

A-89-03
2003 FCA 454

A-89-03
2003 CAF 454

Ferroequus Railway Company Limited (*Appellant*)

Ferroequus Railway Company Limited (*appelante*)

v.

c.

**Canadian National Railway Company Limited and
The Canadian Transportation Agency** (*Respondents*)

**Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada
et l'Office des transports du Canada** (*intimés*)

and

et

Canadian Pacific Railway Company (*Intervener*)

Canadien Pacifique Limitée (*intervenante*)

**INDEXED AS: FERROEQUUS RAILWAY CO. v. CANADIAN
NATIONAL RAILWAY CO. (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: FERROEQUUS RAILWAY CO. c. COMPAGNIE DES
CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Strayer, Noël and Evans
J.J.A.—Vancouver, November 25 and 26, 2003.

Cour d'appel fédérale, juges Strayer, Noël et Evans,
J.C.A.—Vancouver, 25 et 26 novembre 2003.

Transportation — Canadian Transportation Agency rejecting application under Canada Transportation Act, s. 138(1) for order authorizing appellant to operate over portions of CN track as no evidence of market failure or abuse, or of problems with current rates, service — Agency's discretion to grant running-rights order limited only by requirement to have regard to public interest — Patent unreasonableness appropriate standard of review — Agency's analysis careful, balanced, cogent, detailed, responsive — Appellant not demonstrating lack of competition to support finding running-rights order would be in public interest — Agency not committing reviewable error.

Transports — L'Office des transports du Canada a rejeté la demande présentée en vertu de l'art. 138(1) de la Loi sur les transports au Canada pour qu'il rende une ordonnance autorisant l'appelante à circuler sur certaines parties du chemin de fer appartenant au Canadien National, en raison de l'absence de preuve d'abus ou d'inefficacité du marché ou de problèmes au chapitre des tarifs ou des services — Le pouvoir discrétionnaire que possède l'Office de rendre une ordonnance octroyant des droits de circulation n'est limité que par son obligation de tenir compte de l'intérêt public — La norme de contrôle appropriée est celle de la décision manifestement déraisonnable — L'analyse de l'Office était minutieuse, pondérée, convaincante, détaillée et adaptée à la situation — L'appelante n'a pas prouvé un manque de concurrence permettant de conclure que l'octroi de droits de circulation serait dans l'intérêt public — L'Office n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire.

Administrative Law — Canada Transportation Act, s. 138(2) authorizing Agency to grant railway company right to operate over another's tracks, having regard to public interest — Standard of review — Right of appeal from Agency's decision limited to questions of law, jurisdiction, requiring leave of Court — Not indicator correctness intended as standard of review — Nature of decision highly polycentric, involving balancing competing interests — Agency having high degree of expertise as specialist administrative agency — Consideration of all elements of pragmatic, functional analysis pointing to deferential standard of review — Patent unreasonableness appropriate standard of review — Refusal to accept late written submissions not breach of procedural fairness, which guarantees only reasonable right to participate in administrative decision-making, not open-ended opportunity

Droit administratif — L'art. 138(2) de la Loi sur les transports au Canada autorise l'Office à accorder aux compagnies de chemin de fer le droit de circuler sur les voies d'une autre compagnie, compte tenu de l'intérêt public — Norme de contrôle — Le droit d'appel d'une décision de l'Office ne peut porter que sur des questions de droit et de compétence et il faut l'autorisation de la Cour — La norme de la décision correcte n'est pas la norme prévue — La décision est de nature hautement polycentrique, mettant en jeu des intérêts contradictoires — L'Office est un organisme administratif spécialisé qui possède un haut niveau d'expertise — Un examen de tous les éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle indique qu'il convient d'appliquer la norme de contrôle fondée sur la retenue judiciaire — La norme de contrôle de la décision manifestement déraisonnable est

to raise additional evidence.

This was an appeal from a decision by the Canadian Transportation Agency dismissing an application made by the appellant under subsection 138(1) of the *Canada Transportation Act* for an order authorizing it to operate over portions of Canadian National (CN) track. Subsection 138(2) of the Act empowers the Agency to make such an order and to impose conditions on it. The appellant, Ferroequus Railway Company Ltd., wanted to compete with CN and Canadian Pacific (CP) in the carriage of wheat from the Prairies to, principally, the underutilized Port of Prince Rupert. The Agency refused to make a running-rights order in favour of the appellant because the latter had adduced no evidence of either market abuse or failure as a result of the conduct of the existing rail carriers of western Canadian wheat, CN and CP, or of a problem with the rates or the service as a result of a lack of competition. The appellant argued that the Agency's essential error was its insistence that it adduce evidence of market failure or abuse, or of a problem with the current rates or service, as a condition precedent to balancing all the relevant considerations in order to determine whether it was in the public interest to impose on CN the running rights requested by the appellant.

Held, the appeal should be dismissed.

There were two flaws in the appellant's characterization of the Agency's reasoning as creating an unwarranted "condition precedent" to the exercise of its public interest discretion. First, it was inconsistent with the terms of the Agency's reasons. The question of relative weight to be afforded to various considerations is a matter within the Agency's discretion. It is not normally the business of a reviewing court to substitute its view of the relative weight to be attributed to various factors considered in the exercise of discretion for that of the specialist administrative agency to which Parliament has entrusted the task. Second, it was out of step with the approach to judicial review of administrative action endorsed by the Supreme Court of Canada. The latter has warned of the very limited value of the old doctrinal language of administrative law, which tended to identify "a categorical or nominate error" in a tribunal's decision. The question to be decided was not a "pure" question of law. As a result of the Agency's decision, subsequent applicants for running rights should expect to demonstrate that the grant would effectively remedy market abuse or failure, or

appropriée — Le refus d'accepter les observations écrites soumises tardivement ne fait pas une entorse à l'équité procédurale, laquelle ne garantit qu'un droit raisonnable de participation à la prise de décisions administratives et non une occasion illimitée d'introduire de nouveaux éléments de preuve.

Il s'agissait de l'appel d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada rejetant la demande d'ordonnance présentée par l'appelante en vertu du paragraphe 138(1) de la *Loi sur les transports au Canada* qui l'autoriserait à circuler sur certaines parties du chemin de fer appartenant au Canadien National (CN). Le paragraphe 138(2) de la Loi accorde à l'Office le pouvoir de rendre une telle ordonnance et d'en imposer les conditions. L'appelante, Ferroequus Railway Company Limited, voulait faire concurrence au CN et au Canadien Pacifique (CP) dans l'acheminement de céréales, des Prairies principalement vers le port sous-utilisé de Prince Rupert. L'Office a refusé de rendre une ordonnance octroyant des droits de circulation à l'appelante parce qu'elle n'avait fourni aucune preuve d'abus ou d'inefficacité du marché attribuable à la conduite des transporteurs de blé canadien de l'Ouest existants, le CN et le CP, ou à un problème au chapitre des tarifs ou des services attribuable au manque de concurrence. L'appelante affirmait que la principale erreur commise par l'Office avait été d'insister pour qu'elle produise des éléments de preuve d'abus ou d'inefficacité du marché ou de problèmes au chapitre des tarifs ou des services actuels, comme condition préalable à la prise en compte de toutes les considérations pertinentes lui permettant de décider s'il était dans l'intérêt public d'exiger du CN qu'il accorde à l'appelante les droits de passage qu'elle demandait.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

Il y avait deux erreurs dans la caractérisation que l'appelante a faite du raisonnement de l'Office et selon laquelle une «condition préalable» à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relatif à l'intérêt public serait créée de façon injustifiée. D'abord, cette caractérisation n'était pas compatible avec l'énoncé des motifs de l'Office. L'Office a le pouvoir discrétionnaire de décider de l'importance relative à accorder aux divers aspects d'une affaire. Il n'est pas habituellement du ressort de la cour siégeant en révision de substituer son opinion sur l'importance relative à accorder aux divers aspects pris en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à celle du tribunal administratif spécialisé que le législateur a investi de ce pouvoir. Deuxièmement, la caractérisation n'était pas conforme à la démarche en matière de contrôle judiciaire d'une action administrative que la Cour suprême du Canada a approuvée. Cette dernière a fait une mise en garde quant à la valeur très limitée de l'ancien langage doctrinal du droit administratif qui avait tendance à cerner «une erreur catégorisée ou désignée» dans la décision d'un tribunal. La

dissatisfaction with existing rates or service as a result of the lack of competition before their application is granted. But issues of discretion and statutory interpretation are often intertwined and are not susceptible of surgical separation. The only express legal limitation on the Agency's discretion to grant a running-rights order is that it must have "regard to the public interest". As well the National Transportation Policy guides and structures the Agency's decision.

The elements of the pragmatic and functional analysis were considered to determine the standard of review to be applied to the Agency's decision. Subsection 41(1) of the Act provides a right of appeal from decisions of the Agency to this Court on questions of law and jurisdiction. The existence of a right of appeal is normally an indication that Parliament intended to subject an agency's decisions to relatively close judicial supervision, and it is therefore a factor favouring correctness as the standard of review. However, the right of appeal in question is subject to two significant limitations. First, it is limited to questions of law and jurisdiction and excludes findings of fact. Second, the right of appeal is conditional on the grant of leave by the Court. A right of appeal that may be more restrictive of an individual's access to Court than if the Act had been silent cannot be regarded as much of an indicator that Parliament intended to subject Agency decisions to correctness review. As a specialist agency mandated to regulate an important, varied and complex industry, namely national transportation, the Agency has a high degree of expertise. The appellant's characterization of the question to be decided as one of "pure" law on which no judicial deference is due was difficult to square with the broad discretion given to the Agency by subsection 138(2). The decision of whether to grant to a railway running rights over another's tracks is highly polycentric in nature. It involved balancing the competing interests of shippers and producers on the one hand, and of the existing rail carriers on the other. A consideration of all the elements of the pragmatic and functional analysis pointed to a deferential standard of review. Patent unreasonableness is the appropriate standard of review of a polycentric question concerning the regulation of activities within the mandate of a highly specialized agency.

question à trancher n'était pas une question de droit «pur». La décision de l'Office pourrait faire en sorte que dorénavant, les demandeurs de droits de circulation s'attendent à devoir prouver que l'octroi de droits réglerait effectivement un abus ou une inefficacité du marché, ou un mécontentement au chapitre des tarifs ou des services existants, engendrés par un manque de concurrence avant que leur demande puisse être accordée. Cependant, les questions relatives au pouvoir discrétionnaire et à l'interprétation des règles de droit sont souvent reliées de façon inextricable et on ne peut parler d'une dichotomie stricte. La seule limite que la Loi impose expressément au pouvoir discrétionnaire de l'Office d'octroyer des droits de circulation est qu'il doit «[tenir compte] de l'intérêt public». De même, la Politique nationale des transports sert à guider et à structurer les décisions de l'Office.

La Cour a examiné les éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle afin de déterminer la norme de contrôle qu'il convenait d'appliquer à la décision de l'Office. Le paragraphe 41(1) de la Loi prévoit un droit d'appel des décisions de l'Office devant la Cour sur les questions de droit et de compétence. L'existence d'un droit d'appel indique habituellement que le législateur a assujéti les décisions de l'Office à une supervision judiciaire relativement étroite et il est donc considéré comme un facteur préconisant la norme de contrôle de la décision correcte. Or en l'espèce, le droit d'appel est assujéti à deux restrictions importantes. Premièrement, il porte essentiellement sur des questions de droit et de compétence et nullement sur des conclusions de fait. Deuxièmement, il n'y a droit d'appel que si la Cour l'autorise. Un droit d'appel qui limiterait davantage l'accès d'une personne à la Cour que si la Loi avait été silencieuse ne peut être considéré comme un indice fiable que le législateur avait l'intention de soumettre les décisions de l'Office à la norme de la décision correcte. En tant qu'organisme administratif spécialisé mandaté pour réguler une industrie importante, variée et complexe, notamment le transport au Canada, l'Office possède un haut niveau d'expertise. La caractérisation que fait l'appelante de la question à trancher comme d'une question de droit «pur» à l'égard de laquelle la Cour ne doit faire preuve d'aucune retenue judiciaire cadre difficilement avec l'ampleur du pouvoir discrétionnaire accordé à l'Office par le paragraphe 138(2). La question de savoir s'il convient d'octroyer à une compagnie de chemins de fer des droits de circulation sur les voies d'une autre compagnie est une question hautement polycentrique. Il fallait sopeser les intérêts contradictoires des expéditeurs et des producteurs d'une part, et des transporteurs ferroviaires d'autre part. Un examen de tous les éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle indiquait qu'il convenait d'appliquer une norme de contrôle exigeant la retenue judiciaire. La norme de la décision manifestement déraisonnable s'applique à une question polycentrique liée à la régulation d'activités faisant partie du mandat d'un organisme hautement spécialisé.

Applying that standard, the Agency's reasoning was not so obviously and grievously erroneous that its decision could not be permitted to stand. On the contrary, its analysis was careful, balanced, cogent and detailed, and was properly responsive to the position advanced on behalf of the appellant.

The appellant did not demonstrate a lack of competition, or the effects thereof, that would support a finding the grant of running rights was in the public interest. The Agency committed no reviewable error on the main question, the competition issue. Finally, there was no merit in the appellant's submission that the Agency breached the duty of procedural fairness because it considered the level of compensation that might be awarded as a condition of the grant of running rights or because it refused to accept late written submissions. Procedural fairness guarantees only a reasonable right to participate in administrative decision-making, not a virtually open-ended opportunity to raise additional points or to introduce evidence.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5(b), 41(1), 127, 129, 138.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

REFERRED TO:

Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

APPEAL from a decision by the National Transportation Agency dismissing an application made by the appellant under subsection 138(1) of the *Canada Transportation Act* for an order authorizing it to operate over portions of Canadian National track.

Vu cette norme, il n'était pas évident que le raisonnement de l'Office était à ce point erroné que sa décision ne pouvait être maintenue. Au contraire, son analyse avait été faite avec minutie, elle était pondérée, convaincante et détaillée et elle répondait adéquatement à la position avancée pour le compte de l'appelante.

L'appelante n'a pas prouvé un manque de concurrence, ou ses contrecoups, à l'appui d'une conclusion selon laquelle l'octroi de droits de circulation était dans l'intérêt public. L'Office n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire pour ce qui est de la question principale, celle de la concurrence. Finalement, l'argument de l'appelante selon lequel l'Office aurait manqué à l'obligation d'équité procédurale parce qu'il avait tenu compte du niveau d'indemnisation qui pourrait être accordé comme condition à l'octroi de droits de circulation ou qu'il avait refusé d'accepter des mémoires soumis tardivement est sans fondement. L'équité procédurale ne garantit qu'un droit raisonnable de participation à la prise de décisions administratives, et non une occasion virtuellement illimitée de soulever des points additionnels ou d'introduire des éléments de preuve.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 5b), 41(1), 127, 129, 138.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS CITÉES:

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 1 R.C.S. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 159; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 179 B.C.A.C. 170; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

APPEL d'une décision rendue par l'Office des transports du Canada rejetant une demande d'ordonnance présentée par l'appelante en vertu du paragraphe 138(1) de la *Loi sur les transports au Canada* l'autorisant à circuler sur certaines parties du

Appeal dismissed.

chemin de fer appartenant au Canadien National. Appel rejeté.

APPEARANCES:

Forrest C. Hume and Louis J. Zivot for appellant.
William J. Kenny, Q.C. and Darin J. Hannaford for respondent Canadian National Railway Company.

Alain Langlois for respondent Canadian Transportation Agency.
Marc W. Shannon for intervener Canadian Pacific Railway Company.

SOLICITORS OF RECORD:

Forrest C. Hume Law Corporation, Vancouver, and
Lang Michener LLP, Vancouver, for appellant.
Miller Thomson LLP, Edmonton, for respondent Canadian National Railway Company.

Canadian Transportation Agency, Legal Services, Ottawa, for respondent Canadian Transportation Agency.
Canadian Pacific, Legal Services, Calgary, for intervener Canadian Pacific Railway Company.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by

[1] EVANS J.A.: The dispute in this case involves a relatively small, but important aspect of the historic and ongoing struggle over freight rates for the transportation of grain from the Prairies to the West Coast ports from which it enters the world market. More particularly, it concerns the role of the enhancement of competition in the exercise of the National Transportation Agency's power to grant a railway company the right to operate over another company's tracks. Although a statutory power to grant running rights has existed for over 80 years, it has never been exercised. Indeed, we are told that this is the first case to test the scope of the Agency's legal authority.

[2] In October 2001, Ferroequus Railway Company Ltd. (FE) applied to the Canadian Transportation Agency

ONT COMPARU:

Forrest C. Hume et Louis J. Zivot pour l'appelante.
William J. Kenny, c.r. et Darin J. Hannaford pour la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, intimée.

Alain Langlois pour l'Office des transports du Canada, intimé.
Marc W. Shannon pour le Canadien Pacifique Limitée, intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Forrest C. Hume Law Corporation, Vancouver, et
Lang Michener LLP, Vancouver, pour l'appelante.
Miller Thomson LLP, Edmonton, pour la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, intimée.

Office des transports du Canada, Direction générale des services juridiques, Ottawa, pour l'Office des transports du Canada, intimé.
Canadien Pacifique, Services juridiques, Calgary, pour le Canadien Pacifique Limitée, intervenante.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

[1] LE JUGE EVANS, J.C.A.: Le litige en l'espèce porte sur un aspect relativement petit mais important du conflit historique et persistant lié aux tarifs de fret applicables au transport de céréales des Prairies vers les ports de la côte Ouest, d'où elles sont acheminées vers le marché international. Plus particulièrement, il s'agit du rôle que joue l'accroissement de la concurrence dans l'exercice du pouvoir qu'exerce l'Office des transports du Canada d'accorder aux compagnies de chemin de fer le droit de se servir des voies d'une autre compagnie. Même si ce droit de circulation conféré par la loi existe depuis plus de 80 ans, il n'a jamais été exercé. En effet, il semblerait que la présente affaire soit la première fois que l'on mette en cause l'étendue du pouvoir que la loi attribue à l'Office.

[2] En octobre 2001, Ferroequus Railway Company Ltd. (FE) a demandé à l'Office des transports du Canada,

under subsection 138(1) of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, for an order authorizing it to operate over portions of Canadian National (CN) track. It wanted to compete with CN and Canadian Pacific in the carriage of wheat from the Prairies to, principally, the underutilized Port of Prince Rupert. FE's application was strongly supported by the Canadian Wheat Board, the largest shipper of grain in Canada.

[3] Subsection 138(2), which empowers the Agency to make such an order, and to impose conditions on it, provides as follows:

138. . . .

(2) The Agency may grant the right and may make any order and impose any conditions on either railway company respecting the exercise or restriction of the rights as appear just or desirable to the Agency, having regard to the public interest.

Compensation must be paid for any right granted under subsection 138(2) and, if the parties cannot agree to the amount, the Agency may fix it: subsection 138(3).

[4] In a decision rendered on September 10, 2002, the Agency refused to make a running-rights order in favour of FE, principally because FE had adduced no evidence of either market abuse or failure as a result of the conduct of the existing rail carriers of western Canadian wheat, CN and CP, or of a problem with the rates or the service as a result of a lack of competition. FE was granted leave to appeal to this Court from the Agency's rejection of its application.

[5] The following extracts from the lengthy reasons of the majority, found at pages 50 and 53 of the Appeal Book, explain the bases of the Agency's conclusions on the main issue and identify what FE says is the Agency's fundamental error.

A statutory running right is an exceptional remedy. Its exceptional character is supported on many fronts: it is expropriative in nature; there are significant operational

en vertu du paragraphe 138(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, de rendre une ordonnance l'autorisant à exploiter ses wagons sur certaines parties du chemin de fer appartenant au Canadien National. La compagnie voulait livrer concurrence au CN et au Canadien Pacifique dans l'acheminement de céréales des Prairies principalement vers le port sous-utilisé de Prince Rupert. La Commission canadienne du blé, le plus grand expéditeur de céréales au Canada, appuyait fortement la demande de FE.

[3] Le paragraphe 138(2), qui accorde à l'Office le pouvoir de rendre une telle ordonnance et d'en imposer les conditions, est libellé comme suit:

138. [. . .]

(2) L'Office peut prendre l'arrêté et imposer les conditions, à l'une ou à l'autre compagnie, concernant l'exercice ou la limitation de ces droits, qui lui paraissent justes ou opportunes, compte tenu de l'intérêt public.

Une indemnité doit être versée pour les droits que confère le paragraphe 138(2) et, si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur le montant de l'indemnité, l'Office peut le fixer par arrêté: paragraphe 138(3).

[4] Dans une décision rendue le 10 septembre 2002, l'Office a refusé d'acquiescer à la demande de FE, surtout parce que FE n'avait fourni aucune preuve d'abus ou d'inefficacité du marché attribuable à la conduite des transporteurs ferroviaires de blé canadien de l'Ouest existants, le CN et le CP, ou à un problème au chapitre des tarifs ou des services, attribuable au manque de concurrence. FE a obtenu l'autorisation d'en appeler devant la Cour de la décision de l'Office de rejeter sa demande.

[5] Les passages suivants sont tirés des volumineux motifs de la majorité, aux pages 50 et 53 du dossier d'appel. Ils expliquent le fondement des conclusions que l'Office a tirées sur la question principale et ils permettent de cerner l'erreur fondamentale que, de l'avis de FE, l'Office aurait commise.

Un droit de circulation statutaire est un recours exceptionnel. Sa nature exceptionnelle est étayée sur bien des fronts: elle est de nature expropriatrice; il faut s'attendre à de sérieux

problems to be expected in its application; there will likely be a continuing need for regulatory intervention; it may lead to the fragmentation of railway markets; it may create disincentives for the host to invest in infrastructure and may have capital funding implications for the host railway company. As well, there may be other less intrusive remedies available under the law.

It is, therefore, not enough for an applicant to state as grounds for an application that competition will be increased or that railway rates will go down. While this may be the result, there can be an offsetting downside to this on the host carrier and its shippers, both in the catchment area which is subject to the application as well as system wide. There has to be more than simply the enhancement of competition in a market for the section to apply. Section 138 of the CTA does not promote competition for competition's sake.

...

The Agency finds that the principle of competition without actual evidence of market abuse or failure is not sufficient to trigger the application of section 138 of the CTA. First, the public interest under the CTA does not advocate the unidimensional quest for competition and second, the mere potential for market abuse or failure is not sufficient to impose regulated running rights.

...

At a minimum, railway companies that apply to the Agency for running rights under section 138 of the CTA must be able to establish that there is a rate or service problem in the relevant markets, that the problem is related to a lack of adequate and effective competition and that the granting of regulated running rights will either eliminate or alleviate the problem.

...

The above finding alone is sufficient to deny the application. The Agency recognizes, however, that the issue of running rights is one of broad and continuing interest in the transportation community. The Agency also recognizes that the proponents provided a great deal of excellent evidence with respect to FE's proposal. [Emphasis added.]

[6] FE says that the Agency's essential error was its insistence, indicated in the underlined words quoted

problèmes opérationnels au niveau de son application; une intervention réglementaire continuera sans doute de s'imposer; elle risque d'entraîner le morcellement des marchés ferroviaires; elle risque de dissuader la compagnie hôte d'investir dans des infrastructures et peut avoir des répercussions sur le plan du financement des immobilisations pour la compagnie de chemin de fer hôte. Par ailleurs, il se peut qu'il y ait d'autres recours moins importuns en vertu de la loi.

Il ne suffit donc pas qu'un demandeur prétende à l'appui de sa demande que celle-ci contribuera à renforcer la concurrence ou à faire baisser les tarifs ferroviaires. Même si cela peut se produire, cela risque d'être désavantageux pour le transporteur hôte et ses expéditeurs, à la fois dans le secteur desservi faisant l'objet de la demande et sur tout le réseau. Pour que cet article puisse être invoqué, il faut plus qu'un simple renforcement de la concurrence. L'article 138 de la LTC ne se fait pas le promoteur de la concurrence pour l'amour de la concurrence.

[. . .]

L'Office estime que le principe de la concurrence sans preuve réelle d'abus ou d'inefficacité du marché ne suffit pas à faire intervenir l'application de l'article 138 de la LTC. En premier lieu, l'intérêt public en vertu de la LTC ne préconise pas la quête unidimensionnelle de concurrence et, en deuxième lieu, la simple possibilité d'un abus ou d'une inefficacité du marché ne suffit pas à imposer des droits de circulation réglementés.

[. . .]

À titre minimum, les compagnies de chemin de fer qui demandent à l'Office des droits de circulation en vertu de l'article 138 de la LTC doivent être en mesure de prouver qu'il y a un problème au chapitre des tarifs ou des services sur les marchés en question, que le problème a un rapport avec l'absence d'une concurrence suffisante et efficace et que l'octroi des droits de circulation réglementés permettra soit d'éliminer, soit d'atténuer le problème.

[. . .]

Cette constatation est en soi suffisante pour rejeter cette demande. L'Office reconnaît néanmoins que la question des droits de circulation présente un intérêt constant et élevé aux yeux du secteur des transports. L'Office reconnaît par ailleurs que les parties à la demande ont produit une foule de preuves convaincantes au sujet de la proposition de FE. [Non souligné dans l'original.]

[6] FE affirme que la principale erreur commise par l'Office a été d'insister, tel qu'indiqué dans les passages

above, that FE adduce evidence of market failure or abuse, or of a problem with the current rates or service, as a condition precedent to balancing all the relevant considerations in order to determine whether it was in the public interest to impose on CN the running rights requested by FE.

[7] Counsel argued that neither the language of subsection 138(2), nor the previous jurisprudence of the Board or the courts, provides any support for this restricted reading. Indeed, it is contrary to the National Transportation Policy, which is enacted as section 5 of the Act and, among other things, stipulates in paragraph (b) that:

5. . . .

(b) competition and market forces are, whenever possible, the prime agents in providing viable and effective transportation services.

The Agency, counsel submitted, should have regarded section 138 as a measure adopted by Parliament for enhancing competition, together with other provisions in the same part of the Act designed to enhance competition, namely the remedies of interswitching (section 127) and competitive line rates (section 129).

[8] Counsel for FE argued that, in so concluding, the Agency had made a jurisdictional error by importing into the statute a condition precedent to the exercise of its discretion on an application for running rights in which it “may grant the right and may make any order . . . having regard to the public interest.”

[9] Alternatively, if the Court were of the view that the Agency had considered other aspects of the public interest, even though FE had not proved that the grant would effectively remedy an existing market failure or its consequences, FE submitted that the Agency had taken into account irrelevant factors, such as the financial viability of FE. It had also attached a totally inappropriate weight to the absence of evidence of market failure and had consequently given so little

soulignés plus haut, pour que FE produise des éléments de preuve d’abus ou d’inefficacité du marché ou de problèmes au chapitre des tarifs ou des services actuels comme condition préalable à la prise en compte de toutes les considérations pertinentes lui permettant de décider s’il était dans l’intérêt public d’exiger du CN qu’il accorde à FE les droits de circulation qu’elle demandait.

[7] L’avocat de FE a soutenu que ni le libellé du paragraphe 138(2), ni la jurisprudence de la Commission ou des tribunaux, ne corrobore d’aucune façon cette interprétation restrictive. En fait, cette interprétation est contraire à la Politique nationale des transports, laquelle est édictée par l’article 5 de la Loi et qui, entre autres choses, prescrit à l’alinéa b) que:

5. [. . .]

b) la concurrence et les forces du marché soient, chaque fois que la chose est possible, les principaux facteurs en jeu dans la prestation de services de transport viables et efficaces.

L’avocat de FE a fait valoir que l’Office aurait dû considérer l’article 138 comme une mesure adoptée par le Parlement en vue de promouvoir la concurrence, tout comme d’autres dispositions dans la même partie de la Loi sont conçues pour accroître la concurrence, notamment celle sur le recours à l’interconnexion (article 127) et celle sur les prix de lignes concurrentiels (article 129).

[8] L’avocat représentant FE a soutenu qu’en tirant pareille conclusion, l’Office avait commis une erreur de compétence en ajoutant à la loi une condition préalable à l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de trancher une demande de droits de circulation pour laquelle il «peut prendre l’arrêté et imposer les conditions [. . .] compte tenu de l’intérêt public».

[9] Subsidiairement, si la Cour était d’avis que l’Office avait pris en considération d’autres aspects de l’intérêt public, même si FE n’avait pas prouvé que l’octroi de droits de circulation réglerait un problème d’inefficacité du marché existant ou ses répercussions, FE a fait valoir que l’Office avait tenu compte de facteurs non pertinents, comme la viabilité financière de FE. Il avait également accordé une importance démesurée à l’absence de preuve de l’inefficacité du

weight to other relevant factors that it had thereby effectively fettered its ability to exercise its discretion in the light of all relevant aspects of the application.

[10] Counsel summarized FE's position by saying that the question before the Court was a matter of statutory interpretation and therefore a pure question of law within the province of the Court, not the Agency. In FE's submission, the question is whether Parliament intended the Agency to undertake the balancing of factors on a section 138 application after the applicant had established, not only that the grant of running rights would enhance competition in the relevant market by introducing another carrier, but would also effectively remedy an existing market abuse or failure, or a problem with the rates or service that is attributable to the lack of competition.

[11] We do not agree. In our view, there are two flaws in FE's characterization of the Agency's reasoning as creating an unwarranted "condition precedent" to the exercise of its public interest discretion, and as thereby failing to exercise its "jurisdiction" or, at the very least, "fettering" its exercise of discretion.

[12] First, it is inconsistent with the terms of the Agency's reasons. The Agency explicitly rejected (at page 49 of the Appeal Book) the argument of CN and CP that section 138 contained unexpressed pre-conditions to the Agency's consideration of FE's application.

In examining the arguments raised in the present proceedings, the Agency finds that there is no language in section 138 or elsewhere in the CTA that states or establishes any of the pre-conditions to the Agency's consideration of FE's application that have been advanced by CN, CP and others. For example, FE need not prove as a preliminary matter that there has been any breach by anyone of the substantive provisions under the law. Thus, as a jurisdictional question, there is no condition precedent that has to be met on this account. [Emphasis added.]

[13] Having found that FE had not adduced the evidence necessary to establish that the public interest in competition could warrant the grant of running rights, the

marché et il avait accordé si peu d'importance à d'autres facteurs pertinents qu'il avait ainsi entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'examiner tous les aspects pertinents de la demande.

[10] L'avocat de FE a résumé la position de sa cliente en disant que la question dont la Cour est saisie est une question d'interprétation de la loi et donc une pure question de droit relevant de la Cour, et non de l'Office. D'après le mémoire de FE, la question est de savoir si l'intention du législateur était que l'Office évalue les facteurs applicables à une demande présentée en vertu de l'article 138 après que le demandeur eut établi que l'octroi de droits de circulation améliorerait non seulement la concurrence dans le marché concerné en introduisant un autre transporteur, mais qu'en plus, il remédierait efficacement à un abus ou à une inefficacité du marché, ou à un problème au chapitre des tarifs ou des services, attribuable au manque de concurrence.

[11] Nous ne sommes pas de cet avis. Selon nous, il y a deux erreurs dans la caractérisation que FE fait du raisonnement de l'Office et selon laquelle une «condition préalable» à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relatif à l'intérêt public serait créée de façon injustifiée et empêcherait l'Office d'exercer sa «compétence» ou, à tout le moins «entraverait» son pouvoir discrétionnaire.

[12] D'abord, cette caractérisation n'est pas compatible avec l'énoncé des motifs de l'Office. L'Office a explicitement rejeté (à la page 49 du dossier d'appel) l'argument du CN et du CP voulant que l'article 138 contenait implicitement des conditions préalables à l'examen par l'Office de la demande de FE.

En examinant les arguments soulevés dans la présente affaire, l'Office est d'avis que rien dans l'article 138 ou ailleurs dans la LTC ne fixe de conditions préalables à l'examen par l'Office de la demande de FE qui ont été avancées par CN, CP et d'autres. Par exemple, FE n'a pas besoin de prouver comme condition préliminaire que quiconque a enfreint l'une quelconque des dispositions de fond de la loi. Ainsi, à titre de question de compétence, il n'est pas nécessaire de respecter la moindre condition préalable à ce sujet. [Non souligné dans l'original.]

[13] Ayant conclu que FE n'avait pas présenté les éléments de preuve requis pour établir que l'intérêt public en matière de concurrence pouvait justifier

Agency nonetheless analysed other elements of the public interest that had been raised during the hearing. To the extent that some of these considerations may have been legally irrelevant to the Agency's exercise of its discretion, which we do not decide, they were not material to the Agency's decision and thus could not justify allowing the appeal.

[14] The answer to counsel's allegation that the Agency attached too little weight to other factors that were relevant is that the question of relative weight to be afforded to the various considerations is a matter within the Agency's discretion. It is not normally the business of a reviewing court to substitute its view of the relative weight to be attributed to various factors considered in the exercise of discretion for that of the specialist administrative agency to which Parliament has entrusted the task: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 37. In any event, it seems clear that FE itself regarded the public interest in competition as the most important factor favouring the grant of running rights.

[15] Second, FE's characterization of the Agency's errors is out of step with the approach to judicial review of administrative action endorsed by the Supreme Court of Canada, especially in some of its more recent pronouncements on the centrality of the pragmatic and functional analysis in defining the roles of specialist agency and reviewing court in administering and implementing a statutory regulatory scheme.

[16] In particular, the Court has warned of the very limited value of the old doctrinal language of administrative law, which tended to identify "a categorical or nominate error" in a tribunal's decision and "to slot a particular issue into a pigeon hole of judicial review and, on this basis, demand correctness from the decision-maker"; such an approach can "no longer dictate the journey": *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraphs 22,

l'octroi de droits de circulation, l'Office a néanmoins analysé d'autres aspects de l'intérêt public qui avaient été soulevés pendant l'audience. Sans statuer sur ce point, même si certaines de ces considérations pourraient ne pas être pertinentes quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Office, elles n'ont pas eu un effet déterminant sur la décision de l'Office et elles ne pourraient donc justifier qu'on accueille l'appel.

[14] En réponse à l'allégation de l'avocat de FE selon laquelle l'Office aurait accordé trop peu d'importance à d'autres facteurs pertinents, rappelons que l'Office a le pouvoir discrétionnaire de décider de l'importance relative à accorder aux divers aspects d'une affaire. Il n'est pas habituellement du ressort de la cour siégeant en révision de substituer son opinion sur l'importance relative à accorder aux divers aspects pris en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'opinion du tribunal administratif spécialisé que le législateur a investi de ce pouvoir: *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 37. Quoi qu'il en soit, il semble que FE elle-même ait jugé que l'intérêt public en matière de concurrence était le facteur le plus important en faveur de l'octroi de droits de circulation.

[15] Deuxièmement, la façon dont FE a caractérisé l'erreur de l'Office n'est pas conforme à la démarche en matière de contrôle judiciaire d'une action administrative que la Cour suprême du Canada a approuvée, surtout dans le cadre de jugements qu'elle a prononcés récemment sur le caractère essentiel de l'analyse pragmatique et fonctionnelle quand il s'agit de définir les rôles des organismes spécialisés et des cours de révision dans l'administration et la mise en œuvre d'un régime de régulation prévu par la loi.

[16] Plus particulièrement, la Cour suprême a fait une mise en garde quant à la valeur très limitée de l'ancien langage doctrinal du droit administratif qui avait tendance à cerner «une erreur catégorisée ou désignée» dans la décision d'un tribunal et à «classer une question donnée dans une catégorie précise de contrôle judiciaire et [à] exiger sur ce fondement que le décideur ait rendu une décision correcte»; ce genre d'approche «ne dicte [. . .] plus le cheminement»: *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1

24 and 25 (*per* McLachlin C.J.C.).

[17] I would include “exceeding jurisdiction”, and taking into account the “irrelevant” and ignoring the “relevant” in the list of terms that are long past their “best before date”, even if they were not already spoiled when they were first used to stock the shelves of the law of judicial review. None addresses the central question in judicial review, namely, the appropriate definition of the decision-making roles to be assigned respectively to the specialist agency and the reviewing court.

[18] We also disagree with FE’s contention that the question to be decided is a “pure” question of law. True, the Agency’s conclusion is likely to be of some precedential importance and is not confined to the facts of this case. As a result of the Agency’s decision in the present case, subsequent applicants for running rights may expect the Agency to dismiss their application if they do not demonstrate that the grant would effectively remedy market abuse or failure, or dissatisfaction with existing rates or service as a result of the lack of competition.

[19] However, as L’Heureux-Dubé J. recognized in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 54, issues of discretion and statutory interpretation are often inextricably intertwined and are not susceptible of surgical separation. The statutory context of the Agency’s decision in this case strikingly illustrates the truth of this observation.

[20] First, the open-ended language of subsection 138(2) defining the Agency’s legal powers is redolent of discretion. The only express legal limitation on the Agency’s discretion to grant a running-rights order is that it must have “regard to the public interest.”

R.C.S. 226, aux paragraphes 22, 24 et 25 (la juge en chef McLachlin).

[17] J’ajouterais à la liste des expressions dont la date de consommation recommandée est périmée depuis longtemps «outrepassé sa compétence» et tenir compte de facteurs «non pertinents» et ne pas tenir compte des éléments «pertinents», même si elles n’étaient pas avariées à l’origine quand on les a utilisées pour garnir les étalages du droit en matière de contrôle judiciaire. Aucune de ces expressions n’aborde la question centrale du contrôle judiciaire, notamment la définition adéquate des rôles que doivent jouer respectivement l’organisme spécialisé et la cour siégeant en révision dans la prise de décisions.

[18] Nous ne partageons pas non plus l’opinion de FE quand elle prétend que la question à trancher est une question de droit «pur». Il est vrai que la conclusion de l’Office aura vraisemblablement une certaine importance jurisprudentielle et qu’elle ne se limite pas aux faits de l’affaire. En effet, la décision de l’Office pourrait faire en sorte que dorénavant, les demandeurs de droits de circulation s’attendent à ce que l’Office rejette leur demande s’ils n’arrivent pas à prouver que l’octroi de droits réglerait effectivement un abus ou une inefficacité du marché, ou un mécontentement au chapitre des tarifs ou des services existants, engendrés par le manque de concurrence.

[19] Cependant, comme la juge L’Heureux-Dubé l’a affirmé dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 54, les questions relatives au pouvoir discrétionnaire et à l’interprétation des règles de droit sont souvent reliées de façon inextricable et on ne peut parler d’une dichotomie stricte. Le contexte légal entourant la décision de l’Office dans cette affaire illustre brillamment le bien-fondé de cette observation.

[20] Premièrement, le libellé non limitatif du paragraphe 138(2) où sont définis les pouvoirs que la Loi confère à l’Office est empreint de discrétion. La seule limite que la Loi impose expressément au pouvoir discrétionnaire de l’Office d’octroyer des droits de circulation est qu’il doit tenir compte «de l’intérêt public».

[21] Second, it is common ground that the factors to which the Agency must have regard when determining whether the grant of running rights is in the public interest are contained in the National Transportation Policy. This Policy both informs and, because of its statutory base, imposes a legal limitation on, the Agency's exercise of discretion.

[22] However, since the Policy expresses the often competing considerations that the Agency must balance when making a particular decision, it inevitably operates at a level of some generality and does no more than guide and structure the Agency's exercise of discretion in any given fact situation. Thus, it imposes a relatively soft legal limit on the Agency's exercise of power, in the sense that it will rarely dictate a particular result in any particular case.

[23] Having set out the parameters of our approach to the central issue in dispute in this case, we turn now to a consideration of the elements of the pragmatic and functional analysis to determine the standard of review to be applied to the Agency's decision.

[24] First, Parliament has provided a right of appeal from decisions of the Agency to this Court on questions of law and jurisdiction: subsection 41(1). The existence of a right of appeal is normally to be regarded as an indication that Parliament intended to subject an agency's decisions to relatively close judicial supervision, and therefore as a factor favouring correctness as the standard of review.

[25] We do not disagree with this as a general proposition. However, we would also note that the right of appeal in question here is subject to two significant limitations that may cast some doubt on the extent to which it should be regarded as a positive indication of review for correctness. First, it is limited to questions of law and jurisdiction and excludes findings of fact. Second, the right of appeal is conditional on the grant of leave by the Court.

[21] Deuxièmement, il est bien établi que les facteurs dont l'Office doit tenir compte quand il décide si l'octroi de droits de circulation est dans l'intérêt public sont énoncés dans la Politique nationale des transports. Cette Politique jalonne de balises l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Office et, parce qu'elle est inscrite dans la Loi, elle impose également une limite légale à ce pouvoir.

[22] Cependant, étant donné que la Politique porte sur des considérations souvent contradictoires que l'Office doit concilier quand il rend une décision, elle agit inévitablement à un niveau assez général et ne sert qu'à guider et à structurer l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Office, quelle que soit la situation de fait. Elle impose donc une limite légale relativement souple à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Office, en ce sens qu'elle lui dicte rarement comment trancher une affaire en particulier.

[23] Maintenant que nous avons établi les paramètres dont nous nous servirons pour aborder la question qui est au cœur du présent litige, nous tournons notre attention vers les éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle afin de déterminer la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à la décision de l'Office.

[24] Premièrement, le législateur a prévu un droit d'appel des décisions de l'Office devant la Cour sur les questions de droit et de compétence: paragraphe 41(1). L'existence d'un droit d'appel indique habituellement que le législateur a assujéti les décisions de l'Office à une supervision judiciaire relativement étroite et il est donc considéré comme un facteur préconisant la décision correcte comme la norme de contrôle.

[25] Dans l'ensemble, nous ne désapprouvons pas cette position. Nous ferons cependant remarquer que le droit d'appel dont il est question ici est assujéti à deux restrictions importantes qui peuvent semer le doute quant à la mesure où il faut y voir une indication positive que la norme de la décision correcte s'impose. Premièrement, le droit d'appel porte essentiellement sur des questions de droit et de compétence et nullement sur des conclusions de fait. Deuxièmement, il n'y a droit d'appel que si la Cour l'autorise.

[26] In both these respects, a person wishing to appeal a decision of the Agency is worse off than a person who can apply for judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8 s. 27] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. And, it has been held, statutory silence on access to the Court is a neutral factor in the pragmatic and functional analysis: *Dr. Q*, at paragraph 27. In such cases, a federal administrative agency is reviewable on the apparently somewhat broader grounds contained in section 18.1 of the *Federal Court Act*. Hence, it is difficult to accept that a right of appeal that may be more restrictive of an individual's access to the Court than if the Act had been silent can be regarded as much of an indicator of a legislative intention that the Court should subject to Agency decisions to correctness review.

[27] It is common ground that, as a specialist administrative agency mandated to regulate an important, varied and complex industry, namely national transportation, the Agency has a high degree of expertise. In this respect, it is like other economic regulatory federal and provincial agencies. More controversial, however, as we have already indicated, is the proper characterization of the issue in dispute in this case, and the extent to which it falls within the Agency's expertise.

[28] The principal question in dispute in this case, according to FE, is a purely legal question: whether an application under section 138 can be dismissed because the applicant has provided no evidence of either market failure or abuse, or of a problem with the rates or services arising from a lack of competition that would be effectively remedied by the grant of running rights.

[29] In our view, however, to assert that this question can be divorced from an understanding of transportation policy or discretion runs counter to the symbiotic relationship of law and policy in public administration, and to the role of specialist agencies charged with the task of administering a regulatory scheme under legislation that does not purport to identify and solve the

[26] Dans un cas comme dans l'autre, une personne qui souhaite en appeler d'une décision de l'Office est en plus mauvaise posture qu'une personne qui peut présenter une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. De plus, on a statué que le silence du législateur sur l'accès à la Cour est un facteur neutre dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle: *Dr Q*, au paragraphe 27. En pareil cas, la décision d'un organisme administratif fédéral peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire pour des motifs apparemment plus généraux énoncés à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Par conséquent, il est difficile d'accepter qu'un droit d'appel qui limiterait davantage l'accès d'une personne à la Cour que si la Loi avait été silencieuse puisse être considéré comme un indice fiable que l'intention du législateur était que la Cour soumette les décisions de l'Office à la norme de la décision correcte.

[27] Il est établi qu'en tant qu'organisme administratif spécialisé mandaté pour réguler une industrie importante, variée et complexe, notamment le transport au Canada, l'Office possède un haut niveau d'expertise. À cet égard, il n'est pas différent des autres organismes fédéraux et provinciaux de régulation économique. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, ce qui prête plus à controverse est la façon appropriée de caractériser le litige en cause et de décider dans quelle mesure il relève de la compétence de l'Office.

[28] Selon FE, la principale question en litige dans la présente affaire est une pure question de droit, à savoir si une demande présentée en vertu de l'article 138 peut être rejetée parce que le demandeur n'a fourni aucune preuve d'abus ou d'inefficacité du marché ou de problème lié aux tarifs ou aux services en raison du manque de concurrence, lesquels problèmes seraient réglés si les droits de circulation étaient octroyés.

[29] Affirmer toutefois que cette question peut être tranchée sans posséder une compréhension de la politique des transports ou de l'exercice du pouvoir discrétionnaire va à l'encontre de la relation symbiotique qui existe entre le droit et la politique en matière d'administration publique, ainsi que du rôle des organismes spécialisés dont la tâche est d'administrer un

myriad, complex and unforeseeable problems that will arise before the Agency on a case-by-case basis.

[30] FE's characterization of the question to be decided as one of "pure" law on which no judicial deference is due is very difficult to square with the broad discretion given to the Agency by subsection 138(2). For, as the Supreme Court has noted, the breadth of a statutory discretion is an indication that judicial deference is called for when a court is reviewing an agency's decision made pursuant to that discretion. If Agency expertise in the regulation of railways and carriage by rail is not engaged in deciding when competition concerns could warrant a grant of running rights in the public interest, it is difficult to know when it would be.

[31] It is also important to note that the decision of whether to grant to a railway running rights over another's tracks is highly polycentric in nature. On the facts of this case, it involved balancing the competing interests of shippers and producers on the one hand, and of the existing rail carriers on the other. The broader ramifications of the decision, and the range of interests potentially affected, are indicated by the nature and number of the interveners before the Agency. They included CP, whose interests were not directly at stake, railway employees and retirees, the Canadian Wheat Board, the Commissioner of Competition, the operators of grain elevators, a coal company, and the Port of Prince Rupert.

[32] In our view, a consideration of all the elements of the pragmatic and functional analysis discussed above points clearly to a deferential standard of review. Indeed, despite the absence of a preclusive clause and the presence of a limited right of appeal, we agree with the position taken at the hearing by counsel for CN, CP and the Agency itself. Patent unreasonableness is the

régime régulateur dans le cadre d'une loi qui ne prétend pas cerner et régler la myriade de problèmes complexes et imprévisibles dont l'Office est saisi et sur lesquels il doit se prononcer au cas par cas.

[30] De l'avis de FE, il s'agit d'une question de droit «pur» et la Cour ne doit faire preuve d'aucune retenue judiciaire. Cette caractérisation cadre très difficilement avec l'ampleur du pouvoir discrétionnaire accordé à l'Office par le paragraphe 138(2). En effet, comme la Cour suprême l'a fait remarquer, l'étendue du pouvoir discrétionnaire que confère la loi est une indication que la cour siégeant en révision doit faire preuve de retenue judiciaire quand elle procède au contrôle judiciaire de la décision d'un organisme qui l'a rendue en vertu de ce pouvoir discrétionnaire. Si l'on ne peut faire appel à l'expertise de l'Office en matière de régulation des chemins de fer et du transport par chemin de fer pour décider si des problèmes de concurrence peuvent justifier l'octroi de droits de circulation dans l'intérêt public, alors quand pourra-t-on le faire?

[31] Il est également important de noter que la question de savoir s'il convient d'octroyer à une compagnie de chemins de fer des droits de circulation sur les voies d'une autre compagnie est une question hautement polycentrique. En l'espèce, il a fallu soupeser les intérêts contradictoires des expéditeurs et des producteurs d'une part et des transporteurs ferroviaires d'autre part. D'ailleurs, l'étendue des répercussions de la décision ainsi que les nombreux intérêts sur lesquels elle pourrait avoir une incidence sont reflétés par la nature et le nombre des intervenants qui ont comparu devant l'Office, entre autres: le CP, dont les intérêts n'étaient pas directement touchés, des employés des chemins de fer en poste ou à la retraite, la Commission canadienne du blé, le Commissaire à la concurrence, les exploitants de silos à céréales, une compagnie charbonnière et des représentants du port de Prince Rupert.

[32] À notre avis, un examen de tous les éléments de l'analyse pragmatique et fonctionnelle mentionnés plus haut indique clairement qu'il convient d'appliquer une norme de contrôle exigeant la retenue judiciaire. En effet, en dépit de l'absence d'une clause limitative et de la présence d'un droit d'appel limité, nous sommes d'accord avec la position prise pendant l'audience par les

appropriate standard of review of a polycentric question concerning the regulation of activities within the mandate of a highly specialized agency, and lies closer to the discretion than to the law end of the spectrum.

[33] It remains to apply that standard to the decision under review. Counsel for FE did not argue that if, contrary to their submissions, correctness was not the standard of review, the appeal should be allowed because the Agency's decision was unreasonable. Indeed, in our view, it could not plausibly be maintained that the Agency's reasoning was so obviously and grievously erroneous that its decision cannot be permitted to stand. On the contrary, the Agency's analysis is careful, balanced, cogent and detailed, and was properly responsive to the position advanced on behalf of FE.

[34] In particular, it is difficult to take issue with the rationality of the Agency's principal reason for concluding that FE had not demonstrated a lack of competition, or the effects thereof, that would support a finding that the grant of running rights was in the public interest. I can do no better than to reproduce again what the Agency said at page 50 of the Appeal Book.

A statutory running right is an exceptional remedy. Its exceptional character is supported on many fronts: it is expropriative in nature; there are significant operational problems to be expected in its application; there will likely be a continuing need for regulatory intervention; it may lead to the fragmentation of railway markets; it may create disincentives for the host to invest in infrastructure and may have capital funding implications for the host railway company. As well, there may be other less intrusive remedies available under the law.

[35] The fact that one member of the Agency entered a vigorous dissent does not throw into doubt the rationality of the majority's reasoning. That a rational case can be made for reaching the opposite conclusion from that reached by a majority does not demonstrate the

avocats représentant le CN, le CP et l'Office lui-même. C'est la norme de la décision manifestement déraisonnable qui s'applique à une question polycentrique liée à la régulation d'activités faisant partie du mandat d'un organisme hautement spécialisé, cette norme s'approchant davantage du pouvoir discrétionnaire que de l'autre extrémité de la gamme, soit celle du droit.

[33] Il reste à appliquer cette norme à la décision qui fait l'objet du contrôle. L'avocat représentant FE n'a pas affirmé que si, contrairement à ses arguments, la décision correcte ne s'appliquait pas comme norme, l'appel devait être accueilli parce que la décision de l'Office était déraisonnable. À notre avis, on ne peut soutenir de façon plausible qu'il était évident que le raisonnement de l'Office était à ce point erroné que sa décision ne peut être maintenue. Au contraire, l'analyse de l'Office a été faite avec minutie, elle est pondérée, convaincante et détaillée, et elle répond adéquatement à la position avancée pour le compte de FE.

[34] Plus particulièrement, il est difficile de contester le bien-fondé du motif principal invoqué par l'Office selon lequel FE n'avait pas prouvé un manque de concurrence, ou ses contrecoups, à l'appui d'une conclusion selon laquelle l'octroi de droits de circulation était dans l'intérêt public. Je ne puis faire mieux que reprendre ce que l'Office a affirmé, à la page 50 du dossier d'appel.

Un droit de circulation statutaire est un recours exceptionnel. Sa nature exceptionnelle est étayée sur bien des fronts: elle est de nature expropriatrice; il faut s'attendre à de sérieux problèmes opérationnels au niveau de son application; une intervention réglementaire continuera sans doute de s'imposer; elle risque d'entraîner le morcellement des marchés ferroviaires; elle risque de dissuader la compagnie hôte d'investir dans des infrastructures et peut avoir des répercussions sur le plan du financement des immobilisations pour la compagnie de chemin de fer hôte. Par ailleurs, il se peut qu'il y ait d'autres recours moins importuns en vertu de la loi.

[35] Le fait qu'un membre de l'Office ait désapprouvé fortement la décision de la majorité ne remet pas en question le bien-fondé du raisonnement de la majorité. Faire valoir des arguments rationnels à l'appui d'une conclusion contraire à celle de la majorité ne prouve pas

irrationality of the majority's view. Indeed, for what it is worth, we note that another member of the Agency gave concurring reasons, on the ground that the majority did not go far enough.

[36] Our conclusion that the Agency committed no reviewable error on the main question, the competition issue, effectively subsumes the argument made by FE that the Agency ignored relevant factors and took into account the irrelevant. We therefore need say nothing about them.

[37] Finally, FE submitted that the Agency breached the duty of procedural fairness in two respects. First, in the course of considering the financial viability of FE and the reliability of its business plan, the Agency took into consideration the level of compensation that might be awarded as a condition of the grant of running rights. Counsel argued that this was unfair. Because the Agency had stated previously that it would only consider the question of compensation if and when it decided to grant the section 138 application, counsel for FE was not prepared to properly address the Agency on this issue.

[38] In our view, there is no merit in this point, for three reasons. First, the Agency was entitled to dismiss the application because FE had not demonstrated that the grant of running rights was warranted on the principal ground advanced by FE, namely, enhanced competition. Consequently, the financial viability of FE could not in itself justify the grant of running rights, although doubts on this score might have conceivably counted against it if it had established grounds for granting its application.

[39] Second, what the Agency said (at page 57 of the Appeal Book) about compensation and FE's financial viability seems to us to be so obvious and completely unexceptionable that it hardly constitutes a finding adverse to FE on which it ought to have been heard at greater length, after an adjournment:

The Agency is of the view that it would be inappropriate to determine or prejudge at this time what exact elements should

que l'opinion de la majorité était irrationnelle. Par ailleurs, soit dit en passant, nous remarquons qu'un autre membre de l'Office a prononcé des motifs concourants portant que la majorité n'était pas allée assez loin dans son raisonnement.

[36] Notre conclusion selon laquelle l'Office n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire pour ce qui est de la question principale, celle de la concurrence, écarte effectivement l'argument de FE voulant que l'Office n'ait pas tenu compte d'éléments pertinents et qu'il ait tenu compte d'éléments dénués de pertinence. Nul besoin de dire quoi que ce soit à ce sujet.

[37] Finalement, FE a fait valoir que l'Office avait manqué à l'obligation d'équité procédurale à deux égards. Premièrement, quand il a examiné la viabilité financière de FE et la fiabilité de son plan d'affaires, l'Office a tenu compte du niveau d'indemnisation qui pourrait être accordé comme condition à l'octroi de droits de circulation. L'avocat de FE a soutenu que cela était injuste parce que l'Office avait déclaré antérieurement qu'il n'examinerait la question de la compensation que s'il décidait de faire droit à la demande présentée en vertu de l'article 138. L'avocat de FE n'était donc pas adéquatement préparé à répondre à l'Office sur cette question.

[38] À notre avis, ce point est sans fondement, et ce pour trois raisons. Premièrement, l'Office était autorisé à rejeter la demande parce que FE n'avait pas prouvé que l'octroi de droits de circulation était justifié pour le motif principal avancé par FE, notamment, l'accroissement de la concurrence. Par conséquent, la viabilité financière de FE ne pouvait en soi justifier l'octroi de droits de circulation, encore que des doutes à cet égard auraient pu jouer contre elle si elle avait établi des motifs d'acceptation de sa demande.

[39] Deuxièmement, ce que l'Office a dit (à la page 57 du dossier d'appel) au sujet de l'indemnisation et de la viabilité financière de FE nous semble tellement évident et anodin qu'il ne peut s'agir d'une conclusion défavorable à FE sur laquelle elle aurait dû être entendue de façon plus approfondie, après un ajournement:

L'Office est d'avis qu'il est inopportun pour l'instant de s'interroger sur ou de déterminer quels éléments précis doivent

form the compensation fee or at what level such fees should be set. In this context, the Agency finds that if FE's assumed expense for reimbursing CN for use of its trackage were lower than the access fee ultimately paid to CN, this would have a further negative impact on FE's earnings expectations.

[40] Third, counsel conceded that, while he objected at the time to the Board's considering compensation, he did not request an adjournment so that he could participate effectively on the issue. In our view, having missed this opportunity, FE cannot now argue that it was denied procedural fairness because the level of compensation was raised unexpectedly and tangentially in the course of the hearing on FE's financial viability.

[41] The second fairness argument is that the Agency breached the duty to be procedurally fair when it refused to accept written submissions made by FE after the date for submitting further material had passed. FE argued that the public interest nature of Agency proceedings means that the Agency should not confine itself to considering material submitted at the hearing, but should be prepared to entertain late submissions, up until the time that it was ready to render its decision.

[42] Again, in our view this point lacks any merit. FE wished to make late written submissions on the conditions that the Agency might impose on the grant of running rights in order to respond to the concerns expressed during the hearing by those opposing the section 138 application. Indeed, it might well have been unfair to the other parties if the Agency had considered FE's late submissions without reopening the oral hearing to allow for cross-examination and for oral submissions to be made in response. This would cause further delays. If, as FE suggested, the Agency was bound to accept written submissions at any time before it rendered its decision, the hearing might never end.

faire partie des droits d'indemnisation ou sur le niveau de ces droits. À cet égard, l'Office estime que, si les frais présumés par FE au titre du remboursement de CN pour l'utilisation de ses voies sont inférieurs aux droits d'accès devant être versés à CN, cela aura d'autres effets néfastes sur les recettes escomptées par FE.

[40] Troisièmement, l'avocat de FE a reconnu que, bien qu'il se soit opposé à ce moment-là au fait que la Commission envisage une indemnité, il n'a pas demandé d'ajournement afin de pouvoir participer efficacement à l'audience sur cette question. À notre avis, puisqu'elle a raté cette occasion, FE ne peut maintenant soutenir qu'elle n'a pas pu bénéficier de l'équité procédurale parce que la question du montant de l'indemnité a été soulevée soudainement et de façon incidente au cours de l'instance alors qu'il était question de la viabilité financière de FE.

[41] Le deuxième argument concernant l'équité est que l'Office a violé l'obligation d'équité procédurale quand il a refusé d'accepter les observations écrites que FE a soumises après l'expiration du délai fixé pour le dépôt des observations supplémentaires. FE a soutenu que, par définition, les instances de l'Office sont axées sur l'intérêt public et que, de ce fait, il ne devrait pas se limiter à examiner le matériel qui lui est soumis à l'audience, mais qu'il devrait être disposé à envisager des mémoires soumis tardivement, jusqu'au moment où il est prêt à rendre sa décision.

[42] Là encore, à notre avis, ce point est sans fondement. FE souhaitait présenter tardivement des observations écrites sur les conditions que l'Office aurait pu imposer à l'octroi de droits de circulation et calmer ainsi les craintes exprimées pendant l'audience par les parties qui s'opposaient à la demande présentée en vertu de l'article 138. En fait, l'Office aurait bien pu commettre une injustice envers les autres parties s'il avait accepté les mémoires soumis tardivement par FE sans procéder à la réouverture de l'audience afin de permettre un contre-interrogatoire et la présentation d'arguments de vive voix en réponse. Cela aurait entraîné d'autres retards. Si, comme le recommande FE, l'Office devait accepter les mémoires soumis n'importe quand avant de rendre sa décision, l'audition de la demande n'en finirait plus.

[43] Procedural fairness guarantees only a reasonable right to participate in administrative decision-making, not a virtually open-ended opportunity to raise additional points or to introduce evidence. It does not eliminate an agency's ability to control its own process. That would be a recipe for administrative grid-lock.

[44] For all these reasons, the appeal will be dismissed with costs payable by FE to CN.

[43] L'équité procédurale ne garantit qu'un droit raisonnable de participation à la prise de décisions administratives, et non une occasion virtuellement illimitée de soulever des points additionnels ou d'introduire des éléments de preuve. Par ailleurs, un organisme a toujours le pouvoir de contrôler sa façon de procéder et d'éviter ainsi une impasse administrative.

[44] Pour tous ces motifs, l'appel sera rejeté avec dépens payables par FE au CN.