short. They understand that disguised correctness is not genuine reasonableness review. But too often, even in complicated cases that demand a more fulsome treatment, they do not go much beyond asserting conclusions, rather than demonstrating in a substantive way how the administrative decision does or does not accord with the concept of reasonableness.

[65] If reasonableness review is to be legitimate and if it is to appear to be legitimate, it must be conducted in a neutral, substantively rigorous, intellectually honest way, drawing upon the doctrine and sensitive to “the qualities that make [an administrative decision] reasonable”: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47. To try to do just that, our Court has developed and followed some approaches to reasonableness: see, e.g., *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R.

dans la loi constitutive de l'Office, et la présomption joue donc. Elle n'a pas été réfutée. Par conséquent, la manière dont l'Office a interprété et appliqué le paragraphe 113(1) sera examinée selon la norme de la décision raisonnable.

[62] A titre confirmatif, je note que la Cour a retenu la norme de la décision raisonnable dans plusieurs affaires similaires où l'Office était saisi de questions semblables (voir les précédents mentionnés au paragraphe 26 des présents motifs).

[63] Passons maintenant à l'examen de la décision de l'Office au regard de la norme de la décision raisonnable. D'aucuns discutent cette question en avançant une opinion sur la décision qu'aurait dû rendre sur le fond le décideur administratif, en reprenant tel quel le paragraphe 47 de l'arrêt *Dunsmuir* dans leurs motifs. La conclusion à laquelle est arrivé l'Office tombe-t-elle dans l'éventail des conclusions « acceptables » et « défendables » au regard des faits et du droit? Est-elle « justifiable », « transparente » et « intelligible »? Ils parsèment ensuite leur conclusion de ces mots afin de l'appuyer. D'aucuns y voient un examen selon la norme de la décision correcte, mais déguisé.

[64] D'autres évitent l'écueil de l'examen selon la norme de la décision correcte déguisé, mais il leur reste du chemin à faire. Ils comprennent que cet examen déguisé ne constitue pas véritablement un examen selon la norme de la décision raisonnable, mais, trop souvent, même dans les cas compliqués qui appellent un examen plus approfondi, ils se contentent d'énoncer des conclusions au lieu de démontrer véritablement pourquoi la décision administrative est ou n'est pas raisonnable.

[65] Si un examen effectué en fonction de la norme de la décision raisonnable doit être légitime et s'il doit paraître légitime, il doit être mené de manière impartiale, totalement rigoureuse et intellectuellement honnête, conformément à la doctrine et eu égard aux « attributs de la raisonnabilité [de la décision] » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). Ainsi, la Cour a construit et suivi certaines approches permettant de déterminer si une décision est, ou non, raisonnable (voir, par exemple, *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117;

121; and see Professor Paul Daly, “Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness” (online: <https://ssrn.com/abstract=2821099>) (forthcoming, McGill L.J. [now available (2016), 2 *McGill L.J.* 527]). And in doing this—far from freestyling on the matter—this Court has followed the Supreme Court’s pronouncements, attentive to the signals it gives.

[66] What are the pronouncements and signals? In some cases, the Supreme Court tells us that an administrative decision maker’s ambit for decision-making on a particular question is not “one specific, particular result” but rather is a “range of reasonable outcomes” or a “margin of appreciation”, a range or margin that can be quite broad or narrow depending on the circumstances: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraph 38. In other cases, the Supreme Court tells us that reasonableness “takes its colour from the context” and must be “assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors”: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraph 18; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at paragraph 22; and many, many others. In other words, certain circumstances, considerations and factors in particular cases influence how we go about assessing the acceptability and defensibility of administrative decisions: *Catalyst*, at paragraph 18; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, at paragraph 54; *Halifax*, above, at paragraph 44; see also *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006, at paragraphs 88–99.

[67] Looking at this from the perspective of reviewing courts, if the circumstances, considerations and

*Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150; et voir l’article du professeur Paul Daly intitulé « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (en ligne : <https://ssrn.com/abstract=2821099>) (à venir, McGill L.J. [maintenant disponible (2016), 2 *McGill L.J.* 527])). Ce faisant, loin d’être un électron libre en la matière, notre Cour a suivi les enseignements de la Cour suprême en restant attentive aux signaux qu’elle envoie.

[66] Quels sont ces enseignements et signaux? À l’occasion de certaines affaires, la Cour suprême nous a dit que le pouvoir décisionnel d’un décideur administratif sur une question particulière ne donne pas lieu à « une seule solution précise », mais plutôt à un éventail d’« issues raisonnables possibles » ou permet une « marge de manœuvre », laquelle peut être passablement importante ou étroite selon les circonstances (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 38). Dans d’autres, la Cour suprême nous dit que le caractère raisonnable de la décision « constitue une norme unique qui s’adapte au contexte » et qu’il « s’apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l’ensemble des facteurs pertinents » (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, au paragraphe 18; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59; *Wilson c. Énergie atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, au paragraphe 22; etc.) En d’autres termes, certaines circonstances, considérations et facteurs présents dans telle ou telle affaire influent sur notre manière d’apprécier dans quelle mesure une décision administrative est acceptable et défendable (*Catalyst*, au paragraphe 18; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, au paragraphe 54; *Halifax*, précité, au paragraphe 44; voir aussi *Canada (Ministre des Transports, de l’Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006, aux paragraphes 88 à 99).

[67] Si l’on considère les choses du point de vue des cours réformatrices, quand les circonstances,

factors differ from case to case, how reviewing courts go about measuring acceptability and defensibility will differ from case to case; in other words, reasonableness will “take its colour from the context” of the case. Looking at this from the perspective of administrative decision makers, as a practical matter some in some contexts seem to be given more leeway or a broader “margin of appreciation” than others in other contexts.

[68] In some of its cases, this Court has tried to identify the circumstances, considerations and factors that can affect the outcome of reasonableness review. Sometimes other appellate courts have joined this effort: see, e.g., *Mills v. Ontario (Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71, at paragraph 22.

[69] In this case, what is the context from which reasonableness takes its colour? What circumstances, considerations or factors affect reasonableness review?

[70] One important factor is the existence of a binding judicial pronouncement concerning subsection 113(1) of the Act. Unless the administrative decision maker, here the Agency, can distinguish the precedent in some reasonable way, it constrains the interpretive options available to the Agency and affects our evaluation of reasonableness: *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 444 N.R. 120, at paragraphs 13–14; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201, at paragraphs 37–50; *Farwaha*, above, at paragraph 95.

[71] In this case, the binding judicial pronouncement is a decades-old decision of the Supreme Court. It stands for the proposition that when interpreting and applying subsection 113(1), the Agency must assess the reasonableness of the parties’ conduct in light of the facts disclosed by the evidentiary record:

considérations et facteurs diffèrent d’une affaire à l’autre, la manière dont elles s’y prennent pour mesurer le caractère acceptable et défendable d’une décision varie; en d’autres termes, le caractère raisonnable d’une décision « est tributaire du contexte » de l’affaire. Si l’on considère maintenant les choses du point de vue des décideurs administratifs, en pratique, certains semblent bénéficier dans certains contextes d’une latitude plus grande ou d’une « marge d’appréciation » plus étendue que d’autres dans d’autres contextes.

[68] Dans certaines affaires dont elle a été saisie, la Cour a tenté de définir les circonstances, considérations et facteurs qui peuvent influencer sur l’issue d’un examen effectué selon la norme de la décision raisonnable. D’autres juridictions d’appel ont à l’occasion contribué à cette recherche (voir, par exemple, *Mills v. Ontario (Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71, au paragraphe 22).

[69] En l’espèce, quel est le contexte dont est tributaire le caractère raisonnable de la décision? Quelles circonstances, quelles considérations ou quels facteurs influent sur le contrôle effectué au regard de la norme de la décision raisonnable?

[70] Un important facteur est l’existence d’une jurisprudence obligatoire concernant le paragraphe 113(1) de la Loi. À moins que le décideur administratif, en l’occurrence l’Office, ne soit en mesure d’écarter l’application d’une telle jurisprudence d’une manière qui paraisse raisonnable, elle restreint les options d’interprétation qui s’offrent à l’Office et influe sur notre évaluation du caractère raisonnable de la décision (*Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75, aux paragraphes 13 et 14; *Canada (Procureur général) c. Abraham*, 2012 CAF 266, aux paragraphes 37 à 50; *Farwaha*, précité, au paragraphe 95).

[71] En l’espèce, la jurisprudence qui doit être suivie est un arrêt de la Cour suprême qui remonte à plusieurs décennies. Cet arrêt enseigne que, lorsqu’il interprète et applique le paragraphe 113(1), l’Office doit rechercher si, à la lumière des faits révélés par le dossier, la conduite des parties a été raisonnable :

Apart from statute, undertaking a public carrier service as an economic enterprise by a private agency is done on the assumption that, with no fault on the agency's part, normal means will be available to the performance of its duty. That duty is permeated with reasonableness in all aspects of what is undertaken ... and it is that duty which furnishes the background for the general language of the statute. The qualification of reasonableness is exhibited in one aspect of the matter of the present complaint, the furnishing of facilities: a railway, for example, is not bound to furnish cars at all times sufficient to meet all demands; [all they must do is provide] a reasonable service. Saving any express or special statutory obligation, that characteristic extends to the carrier's entire activity. Under that scope of duty a carrier subject to the Act is placed.

....The duty being one of reasonableness how each situation is to be met depends upon its total circumstances. The carrier must, in all respects, take reasonable steps to maintain its public function; [its obligation] must be determined by what the railway, in the light of its knowledge of the facts, as, in other words, they reasonably appear to it, has effectively done or can effectively do to meet and resolve the situation.

(*Patchett*, above, at pages 274–275). In developing acceptable and defensible jurisprudence concerning subsection 113(1) of the Act, the Agency must work within the standards set by *Patchett*.

[72] Another context colouring reasonableness review in this case is the nature of the Agency's decision and the nature of the Act. The Agency's decision lies at the very bullseye of its regulatory know-how and mandate, the very reason why Parliament has vested the Agency with jurisdiction over the merits of cases like this and has left us with just a reviewing role.

[73] When the Agency interprets subsection 113(1), it legitimately draws upon its regulatory experience, its knowledge of the industry and its expertise in the transportation sector, guided by the standards set by

[TRADUCTION] Indépendamment de la loi, il est tenu pour acquis que, lorsqu'une entreprise privée assure un service de transport public à titre d'entreprise commerciale, si elle-même n'est pas en faute, elle dispose des moyens normaux pour remplir ses obligations. Sous tous leurs aspects, les engagements pris par le transporteur ne l'obligent que dans la mesure du raisonnable [...]. Ces obligations constituent les éléments de base des dispositions générales de la loi. Cette réserve concernant les conditions raisonnables s'applique à l'un des aspects de la question qui fait l'objet de la présente plainte, soit la disponibilité des installations et du matériel. Par exemple, un chemin de fer n'est pas tenu d'avoir en tout temps suffisamment de wagons pour satisfaire à la demande; [tout ce qu'il doit faire, c'est fournir] un service raisonnable. Sauf en cas de disposition expresse ou d'obligation légale, ces conditions s'appliquent à toute l'activité du transporteur. Tel est le champ d'obligations dans lequel se trouve placé le transporteur qui relève de la loi.

[...] L'obligation étant celle d'agir raisonnablement, la manière dont chaque situation doit être gérée dépend de l'ensemble des circonstances. Le transporteur doit, à tous égards, prendre des mesures raisonnables pour préserver sa fonction publique; [son obligation] doit être déterminée en fonction de ce que le chemin de fer, à la lumière de sa connaissance des faits — à savoir selon la compréhension qu'il peut raisonnablement avoir de ceux-ci —, a en fait accompli ou peut en fait accomplir pour composer avec la situation et y remédier.

(*Patchett*, précité, aux pages 274 et 275). Pour construire une jurisprudence acceptable et défendable concernant le paragraphe 113(1) de la Loi, l'Office doit respecter les normes fixées par la jurisprudence *Patchett*.

[72] Un autre contexte dont est tributaire en l'espèce l'examen effectué au regard de la norme de la décision raisonnable est la nature de la décision de l'Office et la nature de la Loi. L'Office a rendu une décision qui relève à tous égards de son savoir-faire réglementaire et de sa mission, et c'est la raison même pour laquelle le législateur lui a conféré la compétence de juger au fond les affaires comme celle qui nous occupe et nous a réservé un simple rôle d'examen.

[73] Quand l'Office interprète le paragraphe 113(1), il puise légitimement dans son expérience en matière de réglementation, dans sa connaissance de l'industrie et dans sa compréhension du secteur des transports, en

*Patchett*, above. Provided the Agency adopts a defensible interpretation of subsection 113(1) and a defensible methodology or test for determining reasonable conduct, and provided it applies these things in a manner that is alert and responsive to the evidence before it, this Court must refrain from second-guessing. The reasonableness of the parties' conduct based on the particular facts disclosed by the evidentiary record—the factually suffused merits of the case—is a matter very much within the ken of the Agency, not us. See, by way of illustration and analogy, *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449, at pages 1347–1348 and *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at paragraph 104.

[74] What did the Agency do in this case? First, it applied a test—which it calls an “[e]valuation [a]pproach” (at paragraph 10).

[75] Under this evaluation approach, the Agency asked itself three questions (at paragraph 10):

1. Is the shipper's request for service reasonable?
2. Did the railway company fulfil this request?
3. If not, are there reasons which could justify the service failure?
  1. If there is a reasonable justification, then the Agency will find that the railway company has met its service obligations;
  2. If there is no reasonable justification, then the Agency will find that there has been a breach of the railway company's service obligations and will look to the question of remedy.

[76] CN submits that the Agency's “evaluation approach” is unreasonable: see CN's memorandum of fact and law, at paragraphs 22 and 25. I disagree.

se fondant sur les normes établies par la jurisprudence *Patchett*, précitée. Dans la mesure où l'Office retient une interprétation défendable du paragraphe 113(1) et une méthode ou un critère défendable pour déterminer s'il y a eu ou non conduite raisonnable, et dans la mesure où le fait en prêtant dûment attention aux éléments de preuve qui lui ont été produits, la Cour doit s'abstenir de remettre en question sa décision. La question du caractère raisonnable de la conduite des parties, évaluée au regard des faits ressortant des preuves — le bien-fondé de l'affaire eu égard aux faits —, est une question qui relève de l'expertise de l'Office, et non de la nôtre. Voir, à titre d'illustration et par analogie, *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, aux pages 1347 et 1348, et *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, au paragraphe 104.

[74] Qu'a fait l'Office en l'espèce? Premièrement, il a appliqué un critère — l'« approche d'évaluation », pour reprendre ses termes (au paragraphe 10).

[75] Selon cette approche d'appréciation, l'Office a posé trois questions (au paragraphe 10) :

1. La demande de services de l'expéditeur est-elle raisonnable?
2. La compagnie de chemin de fer a-t-elle répondu à cette demande?
3. Dans la négative, y a-t-il des raisons qui pourraient justifier le manquement à une obligation de services?
  - (a) S'il existe une justification raisonnable, l'Office déterminera que la compagnie de chemin de fer n'a pas manqué à ses obligations relatives au niveau de services;
  - (b) S'il n'existe aucune justification raisonnable, l'Office déterminera que la compagnie de chemin de fer a manqué à ses obligations en matière de niveau de services et il examine les recours possibles.

[76] Le CN soutient que l'« approche d'évaluation » de l'Office est déraisonnable (voir le mémoire des faits et du droit du CN, aux paragraphes 22 et 25). Je rejette cette thèse.

[77] The Agency’s evaluation approach is reasonable. It is a practical, useable test that captures both the essence of and much of the detail in subsection 113(1) of the Act. Far from imposing impossible burdens upon carriers like CN, as CN suggests, it suitably reflects the Supreme Court’s holding in *Patchett* that the carrier’s duty “is permeated with reasonableness in all aspects of what is undertaken” [at page 274]. Take, for example, the centrality of reasonableness in the first question—whether the shipper’s request for service is reasonable. In my view, CN’s real concern is not so much with the evaluation approach, but rather with the manner in which the Agency has applied it to the evidence in this case.

[78] In following the evaluation approach, the Agency must be careful. The evaluation approach is just a practical and general test or methodology for analyzing and applying the standards set out in subsection 113(1) of the Act. It is not the wording of subsection 113(1) itself. The meaning of the wording always governs, not the tests or methodologies the Agency has fashioned in its jurisprudence. Therefore, if a party wishes to submit before the Agency in a particular case that subsection 113(1) requires that the evaluation approach needs to be tweaked, modified, followed or applied differently, the Agency must consider the submission in an open-minded way.

[79] The first question under the evaluation approach—whether the shipper’s request for service is reasonable—reflects the Agency’s view that only *bona fide*, reasonable requests by shippers for traffic on the railway can meet the requirement in subsection 113(1) of the Act that there be “traffic offered for carriage on the railway”. For example, the railway company’s obligations under subsection 113(1) are not triggered by groundless, outlandish requests.

[77] L’approche d’évaluation retenue par l’Office est raisonnable. Elle propose un critère pratique et utilisable qui rend compte à la fois de l’essence du paragraphe 113(1) de la Loi et d’une bonne partie des détails qu’il renferme. Loin d’imposer un fardeau impossible à des transporteurs comme le CN, ce que le CN soutient, cette approche d’évaluation traduit adéquatement l’enseignement de la Cour suprême professé à l’occasion de l’affaire *Patchett* : [TRADUCTION] « [s]ous tous leurs aspects, les engagements pris par le transporteur ne l’obligent que dans la mesure du raisonnable » [à la page 274]. Prenons, par exemple, l’importance du caractère raisonnable dans la première question (la demande de services de l’expéditeur est-elle raisonnable?). Selon moi, la véritable préoccupation du CN ne concerne pas tant l’approche d’évaluation que la manière dont l’Office a appliqué cette approche aux preuves produites.

[78] L’Office doit se montrer prudent lorsqu’il recourt à l’approche d’évaluation. Cette approche n’est qu’un critère ou une méthode pratique et générale utile pour l’analyse et l’application des normes énoncées au paragraphe 113(1) de la Loi. Elle ne reprend pas le libellé du paragraphe 113(1). Or, c’est le sens du libellé qui prime toujours, et non les critères ou méthodes que l’Office a construits dans sa jurisprudence. Par conséquent, si, dans une affaire donnée, une partie souhaite soutenir devant l’Office que, selon le paragraphe 113(1), l’approche d’évaluation doit être ajustée, modifiée, suivie ou appliquée différemment, l’Office doit examiner la thèse avec un esprit d’ouverture.

[79] La première question posée dans le cadre de l’approche d’évaluation (la demande de services de l’expéditeur est-elle raisonnable?) traduit l’opinion de l’Office pour qui seules les demandes raisonnables et de bonne foi des expéditeurs pour le transport de marchandises par chemin de fer peuvent répondre à l’exigence du paragraphe 113(1) de la Loi selon laquelle il doit exister des « marchandises à transporter par chemin de fer ». Ainsi, les obligations de la compagnie ferroviaire au titre du paragraphe 113(1) ne sauraient jouer en raison de demandes farfelues ou mal fondées.

[80] In this case, the focus of CN's attack on the Agency's decision is on its handling of this first question. As is shown by its notice of appeal, it says that the Agency was too trusting of Emerson's say-so that it needed railcars. Put another way, the Agency assumed that a request by Emerson satisfied the statutory requirement under subsection 113(1) that there be "traffic offered for carriage".

[81] There are statements in the Agency's reasons that, if plucked out of context and read in isolation, could support CN's attack. For example, at one point in its reasons, the Agency states, without elaboration, that "by placing orders according to CN's policy and ordering system, [Emerson] properly triggered CN's level of service obligations" (at paragraph 27). This bald statement was said in the context of the Agency's finding that Emerson did not have to anticipate and notify CN about the increase in its demand for transportation services that would result from the bumper crop (at paragraph 26).

[82] The real question behind CN's submission is what amount and sort of evidence a shipper like Emerson must bring forward in order to trigger the carrier's obligation to "receive, carry and deliver the traffic". In other words, using the words of the evaluation approach and the *Patchett* standard, what amount and sort of evidence must a shipper bring forward to demonstrate that its request for service was reasonable? This called for an interpretation of subsection 113(1) in light of its text, its context within the legislation, and the purpose of the legislation—the methodology set out in cases such as *Re Rizzo & Rizzo Shoes*, above and *Bell ExpressVu*, above.

[83] The Agency did not explicitly follow the text-context-purpose approach. From the standpoint of clarity, it might have been better had it done so. But the Agency's observations concerning subsection 113(1) and its analysis of how it applies to this case reflect these very matters. It did demonstrate an appreciation of the text, context and purpose of subsection 113(1)

[80] En l'espèce, l'attaque par le CN de la décision de l'Office vise la manière dont l'Office a discuté cette première question. Comme le montre l'avis d'appel, le CN soutient que l'Office faisait trop confiance à Emerson au sujet de son besoin de wagons. Autrement dit, l'Office présumait que les demandes d'Emerson répondaient à l'exigence du paragraphe 113(1) selon laquelle il doit exister des « marchandises à transporter ».

[81] Il y a dans les motifs de l'Office des déclarations qui, sorties de leur contexte et lues isolément, pourraient appuyer l'attaque du CN. Par exemple, l'Office affirme, sans explication, qu'« en passant des commandes conformément à la politique du CN et à son système de commande, [Emerson] a adéquatement déclenché les obligations de CN en matière de niveau de services » (au paragraphe 27). Cette simple affirmation était faite dans le contexte de la conclusion de l'Office selon laquelle Emerson n'était pas tenue de prévoir et de notifier au CN l'accroissement de sa demande de services de transport qui résulterait de la récolte exceptionnelle (au paragraphe 26).

[82] La vraie question sur laquelle repose la thèse du CN est la suivante : quel volume et quel type de preuve un expéditeur comme Emerson doit-il produire pour faire jouer l'obligation du transporteur de « recevoir, transporter et livrer les marchandises »? Pour reprendre les mots de l'approche d'évaluation et la norme de la jurisprudence *Patchett*, quel volume et quel type de preuve un expéditeur doit-il présenter pour démontrer que sa demande de services était raisonnable? Cette question appelait une interprétation du paragraphe 113(1) en tenant compte de son libellé, de l'ensemble de la Loi dont il fait partie intégrante et de son objet. Cette méthode a été exposée dans des arrêts comme *Re Rizzo & Rizzo Shoes* et *Bell ExpressVu*, précités.

[83] L'Office n'a pas explicitement suivi cette approche fondée sur le libellé, le contexte et l'objet. Pour des raisons de clarté, il aurait sans doute mieux été préférable de le faire. Les observations de l'Office concernant le paragraphe 113(1) et son analyse de la manière dont cette disposition s'applique à la présente affaire rendent néanmoins compte de ces considérations.

and it viewed these things—as it must do—through its particular regulatory lens. In examining whether Emerson had demonstrated that its request for service was reasonable, it brought to bear its regulatory experience, its knowledge of the industry, its understanding of how transactions between shippers and their customers come about and are documented, and its overall expertise in the transportation sector. These things are largely beyond the ken of the Court and, thus, are matters on which the Agency is given a wide margin of appreciation.

[84] A specific instance of the Agency drawing upon these things is seen in its ruling concerning the significance that can be drawn merely from the fact that a shipper has requested railcars. It observed that in the context of this industry and its normal practice, a request for railcars by itself is some evidence of the need for carriage or, in the words of the Agency, a request will “generally” (i.e., not always) show that cars are needed for carriage, subject to the consideration of contrary evidence such as “bills for demurrage charges” (at paragraph 28).

[85] The Agency’s reasons on this point grappled with the evidence before it, though not necessarily in a way CN likes, finding that Emerson had adduced enough evidence to prove that its request for service was reasonable.

[86] Thus, I disagree with CN’s submission that the Agency in effect simply accepted Emerson’s say-so about its need for railcars. Nor does the bald statement in paragraph 27 of its reasons—“by placing orders according to CN’s policy and ordering system, [Emerson] properly triggered CN’s level of service obligations”—stand alone.

[87] This is all seen in paragraphs 28–36 of the Agency’s reasons:

L’Office a en effet démontré une compréhension du libellé, du contexte et de l’objet du paragraphe 113(1), et il les a correctement examinés par le prisme réglementaire approprié. Pour rechercher si Emerson avait prouvé que sa demande de services était raisonnable, l’Office s’est appuyé sur son expérience de la réglementation, sur sa connaissance de l’industrie, sur sa compréhension de la manière dont les transactions entre les expéditeurs et leurs clients sont conclues et documentées et, enfin, sur ses connaissances générales du secteur du transport. Ces questions ne sont tout simplement pas du ressort de la Cour et l’Office jouit donc d’une importante marge d’appréciation à leur égard.

[84] Un exemple précis où l’Office s’est fondé sur ces questions est sa décision concernant la signification qu’on peut dégager du simple fait qu’un expéditeur a commandé des wagons. L’Office a fait observer que, dans le contexte de cette industrie et de ses pratiques habituelles, une commande de wagons suffit à établir le besoin de services de transport ou, selon les mots employés par l’Office, une commande montre « en général » (donc pas toujours) que des wagons sont requis pour le transport, sous réserve de preuves contraires, par exemple « des factures pour des droits de stationnement » (au paragraphe 28).

[85] Dans ses motifs sur ce point, l’Office a pris en compte les preuves, mais pas nécessairement de la manière souhaitée par le CN, pour conclure qu’Emerson avait produit des preuves suffisantes pour établir que sa demande de services était raisonnable.

[86] Je rejette donc la thèse du CN selon laquelle l’Office a, en réalité, simplement retenu les dires d’Emerson concernant son besoin de wagons. La simple affirmation, au paragraphe 27 des motifs de l’Office, selon laquelle « en passant des commandes conformément à la politique de CN et à son système de commande, [Emerson] a adéquatement déclenché les obligations de CN en matière de niveau de services », ne doit pas elle non plus être lue isolément.

[87] Je me fonde sur les paragraphes 28 à 36 des motifs de l’Office :

With respect to CN's allegation that [Emerson] should have to provide evidence of actual delivery commitments and arrangements, the Agency considers that demonstrating a reasonable request for service does not require a shipper to strictly document each and every transaction it makes in respect of the acquisition/production and the subsequent sale/use of the goods that shipper intends to ship. In the context of the transportation of grain, demand for rail cars is inextricably linked to demand for grain. Grain shippers order cars because they have grain to move and customers to purchase it. In the absence of any evidence showing that a grain shipper has ordered cars that it was not in a position to load and release to the railway company for carriage, for instance bills for demurrage charges, the Agency will generally conclude that if a commercial grain company orders cars, it is to move grain to market.

As noted above, transportation is a derived demand and the purpose of section 113 of the [Act] needs to be understood in its broadest context....

In the context of the grain industry, considering the manner in which that commodity is traded, it would be unreasonable for the Agency to require a shipper to produce, for each tonne of grain that the shipper intended to ship, the contractual arrangements showing that the grain was purchased and subsequently re-sold. This would render the availability of remedies for a level of service breach contingent on the shipper being in a contractual breach with its business partners.

Evidence of contracts between the grain shipper and its grain suppliers and customers may constitute convincing evidence that the shipper had grain to move in the cars it ordered from the railway company. However, the fact that contracts have not been produced in respect of each car ordered from the railway company will not necessarily mean that the shipper failed to prove a reasonable request. Other elements of evidence may demonstrate to the satisfaction of the Agency that the shipper had grain to move in the cars it ordered from the railway company.

In this case, [Emerson] filed letters from two of its customers complaining about delayed deliveries. [Emerson] also provided copies of its forward sales contracts with producers.

En ce qui a trait à l'allégation de CN selon laquelle [Emerson] aurait dû fournir la preuve des engagements et des mesures concrets de livraison, l'Office considère que, pour démontrer qu'une demande de service est raisonnable, un expéditeur n'a pas à produire une documentation rigoureuse de chaque transaction qu'il fait relativement à l'acquisition ou à la production, puis à la vente ou à l'utilisation subséquente des marchandises que l'expéditeur prévoit expédier. Dans le contexte du transport du grain, la demande de wagons est directement liée à la demande de grain. Les expéditeurs de grain commandent des wagons parce qu'ils ont du grain à transporter et des clients qui achètent ce grain. En l'absence de preuve démontrant qu'un expéditeur de grain a commandé des wagons qu'il n'était pas en mesure de charger ni d'envoyer à la compagnie de chemin de fer pour le transport, par exemple des factures pour des droits de stationnement, l'Office conclura, en général, que si une compagnie céréalière commande des wagons, elle doit acheminer le grain vers le marché.

Comme il est noté précédemment, le transport est une demande dérivée, et l'objet de l'article 113 de la LTC doit être compris dans son contexte le plus vaste [...]

Dans le contexte de l'industrie du grain, compte tenu de la façon dont ces produits sont commercialisés, il serait déraisonnable que l'Office exige qu'un expéditeur produise, pour chaque tonne de grain qu'il prévoit expédier, des contrats démontrant que le grain a été acheté puis revendu. Cela rendrait la disponibilité des recours en cas de manquement aux obligations en matière de niveau de services subordonnée au fait que l'expéditeur soit en rupture de contrat avec ses partenaires d'affaires.

Les contrats entre l'expéditeur et ses fournisseurs de grain et ses clients pourraient constituer des preuves convaincantes que l'expéditeur de grain avait du grain à transporter dans les wagons qu'il a commandés de la compagnie de chemin de fer. Toutefois, le fait que des contrats n'ont pas été produits pour chaque wagon commandé de la compagnie de chemin de fer ne signifie pas nécessairement que l'expéditeur n'a pas réussi à prouver que sa demande était raisonnable. D'autres éléments de preuve pourraient démontrer à la satisfaction de l'Office que l'expéditeur avait bel et bien du grain à transporter dans les wagons qu'il a commandés de la compagnie de chemin de fer.

Dans le cas présent, [Emerson] a déposé des lettres de deux de ses clients qui se plaignent de retards de livraison. [Emerson] a également fourni des copies de ses contrats de ventes à terme avec des producteurs.

Further evidence on the file indicates that at the system level there was a bumper crop in 2013 and that more grain had to be moved than cars supplied. This is consistent with CN's need to ration cars in the first place; the demand for cars exceeded the supply of cars.

The Agency is of the opinion that this shows that the supply of grain existed and that there was a demand for [Emerson's] grain to be delivered. Therefore, [Emerson] had a legitimate demand for grain transportation services.

CN did not provide any evidence that rebutted [Emerson's] evidence. While CN alleges that [Emerson] engaged in "tactical ordering," CN did not provide any evidence to demonstrate that [Emerson] ordered more cars than it actually needed to move the oats available to it for sale to its customers.

The Agency notes that in more than one week during the complaint period, [Emerson] ordered more cars than the capacity of its siding. CN suggests that this indicates that [Emerson] ordered more cars than it required. The Agency is of the opinion that the fact that [Emerson] ordered more cars in a week than can be delivered in a single spot only proves that [Emerson] placed orders that would require CN to serve [Emerson] more than once in the same crop week; it does not prove that [Emerson] ordered more cars than it required given the supply and the demand conditions in the market.

[88] Based on the record before it, including the bumper crop of 2013–2014 and the availability of grain, the Agency concluded (at paragraphs 38–39) that "on a balance of probabilities" Emerson "had a legitimate demand for service" or, in other words, it "would have had grain to ship had it received the cars it ordered." Under subsection 113(1) this triggered CN's obligations. Again, based on the record before it, the Agency concluded that CN did not fulfil its obligations (at paragraphs 40–46). Following the reasoning in its October 3, 2014 *Dreyfus* decision [*Louis Dreyfus Commodities Canada Ltd. v. CN – level of service application*, Letter Decision No. 2014-10-04]—a decision mindful that, as the Supreme Court said in *Patchett*, CN's duty under subsection 113(1) of

De plus, la preuve au dossier indique qu'au niveau systémique, la récolte a été exceptionnelle en 2013 et que le nombre de wagons fournis ne suffisait pas pour la quantité de grain à transporter. Cette situation cadre avec la nécessité de CN de rationner les wagons, car la demande de wagons excédait le nombre de wagons qu'elle pouvait fournir.

L'Office est d'avis que cela prouve que les stocks de grain existaient et qu'il y avait une demande pour que le grain d'[Emerson] soit livré. Par conséquent, la demande de services de transport du grain d'[Emerson] était légitime.

CN n'a fourni aucune preuve qui réfute la preuve [d'Emerson]. CN a allégué qu'[Emerson] avait passé des commandes tactiques. Toutefois, CN n'a pas fourni de preuve pour démontrer qu'[Emerson] avait commandé plus de wagons que ce dont elle avait réellement besoin pour transporter l'avoine à sa disposition et la vendre à ses clients.

L'Office note que durant plus d'une semaine au cours de la période visée par la plainte, [Emerson] a commandé plus de wagons que la capacité de sa voie d'évitement ne le permet. CN laisse entendre que cela indique qu'[Emerson] a commandé plus de wagons que ce dont elle avait besoin. L'Office est d'avis que le fait qu'[Emerson] a commandé plus de wagons au cours d'une semaine que ce qui peut être livré pour un seul placement, cela ne fait que prouver qu'[Emerson] a passé des commandes nécessitant que CN desserve [Emerson] plus d'une fois au cours de la même semaine agricole. Cela ne prouve pas qu'[Emerson] a commandé plus de wagons que nécessaire compte tenu des conditions de l'offre et de la demande du marché.

[88] Se fondant sur le dossier qui lui avait été produit, notamment sur la récolte sans précédent de 2013–2014 et sur la disponibilité du grain, l'Office a conclu (aux paragraphes 38 et 39) que, « selon la prépondérance des probabilités », « la demande de services d'[Emerson] était légitime » ou, autrement dit, qu'Emerson « aurait eu du grain à expédier si elle avait reçu les wagons qu'elle avait commandés ». Selon le paragraphe 113(1), cela faisait naître des obligations pour le CN. Encore une fois, compte tenu du dossier dont il disposait, l'Office a conclu que le CN n'avait pas rempli ses obligations (aux paragraphes 40 à 46). Suivant le raisonnement exposé dans l'arrêt *Dreyfus* qu'il a rendue le 3 octobre 2014 [*Louis Dreyfus Commodities Canada Ltd. c. CN –*

the Act is “permeated with reasonableness in all aspects of what is undertaken” and a decision that this Court upheld as reasonable in *Dreyfus*, above—the Agency found that CN breached its level of service obligations to Emerson during Emerson’s complaint period (at paragraphs 47–75).

[89] I turn now to CN’s submission that the Agency reached an unreasonable result by, as it put it in the second ground of its notice of appeal, “treating unfulfilled car order requests in a given week as constituting cumulative ‘traffic offered for carriage’ under [subsection 113(1) of] the Act in subsequent weeks, months and years”.

[90] At paragraphs 65–68 of its reasons, the Agency found that CN was justified in some delay in delivering cars to Emerson during the complaint period but that CN was not completely relieved of its service obligations concerning the traffic Emerson had offered for carriage. After all, subsection 113(1) of the Act requires a carrier to receive, carry and deliver “all traffic” offered for carriage “without delay.”

[91] The Agency studied CN’s service over the entire complaint period and found that the proportion of cars waybilled to cars ordered decreased over time. Although CN could justify some delay in delivering cars, it could not justify the indefinite delay in service for what turned out to be 40 percent of Emerson’s traffic. In support of this finding, the Agency adopted a particular view of CN’s obligations under the Act and then applied that understanding of the Act to the facts before it (at paragraphs 65–66 and 68):

*demande relative au niveau de services*, Lettre-décision n° 2014-10-3] (qui tient compte du fait que, comme l’écrivait la Cour suprême dans l’arrêt *Patchett*, les engagements du CN aux termes du paragraphe 113(1) de la Loi « ne l’obligent que dans la mesure du raisonnable », que notre Cour a considérée comme raisonnable et donc confirmée par l’arrêt *Dreyfus*, précité), l’Office a conclu que le CN avait manqué à ses obligations en matière de niveau de services envers Emerson au cours de la période visée par la plainte d’Emerson (aux paragraphes 47 à 75).

[89] Je passe maintenant à la thèse du CN selon laquelle l’Office a tiré à une conclusion déraisonnable parce que, ainsi que le fait valoir le CN dans le deuxième moyen mentionné dans son avis d’appel, l’Office a considéré [TRADUCTION] « les commandes de wagons non satisfaites au cours d’une semaine donnée comme des “marchandises à transporter” accumulées, visées par le paragraphe 113(1) de la Loi, pour les semaines, mois et années à venir ».

[90] Aux paragraphes 65 à 68 de ses motifs, l’Office a conclu que le CN avait droit à un certain retard dans la livraison de wagons à Emerson durant la période visée par la plainte, mais qu’il n’était pas totalement libéré de ses obligations de service concernant les marchandises qu’Emerson voulait faire transporter. En effet, le paragraphe 113(1) de la Loi oblige le transporteur à recevoir, transporter et livrer « sans délai » toutes les marchandises à transporter.

[91] L’Office a étudié le service fourni par le CN durant toute la période visée par la plainte et a conclu que la proportion de wagons acheminés avec feuille de route par rapport aux wagons commandés avait diminué au fil du temps. Le CN pouvait justifier un certain retard dans la livraison de wagons, mais il ne pouvait pas justifier le retard d’une durée indéterminée dans son service pour ce qui s’était révélé être 40 p. 100 des marchandises d’Emerson. A l’appui de cette conclusion, l’Office a retenu une interprétation particulière des obligations du CN en vertu de la Loi, puis il a appliqué cette interprétation de la Loi aux faits qui lui avaient été produits (aux paragraphes 65, 66 et 68) :

While the [the fact that a] service request of a given shipper is unexpected or differs from historical patterns may justify some delay in delivering cars ordered, they must nonetheless be delivered and moved by the railway company. The term “without delay” in paragraph 113(1)(c) of the [*Canada Transportation Act*] needs to be interpreted in the context of the specific circumstances of each case. When faced with an unexpected demand for service, especially if the railway company did not have sufficient lead time to react, paragraph 113(1)(c) of the [*Canada Transportation Act*] will be interpreted as providing a railway company a reasonable amount of time to fulfill the service request in question.

However, this does not mean that a railway company can invoke a lack of lead time indefinitely and in all cases. Railway companies must, under the [*Canada Transportation Act*], ensure that they allocate sufficient resources on an ongoing basis, to furnish adequate and suitable accommodation for the carriage, unloading and delivering of the traffic offered for carriage on the railway. The lack of lead time to plan does not nullify a railway company’s obligations to receive, carry and deliver, without delay, the traffic ordered.

...

The Agency finds that the factors led to some delay in delivering cars to [Emerson] during the complaint period; however, CN did not establish a justification for the overall poor level of service it provided to [Emerson] over the complaint period. Specifically ... [Emerson] experienced a pattern of poor service such that CN’s service to EMI deteriorated from the beginning of the complaint period to the point that for four weeks, beginning in Week [REDACTED], [Emerson] received only 49 percent of all the cars it had requested up to that point in time. By the end of the complaint period, CN had not delivered 40 percent of the total number of cars requested by [Emerson] during the complaint period.

From this understanding of the Act and these facts, the Agency concluded that “CN breached its level of service obligations to [Emerson] over the complaint period” (at paragraph 70).

Même si la demande de services de transport de grain d’un expéditeur donné, qui s’avère inattendue ou différente de ses habitudes historiques, peut justifier un certain retard dans la livraison des wagons commandés, les wagons doivent néanmoins être livrés et transportés par la compagnie de chemin de fer. L’expression « sans délai » de l’alinéa 113(1)c) de la [*Loi sur les transports au Canada*] doit être interprétée dans le contexte des circonstances particulières de chaque cas. Devant une demande de services inattendue, surtout si la compagnie de chemin de fer n’a pas eu suffisamment de temps pour réagir, l’alinéa 113(1)c) de la [*Loi sur les transports au Canada*] sera interprété comme s’il fallait fournir à une compagnie de chemin de fer un délai raisonnable pour répondre à la demande de services en question.

Toutefois, cela ne signifie pas qu’une compagnie de chemin de fer peut invoquer indéfiniment et dans tous les cas le manque de temps de réaction. En vertu de la [*Loi sur les transports au Canada*], les compagnies de chemin de fer doivent veiller à attribuer suffisamment de ressources de façon continue, afin de fournir des installations convenables pour le transport, le déchargement et la livraison des marchandises à transporter par chemin de fer. Le manque de temps pour planifier n’annule aucunement les obligations d’une compagnie de chemin de fer de recevoir, d’acheminer et de livrer, sans délai, les marchandises à transporter.

[...]

L’Office conclut que les facteurs ont entraîné quelques retards dans la livraison de wagons à [Emerson] au cours de la période visée par la plainte; toutefois, CN n’a pas justifié le piètre niveau de services global fourni à [Emerson] au cours de la période visée par la plainte. Plus particulièrement, comme le décrit l’étape 2 de l’AÉ ci-dessus, [Emerson] a été exposée à une situation où elle a reçu de mauvais services, de telle sorte que les services de CN envers [Emerson] se sont détériorés du début de la période visée par la plainte jusqu’au point où, pendant quatre semaines, soit à compter de la semaine [SUPPRESSION], [Emerson] n’a reçu que 49 pour cent de l’ensemble des wagons commandés jusqu’à ce moment-là. À la fin de la période visée par la plainte, CN n’avait pas livré 40 pour cent du nombre total de wagons demandés par [Emerson] au cours de la période visée par la plainte.

Se fondant sur cette interprétation de la Loi et sur les faits en question, l’Office a conclu que le « CN a manqué à ses obligations en matière de niveau de services envers [Emerson] au cours de la période visée par la plainte » (au paragraphe 70).

[92] The Agency’s approach to subsection 113(1) was to look at the situation globally, alive to all the circumstances of the case, and to assess overall whether CN had fulfilled its obligations under the Act over a period of time, bearing in mind that, in the words of *Patchett*, those obligations are “permeated with reasonableness”. This approach is supportable on the wording of subsection 113(1) as understood under the *Patchett* standard. The wording of subsection 113(1) does not require the sort of week-by-week examination that CN has urged upon us. A global examination of whether the carrier has fulfilled its obligations may have much to commend it where, as here, cars are being ordered and delivered every week and shortfalls are periodically occurring.

[93] Overall, in this case, the Agency reached factually suffused conclusions founded upon the evidentiary record and readings of subsection 113(1) of the Act consistent with an acceptable interpretation of the provision and the Supreme Court’s decision in *Patchett*. CN has not demonstrated that the Agency’s decision suffers from the sort of indefensible flaw or blatant mischaracterization that struck at the foundation of its decision in *Viterra*, above. For the foregoing reasons, the Agency’s decision in this case is acceptable and defensible on the facts and the law and, thus, reasonable.

#### C. Proposed disposition

[94] I would dismiss the appeal with costs.

GAUTHIER J.A.: I agree.

GLEASON J.A.: I agree.

[92] L’approche retenue par l’Office concernant le paragraphe 113(1) consistait à considérer la situation dans son ensemble, en prêtant attention à toutes les circonstances de l’affaire, et à examiner globalement si le CN avait rempli ses obligations selon la Loi au cours d’une certaine période, en gardant à l’esprit que, pour reprendre les termes de l’arrêt *Patchett*, ces obligations [TRADUCTION] « ne l’oblig[eaient] que dans la mesure du raisonnable ». Cette approche est défendable compte tenu du libellé du paragraphe 113(1) eu égard à la norme énoncée dans l’arrêt *Patchett*. Le libellé du paragraphe 113(1) n’appelle pas le genre d’examen hebdomadaire que le CN nous a pressés d’avaliser. Un examen global de la question de savoir si le transporteur a rempli ses obligations est sans doute des plus louables lorsque, comme en l’espèce, des wagons sont commandés et livrés chaque semaine et que des déficits surviennent périodiquement.

[93] Globalement, l’Office est arrivé à des conclusions factuelles fondées sur la preuve et sur une lecture du paragraphe 113(1) de la Loi qui est compatible avec une interprétation acceptable de la disposition et avec la jurisprudence *Patchett* de la Cour suprême. Le CN n’a pas démontré que la décision de l’Office est entachée d’un vice fatal ou résulte d’une interprétation manifestement erronée pouvant ébranler le fondement de sa jurisprudence *Viterra*, précitée. Pour les motifs susmentionnés, la décision de l’Office dans la présente affaire appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit, et elle est donc raisonnable.

#### C. Dispositif proposé

[94] Je rejetterais l’appel avec dépens.

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d’accord.

LA JUGE GLEASON, J.C.A. : Je suis d’accord.