

A-613-99  
2001 FCA 327

A-613-99  
2001 CAF 327

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

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

v.

c.

**Gordon Moffatt, Her Majesty in Right of the Province of Newfoundland and Labrador, Canadian Transportation Agency** (*Respondents*)

**Gordon Moffatt, Sa Majesté du chef de la Province de Terre-Neuve et du Labrador, Office des transports du Canada** (*intimés*)

and

et

**Canadian Pacific Railway, The Atlantic Provinces Trucking Association** (*Intervenors*)

**Chemin de fer du Canadien Pacifique, l'Association du camionnage des provinces de l'Atlantique** (*intervenantes*)

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

*RÉPERTORIÉ: CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA c. MOFFATT (C.A.)*

Court of Appeal, Richard C.J., Rothstein and Noël J.A.—Halifax, September 24 and 25; Ottawa, October 31, 2001.

Cour d'appel, juge en chef Richard, juges Rothstein et Noël, J.C.A.—Halifax, 24 et 25 septembre; Ottawa, 31 octobre 2001.

*Transportation — Appeal from Canadian Transportation Agency's decision referring matter of freight rates for shipping goods from Central Canada to Island of Newfoundland to final offer arbitration — Under Canada Transportation Act (CTA), Part IV shipper may submit matter to Agency for final offer arbitration if unable to agree with carrier as to rates for movement of goods — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that, for purpose of railway rate regulation, Island of Newfoundland included in Maritime Region of Canada, and through-traffic between North Sydney, Port aux Basques to be treated as all-rail traffic — Agency erred in concluding had jurisdiction to conduct inquiry into application of Term 32(2) to setting of freight rates to Newfoundland, and to assign to arbitrator task of developing rates according to Term 32(2) — As creature of statute, powers must be granted by statute, in statutory law, either expressly or impliedly — Nothing in CTA, Part IV conferring jurisdiction on Agency — Part IV only requiring Agency to check contents of submission, determine whether timely notice given and choose arbitrator — Statutory history of final offer arbitration indicating Parliament intending to restrict Agency from involving itself in substantive matters preliminary to arbitration — Agency holding specifically mandated to receive applications pursuant to s. 161, refer them to arbitrator, subject to any interlocutory objections that may arise — Nothing in s. 161 or elsewhere in Part IV mandating Agency to deal with interlocutory objections that may arise — Furthermore, subject-matter, remedy not within Agency's jurisdiction — Test for jurisdiction in Cuddy Chicks Ltd. not met — No other provision in CTA conferring upon Agency power, duty, function of administering whole CTA — Term*

*Transports — Appel d'une décision par laquelle l'Office des transports du Canada a soumis à l'arbitrage l'affaire des taux de fret pour le transport de marchandises entre la région centrale du Canada et Terre-Neuve — Selon la partie IV de la Loi sur les transports au Canada (LTC), l'expéditeur peut soumettre l'affaire à l'Office pour arbitrage s'il ne peut s'entendre avec un transporteur sur les tarifs proposés pour le transport de marchandises — La clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — L'Office a commis une erreur en concluant qu'il était compétent pour juger si la clause 32(2) s'appliquait à l'établissement de taux de fret vers Terre-Neuve et pour confier à l'arbitre la tâche de développer des tarifs d'une manière conforme à la clause 32(2) — Comme l'Office est une création du législateur, les pouvoirs qu'il exerce doivent lui être conférés par sa loi constitutive, soit expressément soit par implication nécessaire — La partie IV de la LTC ne confère nullement une telle compétence à l'Office — La partie IV oblige seulement l'Office à vérifier le contenu de la demande, à apprécier le délai de signification de l'avis et à choisir l'arbitre — L'histoire de l'arbitrage atteste l'intention du législateur, dans la LTC, de limiter le rôle de l'Office avant le renvoi d'une question à l'arbitrage — L'Office a été investi expressément du mandat d'entendre ce genre de demandes en vertu de l'art. 161 de la LTC et d'adresser ces demandes à un arbitre, sous réserve des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées — Rien dans l'art. 161 ou ailleurs dans la partie IV ne donne*

32(2) neither expressly nor impliedly conferring jurisdiction on Agency — For Term 32(2) to apply, some relevant railway rate regulation in legislation administered by Agency must exist — Such railway rate regulation no longer exists in current deregulated environment — No regulation engaging Term 32(2), no basis for assumption of jurisdiction.

*Railways — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that for purpose of railway rate regulation, Island of Newfoundland included in Maritime Region of Canada, and through-traffic between North Sydney and Port aux Basques treated as all-rail traffic — Historically interpreted as requiring extrapolation to points in Newfoundland on rail mileage basis of rates applicable from Central Canada to Maritime Provinces — Such rates maximum rates — Shipper relying on Term 32(2) as basis for maximum rates carrier could charge to move freight from Central Canada to Island of Newfoundland — “For the purpose of railway rate regulation” presuming existence of relevant rate regulation i.e. contemplating rate structure applicable to Maritime Region of Canada from which rates could be extrapolated to points in Newfoundland — Such railway rate regulation no longer exists — Term 32(2) not engaged.*

*Constitutional Law — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that, for purpose of railway rate regulation, Island of Newfoundland will be included in Maritime Region of Canada, and through-traffic moving between North Sydney and Port aux Basques will be treated as all-rail traffic — Shipper, dissatisfied with rates proposed by carrier to move goods from Central Canada to Island of Newfoundland, submitting matter to Canadian Transportation Agency for final offer arbitration — Agency holding Term 32(2) applied, referred matter to arbitration — Although finding railway rate regulations exist, examples cited not limiting power of railway company to set rates to Newfoundland, not implying requirement Maritime rate structure exists from which Newfoundland rates could be extrapolated — Agency acknowledging difficulty when concluded development of Terms of Union rates might involve developing “best guess” figure — Not reasonable to conclude*

*mandat à l'Office de statuer sur des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées — D'ailleurs, l'Office n'avait pas compétence sur l'objet du litige et sur la réparation recherchée — Le critère de compétence énoncé dans l'arrêt Cuddy Chicks Ltd. n'a pas été rempli — Il n'y a dans la LTC aucune autre disposition conférant à l'Office les pouvoirs, attributions et fonctions d'administrer l'ensemble de la LTC — La clause 32(2) ne conférerait une telle compétence à l'Office ni expressément ni par implication nécessaire — Pour que la clause 32(2) puisse s'appliquer, il faut qu'il existe une réglementation adéquate des tarifs ferroviaires dans la loi appliquée par l'Office — Une telle réglementation des tarifs ferroviaires n'existe plus dans l'environnement déréglementé d'aujourd'hui — Aucune réglementation ne met en jeu la clause 32(2), et l'Office ne peut s'arroger la compétence qu'il s'est arrogée ici.*

*Chemins de fer — La clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — La clause 32(2) est interprétée comme une disposition imposant la transposition, pour les endroits situés à Terre-Neuve, et au prorata de la distance parcourue en chemin de fer, des taux applicables depuis la région centrale du Canada jusqu'aux provinces Maritimes — Les taux ainsi calculés étaient des taux maximums — L'expéditeur qui invoque la clause 32(2) comme fondement des taux maximums pourrait faire payer le transport de fret vers l'île de Terre-Neuve depuis la région centrale du Canada — L'expression «aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires» suppose l'existence d'une réglementation adéquate, c'est-à-dire envisage une structure tarifaire applicable à la région maritime du Canada de telle sorte que les tarifs puissent ensuite être appliqués au transport vers des endroits de Terre-Neuve — Une telle réglementation des tarifs ferroviaires n'existe plus — La clause 32(2) n'est pas mise en jeu.*

*Droit constitutionnel — La clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — L'expéditeur, qui n'est pas satisfait des prix que se proposait d'appliquer le transporteur pour le transport de marchandises a soumis l'affaire à l'Office pour arbitrage — L'Office a conclu que la clause 32(2) s'appliquait en l'espèce et a soumis l'affaire à l'arbitrage — Malgré la conclusion selon laquelle il existe une réglementation des tarifs ferroviaires, les exemples cités ne limitent pas le pouvoir d'une compagnie de chemin de fer de fixer des taux pour le transport vers Terre-Neuve et ils ne requièrent pas pour la région maritime l'existence d'une structure tarifaire à partir de laquelle pourraient être établis des tarifs applicables à Terre-Neuve — L'office a reconnu*

*Constitution of Canada would require regulation of freight rates based on "best guess" figures — In absence of relevant rate regulation, Term 32(2) not engaged—"Living tree" approach to interpretation of Term 32(2) misplaced— Cannot be used to animate anachronistic constitutional provision — Application of Term 32(2) suspended until Parliament enacting relevant railway rate regulation.*

*Construction of Statutes — Terms of Union of Newfoundland with Canada, Term 32(2) providing that for purpose of railway rate regulation, Island of Newfoundland will be included in Maritime Region of Canada, and through-traffic moving between North Sydney and Port aux Basques will be treated as all-rail traffic — Canadian Transportation Agency holding because Constitution supreme law of Canada, and because Constitution to be interpreted flexibly, consistent with "living tree" doctrine of constitutional interpretation, Term 32(2) must be made to apply to current state of railway rate regulation — Living tree approach misplaced— Constitution supreme law of Canada but in appropriate circumstances, must be adapted to conditions not existing when provisions enacted — Constitutional provisions in question must be carefully considered to determine whether "living tree" approach appropriate or whether constitutional provision no longer applicable — Living tree doctrine cannot be stretched to animate anachronistic provision — Term 32(2) subsists, and will guarantee Newfoundland protection should Parliament in future enact railway rate regulation relevant to Term 32(2) — When no relevant railway regulation provided, application of Term 32(2) suspended — Living tree doctrine not requiring Term 32(2) to apply in circumstances where no relevant railway regulation.*

This was an appeal from a Canadian Transportation Agency decision submitting the matter of freight rates for transporting goods in containers between Central Canada and Newfoundland to final offer arbitration. Under *Canada Transportation Act*, Part IV, a shipper who is dissatisfied with the rates proposed to be charged by a carrier for the movement of goods may submit the matter to the Agency for final offer arbitration. The Agency then refers the matter to an arbitrator. Shipper Moffatt's final offer was based upon the principles contained in Term 32(2) of the Terms of Union of Newfoundland with Canada. Term 32(2) provides that "for the

*qu'il était difficile de déceler une structure tarifaire lorsqu'il a conclu que l'établissement de tarifs conformes aux Conditions de l'union pouvait supposer le recours «à une sorte d'estimation» — Il est inexact d'affirmer que la Constitution du Canada exigerait que la réglementation des taux de fret soit fondée sur des estimations — En l'absence d'une réglementation adéquate des tarifs, il n'y a pas mise en jeu de la clause 32(2) — Il n'est pas approprié d'appliquer le principe de l'approche évolutive à l'interprétation de la clause 32(2) — Il ne peut servir à donner vie à une disposition constitutionnelle qui ne correspond plus à la réalité — L'application de la clause 32(2) est suspendue jusqu'à ce que le législateur fédéral ait pris une réglementation en matière de tarifs ferroviaires.*

*Interprétation des lois — La clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada prévoit que, aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire — L'Office des transports du Canada a conclu que, parce que la Constitution est la loi suprême du Canada et parce qu'elle doit être interprétée de manière souple et cohérente avec le principe de l'approche évolutive de l'interprétation de la Constitution, la clause 32(2) doit être rendue applicable à l'état actuel de la réglementation des tarifs ferroviaires — Il n'est pas approprié d'appliquer le principe de l'approche évolutive — Bien que la Constitution soit la loi suprême du Canada, elle doit, dans les cas qui s'y prêtent, être adaptée à des conditions qui n'existaient pas lorsque ses diverses dispositions ont été édictées — Il convient d'étudier minutieusement les dispositions constitutionnelles en question pour savoir si le principe de l'approche évolutive est approprié ou si la disposition constitutionnelle n'est tout simplement plus applicable — Le principe de l'approche évolutive ne saurait être élargi pour donner vie à une disposition qui ne correspond plus à la réalité — La clause 32(2) subsiste et elle garantira à Terre-Neuve la protection qu'elle prévoit, pour le cas où le législateur fédéral édicterait, en matière de tarifs ferroviaires, une réglementation qui met en jeu la clause 32(2) — Quand aucune réglementation en matière de tarifs ferroviaires n'est prévue, l'application de la clause 32(2) est suspendue — Le principe de l'approche évolutive ne signifie pas que la clause 32(2) doit être rendue applicable lorsqu'il n'existe aucune réglementation sur les tarifs.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle l'Office des transports du Canada a soumis à l'arbitrage l'affaire des taux de fret pour le transport de marchandises dans des conteneurs entre la région centrale du Canada et Terre-Neuve. Selon la partie IV de la *Loi sur les transports au Canada*, l'expéditeur qui n'est pas satisfait des prix que se propose d'appliquer un transporteur pour le transport de marchandises peut soumettre l'affaire à l'Office pour arbitrage. L'Office renvoie ensuite l'affaire à un arbitre. La dernière offre de l'expéditeur Moffatt était fondée sur les principes énoncés dans la clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve

purpose of railway rate regulation, the Island of Newfoundland will be included in the Maritime Region of Canada, and through-traffic moving between North Sydney and Port aux Basques will be treated as all-rail traffic". Term 32(2) has been interpreted to require the extrapolation to points in Newfoundland on a rail mileage basis, of rates applicable from Central Canada to the Maritime Provinces. Such rates were maximum rates. CN objected to the referral of the matter to arbitration on the following grounds: Term 32(2) had no further application after closure of the Newfoundland Railway in 1988; there is no longer any relevant railway rate regulation to which Term 32(2) could apply; and CN is no longer a Crown corporation and there is no law binding on CN to implement Term 32(2) in its rate making. The Agency concluded that, as CN had offered "through" rates from mainland Canada to points in Newfoundland, these rates fell within the purview of Term 32(2). It acknowledged that identification of a Maritime rate structure was difficult as most rates are contained in confidential contracts, but as the Constitution requires Terms of Union rates, they must be developed even if it meant resorting to developing a "best guess" figure. The Agency concluded that Term 32(2) applied herein and submitted the matter for arbitration, assigning the task of developing a Maritime rate structure and Terms of Union rates to the arbitrator. The Agency held that it had jurisdiction over the subject-matter, parties and remedy and met the test for jurisdiction set out in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*. The issue was whether the Agency had jurisdiction to conduct an inquiry into the application of Term 32(2) to the setting of freight rates to Newfoundland and to assign to the arbitrator the task of developing rates to Newfoundland according to Term 32(2).

*Held*, the appeal should be allowed.

The Agency erred in concluding that it had such jurisdiction. It is a creature of statute and the powers it exercises must be granted by statute, either expressly or by necessary implication. For a tribunal to address a constitutional issue, it must already have jurisdiction over the whole of the matter before it, namely the parties, subject-matter and remedy.

Nothing in Part IV of the CTA authorized the Agency to conduct the inquiry regarding the Terms of Union and to issue instructions to the arbitrator to develop a Maritime rate structure and Terms of Union rates. Part IV of the CTA only requires the Agency to check the contents of the submission, determine whether timely notice has been given to the railway

au Canada. La clause 32(2) prévoit que, «aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire». La condition 32(2) est interprétée comme une disposition imposant la transposition, pour les endroits situés à Terre-Neuve, et au prorata de la distance parcourue en chemin de fer, des taux applicables depuis la région centrale du Canada jusqu'aux provinces Maritimes. Les taux ainsi calculés étaient des taux maximums. Les moyens invoqués par le CN pour s'opposer au renvoi de la question à l'arbitrage étaient les suivants: la clause 32(2) n'était plus applicable après la fermeture du Chemin de fer de Terre-Neuve en 1988; il n'existe plus de règlement sur les tarifs ferroviaires auquel la clause 32(2) puisse s'appliquer; et le CN n'est plus une société d'État et aucune loi n'oblige le CN à donner effet à la clause 32(2) lorsqu'il établit des taux de fret. L'Office a conclu que, puisque le CN avait offert des tarifs forfaitaires depuis le Canada continental jusqu'à des endroits situés à Terre-Neuve, ces tarifs relevaient du champ de la clause 32(2). Il a reconnu qu'il était difficile de décoder une structure tarifaire de la région maritime car la plupart des tarifs sont indiqués dans des contrats confidentiels, mais, comme la Constitution impose des tarifs conformes aux Conditions de l'union, ceux-ci doivent être établis même s'il faut recourir «à une sorte d'estimation». L'Office a conclu que la clause 32(2) s'appliquait en l'espèce et a soumis l'affaire à l'arbitrage, en assignant à l'arbitre la tâche d'établir une structure tarifaire de la région maritime et des tarifs conformes aux Conditions de l'union. L'Office a conclu qu'il avait compétence à l'égard de la question soumise, des parties et de la réparation recherchée et répondait au critère énoncé dans l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*. La question était de savoir si l'Office était compétent pour juger si la clause 32(2) s'appliquait à l'établissement de taux de fret vers Terre-Neuve et pour confier à l'arbitre la tâche de développer, d'une manière conforme à la clause 32(2), des tarifs pour le transport de fret vers Terre-Neuve.

*Arrêt*: l'appel est accueilli.

L'Office a commis une erreur en concluant qu'il avait cette compétence. Il est une création du législateur et les pouvoirs qu'il exerce doivent lui être conférés par sa loi constitutive, soit expressément soit par implication nécessaire. Pour qu'un tribunal administratif étudie une question constitutionnelle, il doit déjà avoir compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée.

La partie IV de la LTC n'autorisait nullement l'Office à se livrer à l'examen qu'il a effectué à propos des Conditions de l'union ni à donner à l'arbitre des instructions selon lesquelles il devait développer une structure tarifaire pour la région maritime et des taux conformes aux Conditions de l'union. La partie IV de la LTC oblige seulement l'Office à vérifier le

company and, when necessary, choose the arbitrator. Final offer arbitration was introduced in the *National Transportation Act, 1987* (NTA, 1987). Some significant changes in the CTA indicate that Parliament intended to restrict the Agency from involving itself in substantive matters preliminary to an arbitration.

The Agency found that “Parliament has specifically mandated the Agency to receive such applications pursuant to section 161 of the CTA and refer them to an arbitrator, subject to any interlocutory objections that may arise”. Nothing in section 161 or elsewhere in Part IV mandates the Agency to deal with “interlocutory objections that may arise”. The Agency read words into section 161 that do not appear, in order to justify its assumption of jurisdiction. The Agency must take the statute as it finds it.

Further, the Agency did not have jurisdiction over the subject-matter and remedy. The issue before the Agency was whether the submission for final offer arbitration was properly before it and the remedy sought was not to refer the matter for arbitration. Nothing in Part IV of the CTA confers on the Agency jurisdiction to decide, on any substantive basis, whether a submission for final offer arbitration is properly before it. Nor is there authority for the Agency not to refer the matter for arbitration if it meets the procedural requirements of Part IV. Finally, jurisdiction cannot be conferred by agreement, and expertise, on its own, is not a basis for a tribunal assuming a jurisdiction not conferred upon it by statute. The test for jurisdiction in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* was not met.

There is no provision in the CTA conferring upon the Agency the power, duty or function of administering the whole CTA. Unless there is specific jurisdiction in the CTA to conduct a Term 32(2) inquiry upon submission of an application for final offer arbitration, there is no such jurisdiction. Part IV does not confer such jurisdiction. Nor does any other provision of the CTA confer a general jurisdiction on the Agency to deal with Term 32(2).

The only other possible source of Agency jurisdiction is Term 32(2), which does not mention the Agency or its predecessor tribunals, and therefore does not expressly confer jurisdiction on the Agency to regulate railway rates generally or rates to and from Newfoundland. Nor does it necessarily imply railway rate regulation by the Agency. The words “For the purpose of railway rate regulation” presume the existence of rate regulation that is relevant to the balance of the Term, but they do not mandate that Parliament enact or maintain such regulation. Relevant railway rate regulation means regulation that gives some meaning to Newfoundland being included in the Maritime Region of Canada and “through-traffic” between

contenu de la demande, à apprécier le délai de signification de l’avis à la compagnie de chemin de fer et, si nécessaire, à choisir l’arbitre. L’arbitrage a été introduit dans la *Loi nationale de 1987 sur les transports* (LNT de 1987). Quelques changements importants attestent l’intention du législateur, dans la LTC, de limiter le rôle de l’Office avant le renvoi d’une question à l’arbitrage.

L’Office a conclu que «le Parlement a expressément investi l’Office du mandat d’entendre ce genre de demandes en vertu de l’article 161 de la LTC et d’adresser ces demandes à un arbitre, sous réserve des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées». Rien dans l’article 161 ou ailleurs dans la partie IV ne donne mandat à l’Office de statuer sur «des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées». L’Office a interprété un peu trop libéralement le texte de l’article 161, de manière à justifier la compétence qu’il voulait s’arroger. L’Office doit prendre la loi telle qu’elle existe.

D’ailleurs, l’Office n’avait pas compétence sur l’objet du litige et sur la réparation recherchée. La question soulevée devant l’Office était de savoir si celui-ci avait été valablement saisi de la demande d’arbitrage, et la réparation recherchée n’était pas le renvoi de la question à l’arbitrage. La partie IV de la LTC ne confère nullement à l’Office le pouvoir de statuer au fond sur la question de savoir s’il est valablement saisi d’une demande d’arbitrage. L’Office n’a pas non plus le pouvoir de ne pas renvoyer la question à l’arbitrage si elle répond aux règles de forme de la partie IV. Finalement, une compétence ne saurait résulter d’une entente, et des connaissances spécialisées ne peuvent à elles seules conférer à un tribunal administratif une compétence que ne lui reconnaît pas la loi. Le critère de compétence énoncé dans l’arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)* n’a pas été rempli.

Il n’y a dans la LTC aucune disposition conférant à l’Office les pouvoirs, attributions et fonctions d’administrer l’ensemble de la LTC. Si la LTC ne confère pas expressément compétence à l’égard d’un examen se rapportant à la clause 32(2) après qu’a été présentée une demande d’arbitrage, une telle compétence n’existe pas. La partie IV ne confère pas une telle compétence. Et aucune autre disposition de la LTC ne confère elle non plus à l’Office une compétence générale au regard de la clause 32(2).

La seule autre source possible d’une compétence de l’Office est la clause 32(2), qui ne mentionne pas l’Office ni les tribunaux administratifs qui l’ont précédé et qui ne confère donc pas expressément à l’Office une compétence pour réglementer les tarifs ferroviaires en général ni les taux de fret vers ou depuis Terre-Neuve. Elle ne suppose pas nécessairement la réglementation des tarifs ferroviaires par l’Office. L’expression «aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires» suppose l’existence d’une réglementation qui se rapporte au reste de la clause, mais elle ne veut pas dire que le législateur doit édicter ou maintenir cette réglementation. Pour qu’une réglementation sur les tarifs ferroviaires soit applicable,

North Sydney and Port aux Basques being treated as “all-rail traffic”. The nature of railway rate regulation contemplated by Term 32(2) was a power in an administrative tribunal to identify a rate structure applicable to the Maritime Region of Canada so that rates could then be extrapolated on a rail mileage basis to points in Newfoundland, treating the water movement from North Sydney to Port aux Basques as a rail movement and ignoring dissimilar circumstances between Newfoundland and the Maritime Provinces. The history of railway rate regulation and statutory provisions relating to Term 32(2) supports this view and demonstrates that such railway rate regulation no longer exists in the current deregulated environment.

The Agency found that railway rate regulation currently exists under the CTA. However, the examples cited do not limit the power of a railway company to set rates to Newfoundland and do not imply a requirement that a Maritime rate structure exists, from which Newfoundland rates could be extrapolated. The Agency acknowledged this difficulty when it concluded that the development of Terms of Union rates might involve developing a “best guess” figure. It is not reasonable to conclude that the Constitution of Canada would require that regulation of freight rates would be based on “best guess” figures. In the absence of rate regulation that has some relevance to the setting of rates to Newfoundland by a railway company, there is no regulation that engages Term 32(2) and no basis for the Agency to have assumed the jurisdiction it did in this case. Although final offer arbitration is a form of rate regulation that can be invoked by shippers relative to railway rates to Newfoundland, it is not a regulatory basis for the Agency to have conducted the inquiry it did in this case or to have instructed the arbitrator to develop Terms of Union rates.

Although the Constitution is the supreme law of Canada, it must, in appropriate circumstances, be adapted to conditions that did not exist when its various provisions were enacted. The constitutional provisions in question must be carefully considered to determine whether the “living tree” approach is appropriate or whether the constitutional provision is no longer applicable. The living tree doctrine cannot be stretched to animate a provision that is a practical anachronism. Term 32(2) subsists and will guarantee Newfoundland the protection it affords should Parliament, in the future, enact railway rate regulation which is relevant to Term 32(2). However, at the present time, when Parliament has not provided for any relevant railway rate regulation, the application of Term 32(2)

il doit s’agir d’une réglementation qui impose d’inclure Terre-Neuve dans la région maritime du Canada et de traiter le «transport direct» entre North Sydney et Port-aux-Basques comme un transport «exclusivement ferroviaire». La nature de la réglementation des tarifs ferroviaires envisagée par la clause 32(2) était un pouvoir dévolu à un tribunal administratif de définir une structure tarifaire applicable à la région maritime du Canada de telle sorte que les tarifs puissent ensuite être appliqués, selon le kilométrage parcouru, au transport vers des endroits de Terre-Neuve, le transport par eau de North Sydney à Port-aux-Basques étant réputé constituer un transport par chemin de fer, et les différences entre Terre-Neuve et les provinces Maritimes étant simplement ignorées. L’historique de la réglementation des tarifs ferroviaires et des dispositions législatives se rapportant à la clause 32(2) confirme cette manière de voir et montre qu’une telle réglementation des tarifs ferroviaires n’existe plus dans l’environnement déréglementé d’aujourd’hui.

L’Office a conclu qu’il existe aujourd’hui dans la LTC une réglementation des tarifs ferroviaires. Cependant, les exemples cités ne limitent pas le pouvoir d’une compagnie de chemin de fer de fixer des taux pour le transport vers Terre-Neuve et ils ne requièrent pas pour la région maritime l’existence d’une structure tarifaire à partir de laquelle pourraient être établis des tarifs applicables à Terre-Neuve. L’Office a reconnu cette difficulté lorsqu’il a conclu que le développement de tarifs conformes aux Conditions de l’union pourrait nécessiter le recours «à une sorte d’estimation». Il est inexact d’affirmer que la Constitution du Canada exige que la réglementation des taux de fret soit fondée sur des estimations. En l’absence d’une réglementation des tarifs qui intéresse de quelque façon l’établissement de tarifs à destination de Terre-Neuve par une compagnie de chemin de fer, alors aucune réglementation ne met en jeu la clause 32(2), et l’Office ne peut s’arroger la compétence qu’il s’est arrogée ici. L’arbitrage est une forme de réglementation des tarifs qui peut être invoquée par les expéditeurs à propos des tarifs du transport ferroviaire vers Terre-Neuve, mais l’arbitrage ne constitue pas un fondement réglementaire autorisant l’Office à faire enquête comme il l’a fait ici ou à donner des directives à l’arbitre pour qu’il développe des tarifs conformes aux Conditions de l’union.

Bien que la Constitution soit la loi suprême du Canada, elle doit, dans les cas qui s’y prêtent, être adaptée à des conditions qui n’existaient pas lorsque ses diverses dispositions ont été édictées. Il convient d’étudier minutieusement les dispositions constitutionnelles en question pour savoir si le principe de l’approche évolutive est approprié ou si la disposition constitutionnelle n’est tout simplement plus applicable. Le principe de l’approche évolutive ne saurait être élargi pour donner vie à une disposition qui ne correspond plus à la réalité. La clause 32(2) subsiste et elle garantira à Terre-Neuve la protection qu’elle prévoit, pour le cas où le législateur fédéral édicterait, en matière de tarifs ferroviaires, une réglementation qui met en jeu la clause 32(2). Toutefois, pour l’heure, le

is suspended. The living tree doctrine does not require that Term 32(2) be made to apply in circumstances where there is no relevant railway regulation. Term 32(2) neither expressly nor by necessary implication, confers jurisdiction on the Agency to have conducted the inquiry it did into Term 32(2) nor to issue instructions to the arbitrator to develop Terms of Union rates.

As the period during which the rate selected by the arbitrator was to have effect has long since expired, no useful purpose would be served by remitting the matter to the Agency for referral for final offer arbitration.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Budget Implementation Act, 1995*, S.C. 1995, c. 17, s. 25.  
*Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 26, 37, 161 (as am. by S.C. 2000, c. 16, s. 11), 162, 165 (as am. *idem*, s. 16).  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).  
*Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, s. 106(1).  
*Maritime Freight Rates Act*, R.S.C., 1985, c. M-1 (repealed by S.C. 1995, c. 15, s. 25).  
*National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, s. 45.  
*National Transportation Act*, S.C. 1966-67, c. 69.  
*National Transportation Act, 1987*, S.C. 1987, c. 34, ss. 35, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 111.  
*Newfoundland Act*, 12-13 Geo. VI, c. 22 (U.K.) (as am. by *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 21) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 32], Schedule, Term 32(2),(3).  
*Railway Act*, R.S.C. 1927, c. 170, ss. 314, 325, 326(6) (as am. by S.C. 1966-67, c. 69, s. 49).  
*Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 269(6).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Canadian National Railway Co. v. Brocklehurst*, [2001] 2 F.C. 141; (2000), 195 D.L.R. (4th) 589; 30 Admin. L.R. (3d) 153; 36

législateur fédéral n'a pris aucune réglementation en matière de tarifs ferroviaires, et l'application de la clause 32(2) est donc suspendue. Le principe de l'approche évolutive ne signifie pas que la clause 32(2) doit être rendue applicable lorsqu'il n'existe aucune réglementation sur les tarifs ferroviaires. La clause 32(2) ne conférerait à l'Office, ni expressément ni par implication nécessaire, le pouvoir de se prononcer sur l'application de la clause 32(2), ni le pouvoir de donner des directives à l'arbitre pour qu'il développe des tarifs conformes aux Conditions de l'union.

Comme la période durant laquelle le tarif choisi par l'arbitre devait avoir effet est depuis longtemps expirée, le renvoi de l'affaire à l'Office en vue d'un arbitrage ne présenterait aucun intérêt pratique.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, ch. 228, art. 106(1).  
*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], art. 52(1).  
*Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1927, ch. 170, art. 314, 325, 326(6) (mod. par S.C. 1966-67, ch. 69, art. 49).  
*Loi d'exécution du budget 1995*, L.C. 1995, ch. 17, art. 25.  
*Loi nationale de 1987 sur les transports*, L.C. 1987, ch. 34, art. 35, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 111.  
*Loi nationale sur les transports*, S.C. 1966-67, ch. 69.  
*Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, ch. N-17, art. 45.  
*Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2, art. 269(6).  
*Loi sur les taux de transport des marchandises dans les provinces Maritimes*, L.R.C. (1985), ch. M-1 (abrogée par L.C. 1995, ch. 15, art. 25).  
*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 26, 37, 161 (mod. par L.C. 2000, ch. 16, art. 11), 162, 165 (mod., *idem*, art. 16).  
*Loi sur Terre-Neuve*, 12-13 Geo. VI, ch. 22 (R.-U.) (mod. par *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 21) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 32], annexe, clause 32(2),(3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Brocklehurst*, [2001] 2 C.F. 141; (2000), 195 D.L.R. (4th) 589; 30

C.E.L.R. (N.S.) 177; 265 N.R. 97 (C.A.).

CONSIDERED:

*A.-G. Nfld. v. C.N.R.* (1950), 64 C.R.T.C. 352 (T. Bd.); *A.-G. Nfld. v. C.N.R.* (1951), 67 C.R.T.C. 353 (T. Bd.); *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (P.C.); *In the matter of a complaint made by Atlantic Container Express Inc. pursuant to subsection 35(1) of the National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), dated July 6, 1989, that Canadian National Railway Company is charging rates to Newfoundland destinations not consistent with the Terms of Union*, Decision No. 266-R-1991, May 22, 1991.

REFERRED TO:

*Duthie v. Grand Trunk R.W. Co.* (1905), 4 C.R.C. 304 (Bd. of Ry Commissioners); *Newfoundland (AG) and Atlantic Container Express (Re)*, [1987] C.T.C.R. 28 (Cdn. Transport Comm.); *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co. et al.*, [1980] 2 S.C.R. 466; (1980), 112 D.L.R. (3d) 592; [1980] 5 W.W.R. 591; 23 B.C.L.R. 86; [1980] C.T.C. 338; 7 E.T.R. 93; 32 N.R. 326; *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (P.C.).

APPEAL from a Canadian Transportation Agency decision (*In the matter of an objection by the Canadian National Railway Company to a submission for a final offer arbitration filed by Mr. Gordon Moffatt pursuant to Part IV of the Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10*, Decision No. 300-R-1999, June 2, 1999) submitting a matter of freight rates to transport goods between central Canada and the Island of Newfoundland to final offer arbitration. Appeal allowed on ground of lack of jurisdiction in Canadian Transportation Agency to conduct inquiry into application of Term 32(2) of Terms of Union of Newfoundland with Canada or to instruct an arbitrator to develop Terms of Union rates.

APPEARANCES:

*Brian A. Crane, Q.C., Ronald D. Lunau and L. Michel Huart* for appellant.  
*Gary J. Corsano* for respondent Gordon Moffatt.  
*Donald H. Burrage* for respondent Her Majesty in Right of the Province of Newfoundland and Labrador.

Admin. L.R. (3d) 153; 36 C.E.L.R. (N.S.) 177; 265 N.R. 97 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

*P.G. T.-N. c. C.N.R.* (1950), 64 C.R.T.C. 352 (Comm. Transp.); *P.G. T.-N. c. C.N.R.* (1951), 67 C.R.T.C. 353 (Comm. Transp.); *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (C.P.); *Relative à une plainte déposée par Atlantic Container Express Inc. en vertu du paragraphe 35(1) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3<sup>e</sup> suppl.)*, le 6 juillet 1989, et selon laquelle les prix exigés par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada pour le transport vers Terre-Neuve seraient non conformes aux Conditions d'adhésion, Décision n° 266-R-1991, le 22 mai 1991.

DÉCISIONS CITÉES:

*Duthie v. Grand Trunk R.W. Co.* (1905), 4 C.R.C. 304 (Comm. des chemins de fer); *Terre-Neuve (PG) et Atlantic Container Express (Re)*, [1987] C.T.C.R. 28 (Comm. can. des transports); *Procureur général de la Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 466; (1980), 112 D.L.R. (3d) 592; [1980] 5 W.W.R. 591; 23 B.C.L.R. 86; [1980] C.T.C. 338; 7 E.T.R. 93; 32 N.R. 326; *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (C.P.).

APPEL d'une décision de l'Office des transports du Canada (*Relative à l'opposition de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada à la demande d'arbitrage présentée par Gordon Moffatt en vertu de la partie IV de la Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10*, Décision n° 300-R-1999, 2 juin 1999), qui a soumis à l'arbitrage une affaire de taux de fret pour le transport de marchandises dans des conteneurs entre la région centrale du Canada et Terre-Neuve. Appel accueilli pour absence de compétence de l'Office des transports du Canada pour juger si la clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada s'appliquait ou pour confier à un arbitre la tâche de développer des tarifs conformes aux Conditions de l'union.

ONT COMPARU:

*Brian A. Crane, c.r., Ronald D. Lunau et L. Michel Huart* pour l'appelante.  
*Gary J. Corsano* pour l'intimé Gordon Moffatt.  
*Donald H. Burrage* pour l'intimée Sa Majesté du chef de la Province de Terre-Neuve et du Labrador.

*Ronald Ashley* for respondent Canadian Transportation Agency.

*Ronald Ashley* pour l'intimé l'Office des transports du Canada.

SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for appellant.

*Sampson McDougall*, Sydney, Nova Scotia for respondent Gordon Moffatt.

*Attorney General of Newfoundland and Labrador* for Her Majesty in Right of the Province of Newfoundland and Labrador.

*Canadian Transportation Agency* for respondent Canadian Transportation Agency.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, pour l'appelante.

*Sampson McDougall*, Sydney (Nouvelle-Écosse), pour l'intimé Gordon Moffatt.

*Le procureur général de Terre-Neuve et du Labrador* pour Sa Majesté du chef de la Province de Terre-Neuve et du Labrador.

*L'Office des transports du Canada* pour l'intimé l'Office des transports du Canada.

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

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

ROTHSTEIN J.A.:

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

INTRODUCTION

INTRODUCTION

[1] This is an appeal from Canadian Transportation Agency Decision 300-R-1999, dated June 2, 1999 [*In the matter of an objection by the Canadian National Railway Company to a submission for a final offer arbitration filed by Mr. Gordon Moffatt pursuant to Part IV of the Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10*]. Under Part IV of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (CTA), where a shipper is dissatisfied with the rates proposed to be charged by a carrier for the movement of goods and the matter cannot be resolved between the shipper and the carrier, the shipper may submit the matter to the Canadian Transportation Agency (Agency) for final offer arbitration. On submission of a matter for final offer arbitration, the Agency is to refer the matter to the arbitrator chosen by the shipper and carrier or, if no arbitrator has been chosen by the parties, to an arbitrator chosen by the Agency. When this matter was submitted to the Agency for final offer arbitration, a constitutional question pertaining to the Terms of Union between Canada and Newfoundland was raised. It is the constitutional question that gives rise to this appeal.

[1] Il est fait appel de la décision 300-R-1999 de l'Office des transports du Canada, en date du 2 juin 1999 [*Relative à l'opposition de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada à la demande d'arbitrage présentée par Gordon Moffatt en vertu de la partie IV de la Loi sur les transports au Canada, L.C. (1996), ch. 10*]. Selon la partie IV de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la LTC), lorsqu'un expéditeur n'est pas satisfait des prix que se propose d'appliquer un transporteur pour le transport de marchandises et que l'affaire ne peut être réglée entre l'expéditeur et le transporteur, l'expéditeur peut soumettre l'affaire à l'Office des transports du Canada (l'Office) pour arbitrage. Lorsqu'une affaire lui est soumise pour arbitrage, l'Office doit renvoyer l'affaire à l'arbitre choisi par l'expéditeur et le transporteur ou, si aucun arbitre n'a été choisi par les parties, à un arbitre choisi par l'Office. Lorsque la présente affaire a été soumise à l'Office pour arbitrage, une question constitutionnelle se rapportant aux Conditions de l'union entre le Canada et Terre-Neuve a été soulevée. C'est la question constitutionnelle qui donne lieu au présent appel.

FACTS

LES FAITS

[2] Agency Decision 300-R-1999 arose out of an August 26, 1997 submission by Gordon Moffatt for final offer arbitration of a freight rate dispute between him

[2] La décision 300-R-1999 a été rendue par l'Office après que Gordon Moffatt eut saisi l'Office le 26 août 1997 pour qu'il arbitre un différend surgi entre lui et la

and the Canadian National Railway Company (CN). Mr. Moffatt wished to engage in the business of transporting goods in containers between Central Canada and Newfoundland.

[3] In his submission for final offer arbitration, Mr. Moffatt stated what he thought were the highest rates CN could charge based upon the principles contained in Term 32(2) of the Terms of Union of Newfoundland with Canada (Schedule to the *Newfoundland Act*, [12-13 Geo. VI, c. 22 (U.K.) (as am. by *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 21) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 32]]. It appears these rates constituted Mr. Moffatt's final offer. (The actual rates are not before the Court and nothing turns on them.) Term 32(2) provides:

32. . . .

(2) For the purpose of railway rate regulation the Island of Newfoundland will be included in the Maritime Region of Canada, and through-traffic moving between North Sydney and Port aux Basques will be treated as all-rail traffic.

I will return to Term 32(2) in the analysis portion of these reasons. At this point, it is sufficient to observe that, historically, Term 32(2) has been interpreted to require the extrapolation to points in Newfoundland, on a rail mileage basis, of rates applicable from Central Canada to the Maritime Provinces. Rates constructed on this basis were maximum rates; that is, CN could not charge rates to Newfoundland higher than those constructed according to Term 32(2).

[4] Upon being served with Mr. Moffatt's submission to the Agency for final offer arbitration, CN wrote to the Agency by letter dated September 15, 1997, arguing that Moffatt's submission was not validly constituted and that the Agency was, therefore, not in a position to refer the matter to arbitration.

[5] CN raised a number of objections, but the only ones dealt with in Agency Decision 300-R-1999 and that are the subject of this appeal, relate to Term 32(2) of the Terms of Union. CN objected to referral of the matter to

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le CN) portant sur les taux de fret. M. Moffatt voulait s'adonner au transport de marchandises dans des conteneurs entre la région centrale du Canada et Terre-Neuve.

[3] Dans sa demande d'arbitrage, M. Moffatt avait indiqué ce qu'il croyait être les prix les plus élevés que le CN pouvait appliquer eu égard aux principes énoncés dans la clause 32(2) des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada (annexe de la *Loi sur Terre-Neuve* [12-13 Geo. VI, ch. 22 (R.-U.) (mod. par *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 21) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 32]]. Il semble que ces taux constituaient la dernière offre de M. Moffatt. (Les taux effectifs n'ont pas été produits devant la Cour et rien ne dépend d'eux.) La clause 32(2) est rédigée ainsi:

32. [ . . ]

(2) Aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires, l'île de Terre-Neuve sera comprise dans la région maritime du Canada et le transport direct entre North Sydney et Port-aux-Basques sera classé comme exclusivement ferroviaire.

Je reviendrai sur la clause 32(2) dans la partie «analyse» des présents motifs. Pour l'heure, il suffit d'observer que, historiquement, la clause 32(2) est interprétée comme une disposition imposant la transposition, pour les endroits situés à Terre-Neuve, et au prorata de la distance parcourue en chemin de fer, des taux applicables depuis la région centrale du Canada jusqu'aux provinces maritimes. Les taux ainsi calculés étaient des taux maximums; c'est-à-dire que le CN ne pouvait appliquer pour le transport vers Terre-Neuve des taux plus élevés que les taux calculés selon la clause 32(2).

[4] Après que lui eut été signifiée la demande d'arbitrage présentée par M. Moffatt à l'Office, le CN a envoyé à l'Office le 15 septembre 1997 une lettre dans laquelle il affirmait que la demande de M. Moffatt n'était pas valide et que l'Office n'était donc pas en état de renvoyer l'affaire à l'arbitrage.

[5] Le CN avait soulevé plusieurs objections, mais les seules qui sont examinées dans la décision 300-R-1999 de l'Office et qui font l'objet du présent appel se rapportent à la clause 32(2) des Conditions de l'union.

arbitration on three grounds:

1. Term 32(2) had no further application after closure of the Newfoundland Railway in 1988;
2. There is no longer any relevant railway rate regulation to which Term 32(2) could apply;
3. CN is no longer a Crown corporation and there is no law binding on CN to implement Term 32(2) in its rate making with respect to movements to Newfoundland that include rail transportation.

[6] In Decision 300-R-1999, the Agency rejected these objections and concluded that, as CN had offered “through” rates to Mr. Moffatt from the mainland of Canada to points in Newfoundland, these rates fell within the purview of Term 32(2). Having come to that conclusion, the Agency then embarked upon a consideration of how rates should be developed to and from Newfoundland.

[7] The Agency noted that the development of a Maritime rate structure was critical, since the extension of Newfoundland rates have historically been based on a mileage prorated extrapolation of rates found within an existing Maritime rate structure. However, the Agency acknowledged that identification of a Maritime rate structure had been difficult in recent years, as the majority of railway traffic now moves under rates contained in confidential contracts. Nonetheless, in the view of the Agency, as the Constitution requires Terms of Union rates, they must be developed “even if it means resorting to developing a ‘best guess’ figure” (at page 28 of Decision 300-R-1999).

[8] The Agency concluded that Term 32(2) continued to apply to Mr. Moffatt’s traffic and that CN had obligations under Term 32(2). While acknowledging that the development of a Maritime rate structure may be a difficult task for an arbitrator and that the arbitrator may not have expertise in rate matters, the Agency concluded that the arbitrator could use his own resources or ask for assistance from the Agency. It, therefore, submitted the matter for arbitration, assigning the task of developing a Maritime rate structure and Terms of Union rates to the arbitrator, reminding the arbitrator that the Terms of

Les moyens invoqués par le CN pour s’opposer au renvoi de la question à l’arbitrage étaient les suivants:

1. La clause 32(2) n’était plus applicable après la fermeture du Chemin de fer de Terre-Neuve en 1988;
2. Il n’existe plus de règlement sur les tarifs ferroviaires auquel la clause 32(2) puisse s’appliquer;
3. Le CN n’est plus une société d’État et aucune loi n’oblige le CN à donner effet à la clause 32(2) lorsqu’il établit des taux de fret pour les expéditions vers Terre-Neuve qui comprennent un transport ferroviaire.

[6] Dans sa décision 300-R-1999, l’Office a rejeté ces objections et conclu que, puisque le CN avait offert à M. Moffatt des tarifs forfaitaires depuis le Canada continental jusqu’à des endroits situés à Terre-Neuve, ces tarifs relevaient du champ de la clause 32(2). Étant arrivé à cette conclusion, l’Office s’est ensuite demandé comment devraient être établis les tarifs à destination et en provenance de Terre-Neuve.

[7] L’Office a fait observer que l’établissement d’une structure tarifaire pour la région maritime était essentiel, puisque les taux appliqués à Terre-Neuve avaient toujours été fondés sur une transposition, d’après le kilométrage parcouru, des tarifs compris dans une structure tarifaire de la région maritime. Cependant, l’Office a reconnu qu’il avait été difficile ces dernières années de déceler une structure tarifaire de la région maritime car la majorité du trafic ferroviaire se fait aujourd’hui selon les tarifs indiqués dans des contrats confidentiels. Néanmoins, de l’avis de l’Office, comme la Constitution impose des tarifs conformes aux Conditions de l’union, de tels tarifs doivent être établis «même s’il faut recourir à une sorte d’estimation» (à la page 28 de la décision 300-R-1999).

[8] L’Office a conclu que la clause 32(2) demeurerait applicable aux marchandises de M. Moffatt et qu’elle conférerait des obligations au CN. Tout en reconnaissant qu’il pourrait être difficile pour un arbitre d’établir une structure tarifaire de la région maritime et que l’arbitre n’aurait peut-être pas les connaissances requises en la matière, l’Office a conclu que l’arbitre pouvait recourir à ses propres ressources ou demander l’aide de l’Office. Il a donc soumis la question à l’arbitrage, en demandant à l’arbitre de développer une structure tarifaire de la région maritime et un barème conforme aux Conditions

Union are mandatory and a paramount consideration in the arbitration.

#### ANALYSIS

[9] The initial question to be addressed is whether, in the present circumstances, the Agency had the jurisdiction to conduct an inquiry into the application of Term 32(2) to the setting of freight rates to Newfoundland and to assign to the arbitrator the task of developing rates to Newfoundland according to Term 32(2). The Agency was of the view that it possessed such jurisdiction. The Agency referred to the test for jurisdiction set out in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, that for a tribunal to address a constitutional issue, it “must already have jurisdiction over the whole of the matter before it, namely, the parties, subject matter and remedy sought”. The Agency found it met the *Cuddy Chicks* test. The Agency states, at page 16 of Decision 300-R-1999:

In this case, the Agency finds that it meets the tests for jurisdiction set out by the Supreme Court of Canada in the *Cuddy Chicks* case. That is, the Agency has before it an application for statutory arbitration under Part IV of the CTA. Parliament has specifically mandated the Agency to receive such applications pursuant to section 161 of the CTA and refer them to an arbitrator, subject to any interlocutory objections that may arise. Thus, in terms of the tests established in *Cuddy Chicks* the Agency has jurisdiction over the subject matter. Further, there is no debate here that Mr. Moffatt is a shipper and that CN is a federal railway company; thus, the Agency has jurisdiction over the parties. Finally, the requested remedy here is referral of the matter (or in the case of CN’s objection, the refusal to refer the matter) to an arbitrator. The remedy is, therefore, also in the Agency’s specific mandate.

In my respectful opinion, the Agency erred in concluding that it had such jurisdiction.

[10] I commence my analysis with the basic proposition that the Agency is a creature of statute and the powers it exercises must be found in statutory law, either expressly or by necessary implication: see *Duthie v. Grand Trunk R.W. Co.* (1905), 4 C.R.C. 304 (Bd. of Ry Commissioners). This principle is expressed by

de l’union, et en lui rappelant que les Conditions de l’union étaient impératives et constituaient un aspect primordial de l’arbitrage.

#### ANALYSE

[9] La question initiale à examiner est de savoir si, en l’occurrence, l’Office était compétent pour juger si la clause 32(2) s’appliquait à l’établissement de taux de fret vers Terre-Neuve et pour confier à l’arbitre la tâche de développer, d’une manière conforme à la clause 32(2), des tarifs pour le transport de fret vers Terre-Neuve. L’Office a exprimé l’avis qu’il avait cette compétence. Il s’est référé pour cela au critère énoncé dans l’arrêt *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, critère selon lequel, pour qu’un tribunal administratif examine une question constitutionnelle, il «doit déjà avoir compétence à l’égard de l’ensemble de la question qui lui est soumise, c’est-à-dire à l’égard des parties, de l’objet du litige et de la réparation recherchée». L’Office a estimé qu’il répondait au critère de l’arrêt *Cuddy Chicks*. Il s’est exprimé ainsi, à la page 16 de la décision 300-R-1999:

Dans le cas présent, l’Office est d’avis qu’il répond aux tests de compétence fixés par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Cuddy Chicks*, et qu’il est saisi d’une demande d’arbitrage en vertu de la partie IV de la LTC. Le Parlement a expressément investi l’Office du mandat d’entendre ce genre de demandes en vertu de l’article 161 de la LTC et d’adresser ces demandes à un arbitre, sous réserve des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées. Ainsi donc, si l’on se fonde sur les tests établis par l’affaire *Cuddy Chicks*, l’Office est habilité à statuer sur la question. De plus, personne ne conteste que M. Moffatt soit un expéditeur et que le CN soit une compagnie de chemins de fer de compétence fédérale; l’Office a donc compétence sur les deux parties. Enfin, le recours sollicité est le renvoi de la question (ou, dans le cas de l’opposition du CN, le refus de renvoyer la question) devant un arbitre. Le recours relève donc également du mandat de l’Office.

Je regrette de dire qu’à mon avis, l’Office a commis une erreur en concluant qu’il avait cette compétence.

[10] Je commence mon analyse par la proposition fondamentale selon laquelle l’Office est une création du législateur et que les pouvoirs qu’il exerce doivent lui être conférés par sa loi constitutive, soit expressément soit par implication nécessaire: voir l’arrêt *Duthie c. Grand Trunk R.W. Co.* (1905), 4 C.R.C. 304 (Comm.

La Forest J. in *Cuddy Chicks*, *supra*, with reference to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] not functioning as an independent source of an administrative tribunal's jurisdiction to address constitutional issues. At page 14, he stated:

Rather, jurisdiction must have expressly or impliedly been conferred on the tribunal by its enabling statute or otherwise. This fundamental principle holds true regardless of the nature of the issue before the administrative body. Thus, a tribunal prepared to address a *Charter* issue must already have jurisdiction over the whole of the matter before it, namely, the parties, subject matter and remedy sought.

It is, therefore, necessary to consider whether jurisdiction has been conferred on the Agency by statute to conduct the inquiry into the application of Term 32(2), and to instruct the arbitrator to develop a Maritime rate structure and Terms of Union rates. There are three possible sources for such jurisdiction:

1. Part IV of the CTA under which the matter came before the Agency;
2. Other powers of the Agency under the CTA; and
3. Term 32(2) itself.

#### Part IV of the CTA

[11] The matter came before the Agency under Part IV of the CTA, which is entitled "Final Offer Arbitration". The role of the Agency under Part IV is limited.

[12] Under subsection 162(1), on the submission of a matter to the Agency for final offer arbitration, the Agency shall refer the matter for arbitration. (Section 161 and relevant statutory provisions not reproduced in the body of these reasons are set forth in Appendix A.) Under subsection 161(2), the submission shall contain the shipper's final offer and the railway company's last offer, an undertaking by the shipper to ship the goods in accordance with the decision of the arbitrator, an undertaking by the shipper to pay the shipper's portion of the arbitrator's fee, and the name of the arbitrator agreed upon between the shipper and carrier. Once the

des chemins de fer). Ce principe est exposé par le juge La Forest dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, au soutien de la proposition selon laquelle le paragraphe 52(1) 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]] ne constitue pas une source autonome du pouvoir d'un tribunal administratif de statuer sur des questions constitutionnelles. Il s'exprime ainsi, à la page 14:

La compétence du tribunal doit plutôt lui avoir été conférée expressément ou implicitement par sa loi constitutive ou autrement. Ce principe fondamental demeure, quelle que soit la nature de la question dont est saisi le tribunal administratif. Ainsi, le tribunal administratif qui s'apprête à étudier une question ayant trait à la *Charte* doit déjà avoir compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée.

Il faut donc se demander si la loi a conféré à l'Office le pouvoir de procéder à l'examen de l'application de la clause 32(2) et d'ordonner à l'arbitre de développer une structure tarifaire de la région maritime ainsi que des taux conformes aux Conditions de l'union. Il existe trois sources possibles pour une telle compétence:

1. La partie IV de la LTC, le texte en vertu duquel l'Office a été saisi de la question;
2. Les autres pouvoirs de l'Office selon la LTC; et
3. La clause 32(2) elle-même.

#### La partie IV de la LTC

[11] L'Office a été saisi de la question en vertu de la partie IV de la LTC, qui est intitulée «Arbitrage». Le rôle de l'Office selon la partie IV est restreint.

[12] Selon le paragraphe 162(1), lorsqu'une question est soumise à l'Office pour arbitrage, l'Office doit renvoyer la question à l'arbitrage. (L'article 161 et les dispositions légales applicables non reproduits dans le texte des présents motifs apparaissent à l'appendice A.) Selon le paragraphe 161(2), la demande d'arbitrage doit contenir la dernière offre de l'expéditeur et la dernière offre de la compagnie de chemin de fer, l'engagement de l'expéditeur d'expédier les marchandises selon les termes de la décision de l'arbitre, l'engagement de l'expéditeur de payer sa part des honoraires de l'arbitre, enfin le nom de l'arbitre sur lequel l'expéditeur et le

Agency determines that there has been compliance with subsection 161(2), the requirement to refer for arbitration is mandatory. The only exception appears to be in subsection 161(3), that the matter is not to be referred to arbitration if the shipper has not, at least five days before submission to the Agency, served on the carrier a written notice indicating the shipper's intention to submit the matter to the Agency for final offer arbitration.

[13] The only other duty assigned to the Agency is to choose the arbitrator if the parties have not already done so, or if the arbitrator selected by the parties is unavailable. Other than these three procedural functions, i.e. checking the contents of the submission, determining whether timely notice has been given to the railway company and, when necessary, choosing the arbitrator, Part IV does not provide for any other duties or functions by the Agency prior to referring the matter to the arbitrator.

[14] The statutory history of final offer arbitration makes it quite clear that Parliament intended to restrict the Agency from involving itself in substantive matters preliminary to an arbitration. Final offer arbitration was introduced in the *National Transportation Act, 1987*, S.C. 1987, c. 34 (NTA, 1987) in sections 47 to 57. Sections 47 to 57 are the predecessors to Part IV of the CTA. Part IV is similar in many respects to sections 47 to 57 but there are some significant changes indicating Parliament's intention in the CTA to restrict the Agency's role prior to referring a matter to arbitration.

[15] One change is that unless the parties otherwise agree, the arbitrator's decision is to be rendered within 60 days after the date on which the submission for final offer arbitration is filed with the Agency by the shipper (CTA paragraph 165(2)(b)). This compares to 90 days under the NTA, 1987 (NTA, 1987 paragraph 52(2)(b)).

[16] This is a strong indicator that Parliament intended that the Agency refer the matter to the arbitrator without becoming involved in a preliminary regulatory proceeding. There is virtually no time for the Agency to deal with substantive matters if the parties are to exchange information, request and answer interro-

transporteur se sont entendus. Lorsque l'Office juge qu'il y a conformité au paragraphe 161(2), le renvoi de la question à l'arbitrage est obligatoire. La seule exception semble se trouver au paragraphe 161(3), selon lequel la question ne doit pas être renvoyée à l'arbitrage si l'expéditeur n'a pas signifié au transporteur, dans les cinq jours précédant la demande, un avis écrit annonçant son intention de soumettre la question à l'Office pour arbitrage.

[13] La seule autre obligation de l'Office est de choisir l'arbitre si les parties ne l'ont pas déjà fait, ou si l'arbitre choisi par les parties doit s'excuser. Hormis ces trois fonctions procédurales, c'est-à-dire vérification du contenu de la demande, appréciation du délai de signification de l'avis à la compagnie de chemin de fer et, si nécessaire, choix de l'arbitre, la partie IV ne confère pas d'autres attributions à l'Office avant le renvoi de la question à l'arbitre.

[14] Il ressort manifestement de l'historique législatif de l'arbitrage que le législateur voulait empêcher l'Office d'intervenir dans les questions de fond préalables à un arbitrage. L'arbitrage a été introduit dans la *Loi nationale de 1987 sur les transports*, L.C. 1987, ch. 34 (LNT de 1987), aux articles 47 à 57. Les articles 47 à 57 sont les prédécesseurs de la partie IV de la LTC. La partie IV ressemble à maints égards aux articles 47 à 57, mais elle présente quelques changements importants, qui attestent l'intention du législateur, dans la LTC, de limiter le rôle de l'Office avant le renvoi d'une question à l'arbitrage.

[15] L'un de ces changements est que, sauf entente contraire des parties, la décision de l'arbitre doit être rendue dans un délai de 60 jours après la date à laquelle la demande d'arbitrage est déposée auprès de l'Office par l'expéditeur (alinéa 165(2)b) de la LTC). Dans la LNT de 1987, ce délai était de 90 jours (alinéa 52(2)b) de la LNT de 1987).

[16] C'est là un signe évident que le législateur voulait que l'Office renvoie la question à l'arbitre sans s'engager dans une procédure réglementaire préliminaire. L'Office n'a à peu près pas le temps d'examiner des questions de fond si les parties doivent s'échanger des renseignements, demander des interro-

gatories, make submissions to the arbitrator and if the arbitrator is to be given a reasonable amount of time to consider the submissions and evidence and to make a decision.

[17] Most significantly, under paragraph 48(3)(b) of the NTA, 1987, the Agency (under that legislation, the National Transportation Agency) was not to cause any matter submitted to it by a shipper to be arbitrated if the Agency was of the view that the matter raised issues of general public interest, that interests other than those of the shipper and carrier may be materially prejudiced by the matter submitted, and that the matter should be investigated under section 59 of that Act. Paragraph 48(3)(b) provided:

48. . . .

(3) The Agency shall not cause any matter submitted to it by a shipper under subsection (1) to be arbitrated if

. . .

(b) the Agency has, within 10 days after receipt of the submission, advised the shipper in writing that the Agency is of the opinion that

(i) the matter raises issues of general public interest and that interests other than those of the shipper and carrier concerned may be materially prejudiced by the matter submitted, and

(ii) the matter should be investigated by the Agency pursuant to section 59.

[18] Section 59 of the NTA, 1987 was a provision under which the Agency could conduct an investigation into whether rates charged by a carrier were prejudicial to the public interest. Under the CTA, there is no provision similar to paragraph 48(3)(b) of the NTA, 1987. Nor is there a public interest rate investigation provision similar to section 59 of the NTA, 1987.

[19] Clearly, the role of the Agency, when a matter was submitted to it for final offer arbitration, was broader under the NTA, 1987 than it currently is under the CTA. Under the NTA, 1987, the Agency was obliged to consider whether a final offer arbitration raised public interest issues and issues that affected others than the shipper and carrier involved. There is no such role for the Agency under the CTA.

gatoires et y répondre et présenter des arguments à l'arbitre, et si l'arbitre doit disposer d'un délai suffisant pour examiner les arguments et la preuve et rendre une décision.

[17] Élément particulièrement révélateur, selon l'alinéa 48(3)b) de la LNT de 1987, l'Office (qui s'appelait dans ce texte l'Office national des transports) ne devait renvoyer à l'arbitrage aucune question qui lui était soumise par un expéditeur si l'Office était d'avis que la question soulevée était d'intérêt public général, que la tenue de l'arbitrage serait notablement préjudiciable à des intérêts autres que ceux du transporteur et de l'expéditeur et qu'il y aurait lieu d'examiner la question selon l'article 59 de la Loi. L'alinéa 48(3)b) était ainsi rédigé:

48. [ . . . ]

(3) L'arbitrage prévu au paragraphe (1) est exclu dans les cas suivants:

[ . . . ]

b) l'Office a, dans les dix jours suivant réception de la demande, avisé par écrit l'expéditeur qu'il estime que la question soulevée est d'intérêt public général et que la tenue de l'arbitrage serait notablement préjudiciable aux intérêts autres que ceux du transporteur et de l'expéditeur en cause, et qu'il est d'avis qu'il y aurait lieu de procéder par voie d'enquête en application de l'article 59.

[18] L'article 59 de la LNT de 1987 prévoyait que l'Office pouvait examiner si les tarifs demandés par un transporteur étaient préjudiciables à l'intérêt public. Il n'y a dans la LTC aucune disposition rappelant l'alinéa 48(3)b) de la LNT de 1987. La LTC ne renferme non plus aucune disposition autorisant, comme le faisait l'article 59 de la LNT de 1987, un examen concernant l'incidence des tarifs sur l'intérêt public.

[19] Manifestement, le rôle de l'Office lorsqu'une question lui était soumise pour arbitrage était plus étendu dans la LNT de 1987 qu'il ne l'est aujourd'hui dans la LTC. Dans la LNT de 1987, l'Office était tenu de se demander si un arbitrage soulevait des questions d'intérêt public ou des questions qui allaient au-delà des intérêts de l'expéditeur et du transporteur. La LTC ne confère aucun rôle semblable à l'Office.

[20] Nevertheless, the Agency found that “Parliament has specifically mandated the Agency to receive such applications pursuant to section 161 of the CTA and refer them to an arbitrator, subject to any interlocutory objections that may arise” [underlining added] (at page 16 of Decision 300-R-1999). I see nothing in section 161 or elsewhere in Part IV that mandates the Agency to deal with “interlocutory objections that may arise”. With respect, I think the Agency has read words into section 161 that do not appear, in order to justify its assumption of jurisdiction in this case. It goes without saying that the Agency must take the statute as it finds it.

[21] Further, it was incorrect for the Agency to have found, at page 16 of Decision 300-R-1999, that it had jurisdiction over the subject-matter and remedy in this case. As in *Cuddy Chicks*, *supra*, where La Forest J. held that the subject-matter in that case could not be characterized simply as an application for certification, in this case, the subject-matter cannot be characterized simply as an application for final offer arbitration. The issue raised before the Agency by CN was whether the submission for final offer arbitration was properly before it and the remedy sought was not to refer the matter for arbitration. There is nothing in Part IV of the CTA that confers on the Agency jurisdiction to decide, on any substantive basis, whether a submission for final offer arbitration is properly before it. Nor is there authority for the Agency not to refer the matter for arbitration if it meets the procedural requirements of Part IV. Thus, in so far as Part IV is concerned, the subject-matter and remedy were not within the jurisdiction of the Agency.

[22] Finally, the Agency argued that it has the expertise in such a matter and that it was necessary for it to have dealt with CN’s objection relative to the Terms of Union as a preliminary matter. I acknowledge that the Agency does have expertise dealing with Term 32(2) of the Terms of Union, that the matter was raised by Mr. Moffatt and that CN requested the Agency to deal with it as a preliminary matter (even though, before this Court, CN’s position was that the Agency did not have such jurisdiction). However, jurisdiction cannot be conferred by agreement and expertise, on its own, is not

[20] Néanmoins, l’Office a conclu que «le Parlement a expressément investi l’Office du mandat d’entendre ce genre de demandes en vertu de l’article 161 de la LTC et d’adresser ces demandes à un arbitre, sous réserve des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées» [soulignement ajouté] (à la page 16 de la décision 300-R-1999). Je ne vois, dans l’article 161 ou ailleurs dans la partie IV, rien qui donne mandat à l’Office de statuer sur «des objections interlocutoires qui pourraient être soulevées». Je crois malheureusement que l’Office a interprété un peu trop libéralement le texte de l’article 161, de manière à justifier ici la compétence qu’il voulait s’arroger. Il va sans dire que l’Office doit prendre la loi telle qu’elle existe.

[21] Il était d’ailleurs inexact pour l’Office de conclure, à la page 16 de la décision 300-R-1999, qu’il avait dans la présente affaire compétence sur l’objet du litige et sur la réparation recherchée. Comme pour l’arrêt *Cuddy Chicks*, précité, où le juge La Forest a estimé que dans cette affaire-là l’objet ne pouvait être considéré simplement comme une demande d’accréditation, l’objet du litige dans la présente affaire ne peut être qualifié simplement de demande d’arbitrage. La question soulevée devant l’Office par le CN était de savoir si l’Office avait été valablement saisi de la demande d’arbitrage, et la réparation recherchée n’était pas le renvoi de la question à l’arbitrage. La partie IV de la LTC ne confère nullement à l’Office le pouvoir de statuer au fond sur la question de savoir s’il est valablement saisi d’une demande d’arbitrage. L’Office n’a pas non plus le pouvoir de ne pas renvoyer la question à l’arbitrage si elle répond aux règles de forme de la partie IV. Ainsi, pour ce qui concerne la partie IV, l’objet et la réparation ne relevaient pas de la compétence de l’Office.

[22] Finalement, l’Office a fait valoir qu’il détient les connaissances spécialisées en la matière et qu’il lui était nécessaire, à titre préjudiciel, de se prononcer sur l’objection du CN se rapportant aux Conditions de l’union. Je reconnais que l’Office a bien les connaissances requises pour ce qui est de la clause 32(2) des Conditions de l’union, que la question a été soulevée par M. Moffatt et que le CN a demandé à l’Office d’en disposer à titre préjudiciel (même si, devant la Cour, le CN a exprimé l’avis que l’Office n’avait pas cette compétence). Cependant, une compétence ne saurait

a basis for a tribunal assuming a jurisdiction not conferred upon it by statute.

[23] On the facts of this case, nothing in Part IV of the CTA authorizes the Agency to have conducted the inquiry it undertook regarding the Terms of Union and to have issued instructions to the arbitrator to develop a Maritime rate structure and Terms of Union rates. For these reasons, the test for jurisdiction in *Cuddy Chicks*, *supra*, in respect of Part IV was not met.

#### Other Provisions of the CTA

[24] Are there provisions of the CTA outside Part IV that confer jurisdiction on the Agency to conduct a Term 32(2) inquiry and issue instructions to the arbitrator? This Court has had the occasion to address the extent of the Agency's jurisdiction in the wider context of the CTA as a whole, in *Canadian National Railway Co. v. Brocklehurst*, [2001] 2 F.C. 141 (C.A.). In that case, as in this, the Agency relied on sections 26 and 37 of the CTA. They provide:

26. The Agency may require a person to do or refrain from doing any thing that the person is or may be required to do or is prohibited from doing under any Act of Parliament that is administered in whole or in part by the Agency.

...

37. The Agency may inquire into, hear and determine a complaint concerning any act, matter or thing prohibited, sanctioned or required to be done under any Act of Parliament that is administered in whole or in part by the Agency.

The analysis undertaken by Décary J.A. in paragraphs 6 to 9 and 13 to 17 of *Brocklehurst*, *supra*, is applicable to this case. Specifically, at paragraphs 13 and 14, Décary J.A. stated:

The Agency interprets sections 26 and 37 to mean that once the Agency administers part of an Act of Parliament, it is deemed to be administering the whole of the Act and is therefore the appropriate authority unless the Act expressly says otherwise. I do not agree with that interpretation. The two sections, in my view, give jurisdiction to the Agency either with respect to the whole of a statute should the Agency be generally mandated by the statute to administer it, or with

résulter d'une entente, et des connaissances spécialisées ne peuvent à elles seules conférer à un tribunal administratif une compétence que ne lui reconnaît pas la loi.

[23] En l'espèce, la partie IV de la LTC n'autorisait nullement l'Office à se livrer à l'examen qu'il a effectué à propos des Conditions de l'union ni à donner à l'arbitre des instructions selon lesquelles il devait développer une structure tarifaire pour la région maritime et des taux conformes aux Conditions de l'union. Pour ces motifs, le critère de compétence énoncé dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, n'a pas été rempli au regard de la partie IV.

#### Les autres dispositions de la LTC

[24] Y a-t-il dans la LTC, hormis la partie IV, des dispositions qui donnent à l'Office le pouvoir d'effectuer un examen au regard de la clause 32(2) des Conditions de l'union et de donner des directives à l'arbitre? La Cour a eu l'occasion, dans l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Brocklehurst*, [2001] 2 C.F. 141 (C.A.), d'examiner l'étendue de la compétence de l'Office dans le contexte plus général de la LTC tout entière. Dans cette affaire, comme dans la présente affaire, l'Office invoquait les articles 26 et 37 de la LTC. Ils sont ainsi rédigés:

26. L'Office peut ordonner à quiconque d'accomplir un acte ou de s'en abstenir lorsque l'accomplissement ou l'abstention sont prévus par une loi fédérale qu'il est chargé d'appliquer en tout ou en partie.

[. . .]

37. L'Office peut enquêter sur une plainte, l'entendre et en décider lorsqu'elle porte sur une question relevant d'une loi fédérale qu'il est chargé d'appliquer en tout ou en partie.

L'analyse effectuée par le juge Décary aux paragraphes 6 à 9 et 13 à 17 de l'arrêt *Brocklehurst*, précité, est applicable à la présente espèce. Plus précisément, aux paragraphes 13 et 14, le juge Décary s'est exprimé ainsi:

Selon l'interprétation qu'il donne des articles 26 et 37, l'Office, lorsqu'il administre une partie d'une loi fédérale, est réputé administrer l'ensemble de cette loi et constitue par conséquent l'autorité compétente, sauf disposition contraire expresse de la loi. Je ne partage pas cette interprétation. Les deux articles, à mon avis, confèrent à l'Office une compétence soit à l'égard de l'ensemble d'une loi, dans le cas où cette loi habilite l'Office de manière générale à administrer la loi, soit

respect to parts of a statute should the Agency be specifically mandated by the statute to administer parts only of the statute.

The 1996 Act contains no provision conferring upon the Agency the power, duty or function of administering the whole Act. It is indeed noteworthy that neither section 26 nor section 37 refer expressly to the very statute in which they are found. The statute, however, contains numerous provisions that confer upon the Agency jurisdiction with respect to the administration of specific parts of the Act. Unless section 95 is one such provision, the Agency has no jurisdiction with respect to that section.

[25] As Décarry J.A. found, there is no provision in the CTA conferring upon the Agency the power, duty or function of administering the whole CTA. Unless there is specific jurisdiction in the CTA to conduct a Term 32(2) inquiry upon submission of an application for final offer arbitration, there is no such jurisdiction. As I have already determined, Part IV does not confer such jurisdiction on the Agency. Nor does any other provision of the CTA confer a general jurisdiction on the Agency to deal with Term 32(2).

[26] The only other provision referred to by the Agency was section 5 of the CTA, the declaration of the National Transportation Policy. Section 5 declares that as part of the National Transportation Policy, the objective of carriers being able to compete must have "due regard . . . to legal and constitutional requirements". The Agency submitted that section 5 confers on it jurisdiction to deal with Term 32(2) as a constitutional requirement.

[27] However, section 5 is not a jurisdiction-conferring provision. While not minimizing its importance, I believe that section 5 is a declaratory provision which states the objectives of Canada's National Transportation Policy. Those objectives are implemented by the regulatory provisions of the CTA and, in the currently largely deregulated environment, by the absence of regulatory provisions. Section 5 does not, itself, confer on the Agency the jurisdiction it assumed in this case. If it were construed to do so, then presumably any legal question could also be brought before the Agency for determination. Obviously section 5 was not intended to confer on the Agency jurisdiction over all disputes of any sort affecting carriers, simply because they involve legal or constitutional questions. Of

à l'égard de parties d'une loi dans le cas où la loi habilite spécifiquement l'Office à en administrer seulement des parties.

La Loi de 1996 ne comporte aucune disposition conférant à l'Office les pouvoirs, attributions et fonctions d'administrer l'ensemble de la Loi. Il est remarquable en effet que ni l'article 26 ni l'article 37 ne mentionnent expressément la Loi même où ils figurent. Par contre, la Loi contient un grand nombre de dispositions qui confèrent à l'Office une compétence pour l'administration de parties spécifiques de la Loi. À moins que l'article 95 ne fasse partie de ces dispositions, l'Office n'a pas compétence à l'égard de cet article.

[25] Comme l'a constaté le juge Décarry, il n'y a dans la LTC aucune disposition conférant à l'Office les pouvoirs, attributions et fonctions d'administrer l'ensemble de la LTC. Si la LTC ne confère pas expressément compétence à l'égard d'un examen se rapportant à la clause 32(2) après qu'a été présentée une demande d'arbitrage, une telle compétence n'existe pas. Comme je l'ai déjà indiqué, la partie IV ne confère pas une telle compétence à l'Office. Et aucune autre disposition de la LTC ne confère elle non plus à l'Office une compétence générale au regard de la clause 32(2).

[26] La seule autre disposition mentionnée par l'Office était l'article 5 de la LTC, qui concerne la Politique nationale des transports. L'article 5 mentionne que, dans le cadre de la Politique nationale des transports, l'objectif d'instaurer la concurrence parmi les transporteurs doit tenir compte «du contexte juridique et constitutionnel». L'Office a affirmé que l'article 5 lui confère une compétence pour examiner la clause 32(2) en tant que contexte constitutionnel.

[27] Cependant, l'article 5 n'est pas une disposition attributive de compétence. Sans minimiser son importance, je crois que l'article 5 est une disposition déclarative qui énonce les objectifs de la Politique nationale des transports du Canada. Ces objectifs sont mis en œuvre par les dispositions de la LTC qui autorisent la prise de règlements et, vu l'environnement largement déréglementé d'aujourd'hui, par l'absence de tels règlements. L'article 5 ne confère pas en tant que tel à l'Office la compétence qu'il s'est arrogée en l'espèce. S'il était interprété de la sorte, alors toute question juridique pourrait vraisemblablement elle aussi être portée devant l'Office pour qu'il la résolve. À l'évidence, l'article 5 n'était pas destiné à conférer à l'Office une compétence sur tous les différends intéressant les

course, the Constitution must be respected. But section 5 does not give the Agency plenary power to address any constitutional question that is raised before it where there is no specific statutory authority for it to conduct such an inquiry. This is the point made by La Forest J. in *Cuddy Chicks*, *supra*, in relation to subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and it is equally applicable to section 5 of the CTA. Indeed, unlike prior legislation, the CTA does not mention Term 32(2) and there is no general jurisdiction in the Agency to regulate freight rates as there was in such prior legislation.

[28] In *Cuddy Chicks*, *supra*, the Ontario *Labour Relations Act* [R.S.O. 1980, c. 228, s. 106(1)] stipulated that the Labour Board had exclusive jurisdiction “to determine all questions of fact or law that arise in any matter before it”. The Act conferred on the Board the power to determine questions of law and fact relating to its own jurisdiction and specifically to decide if a matter is arbitrable. Such provisions are noticeably absent in the CTA and that is not surprising, given the highly regulated nature of labour relations and the relatively deregulated nature of transportation. The CTA does not, expressly or by necessary implication, confer jurisdiction on the Agency to regulate freight rates to Newfoundland or to deal with Term 32(2).

#### Term 32(2)

[29] The only other possible source of Agency jurisdiction is Term 32(2) itself. Term 32(2) does not mention the Agency or its predecessor tribunals. It does not, therefore, expressly confer jurisdiction on the Agency to regulate railway rates generally or rates to and from Newfoundland specifically.

[30] Could it be construed, however, that railway rate regulation by the Agency is necessarily implied? In other words, could it be said that Term 32(2) requires rate regulation, that such rate regulation necessarily implies that there be a regulator and that the regulator be the

transporteurs, du seul fait que tels différends font intervenir des questions juridiques ou constitutionnelles. Certes, la Constitution doit être observée. Mais l'article 5 ne donne pas à l'Office la latitude entière d'examiner toute question constitutionnelle qui est soulevée devant lui lorsque la loi ne lui confère nullement le pouvoir de procéder à un tel examen. C'est ce qu'a conclu le juge La Forest dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, au regard du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et ses propos sont également applicables à l'article 5 de la LTC. Au reste, contrairement à la loi antérieure, la LTC ne fait pas mention de la clause 32(2), et l'Office n'a aucune compétence générale pour régler les barèmes de fret comme c'était le cas dans ladite loi antérieure.

[28] Dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, la *Labour Relations Act* [R.S.O. 1980, ch. 228, art. 106(1)] de l'Ontario prévoyait que la Commission des relations de travail avait compétence exclusive [TRADUCTION] «pour trancher toutes les questions de fait ou de droit soulevées à l'occasion d'une affaire qui lui est soumise». La Loi conférait à la Commission le pouvoir de statuer sur les questions de droit et de fait se rapportant à sa propre compétence et plus précisément de dire si une affaire se prêtait ou non à l'arbitrage. De telles dispositions sont visiblement absentes de la LTC, et cela n'est pas surprenant, vu la nature fortement réglementée des relations de travail et la nature relativement déréglementée des transports. La LTC ne confère pas à l'Office, expressément ou par implication nécessaire, une compétence pour régler les taux de fret vers Terre-Neuve ou pour se prononcer sur la clause 32(2).

#### La clause 32(2)

[29] La seule autre source possible d'une compétence de l'Office est la clause 32(2) elle-même. La clause 32(2) ne mentionne pas l'Office ni les tribunaux administratifs qui l'ont précédé. Il ne confère donc pas expressément à l'Office une compétence pour régler les tarifs ferroviaires en général ni les taux de fret vers ou depuis Terre-Neuve en particulier.

[30] Pourrait-on dire cependant que l'Office a par nécessité le pouvoir implicite de régler les tarifs ferroviaires? En d'autres termes, pourrait-on dire que la clause 32(2) requiert une réglementation des tarifs et que cette réglementation suppose nécessairement qu'il doit

Agency? I think not. In my opinion, Term 32(2) does not, of itself, require rate regulation. The words “For the purpose of railway rate regulation” presume the existence of rate regulation that is relevant to the balance of the Term, but they do not mandate that Parliament enact or maintain such regulation. The railway rate regulation to which the words “For the purpose of railway rate regulation” refer, was always found in the *Railway Act*, the *National Transportation Act* or the *National Transportation Act, 1987*. For Term 32(2) to apply, there must exist some relevant railway rate regulation in legislation administered by the Agency.

[31] Relevant rate regulation is railway rate regulation that has some relevance to the regulation of railway rates to Newfoundland. Specifically, it must be regulation that gives some meaning to Newfoundland being included in the Maritime Region of Canada and “through-traffic” between North Sydney and Port Aux Basques being treated as “all-rail traffic”.

[32] The nature of railway rate regulation contemplated by Term 32(2) was a power in an administrative tribunal, the Board of Transport Commissioners at the time, to identify a rate structure applicable to the Maritime Region of Canada so that rates could then be extrapolated on a rail mileage basis to points in Newfoundland, treating the water movement from North Sydney to Port Aux Basques as a rail movement and ignoring dissimilar circumstances between Newfoundland and the Maritime Provinces. The history of railway rate regulation and statutory provisions relating to Term 32(2) since its enactment in 1949 supports this view and demonstrates that such railway rate regulation no longer exists in the current deregulated environment.

[33] This history, up to 1987, has been well documented in the jurisprudence of the Board of Transport Commissioners and the Canadian Transport

y avoir un organisme de réglementation et que cet organisme doit être l'Office? Je ne le crois pas. À mon avis, la clause 32(2) n'impose pas par elle-même une réglementation des tarifs. L'expression «aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires» suppose l'existence d'une réglementation qui se rapporte au reste de la clause, mais elle ne veut pas dire que le législateur doit édicter ou maintenir cette réglementation. La réglementation des tarifs ferroviaires dont parle l'expression «aux fins de la réglementation des tarifs ferroviaires» a toujours existé dans la *Loi sur les chemins de fer*, la *Loi nationale sur les transports* ou la *Loi nationale de 1987 sur les transports*. Pour que la clause 32(2) soit applicable, il doit exister dans la loi appliquée par l'Office une réglementation applicable en matière de tarifs ferroviaires.

[31] Une réglementation applicable est une réglementation sur les tarifs ferroviaires qui intéresse de quelque façon la réglementation des tarifs ferroviaires vers Terre-Neuve. Plus précisément, il doit s'agir d'une réglementation qui impose d'inclure Terre-Neuve dans la région maritime du Canada et de traiter le «transport direct» entre North Sydney et Port-aux-Basques comme un transport «exclusivement ferroviaire».

[32] La nature de la réglementation des tarifs ferroviaires envisagée par la clause 32(2) était un pouvoir dévolu à un tribunal administratif, la Commission des transports du Canada de l'époque, de définir une structure tarifaire applicable à la région maritime du Canada de telle sorte que les tarifs puissent ensuite être appliqués, selon le kilométrage parcouru, au transport vers des endroits de Terre-Neuve, le transport par eau de North Sydney à Port-aux-Basques étant réputé constituer un transport par chemin de fer, et les différences entre Terre-Neuve et les provinces maritimes étant simplement ignorées. L'historique de la réglementation des tarifs ferroviaires et des dispositions législatives se rapportant à la clause 32(2) depuis que cette condition a été édictée en 1949 confirme cette manière de voir et montre qu'une telle réglementation des tarifs ferroviaires n'existe plus dans l'environnement déréglementé d'aujourd'hui.

[33] Cet historique, jusqu'à 1987, a été bien exposé dans la jurisprudence de la Commission des transports du Canada et de la Commission canadienne des

Commission, particularly in *Newfoundland (AG) and Atlantic Container Express (Re)*, [1987] C.T.C.R. 28 (ACE, 1987).

The Railway Act in effect in 1949

[34] When Newfoundland became a province in 1949, railway rate regulation was pervasive. Railway rates had to be published in tariffs that were public. Railway rates for traffic under substantially similar circumstances and conditions had to be charged equally to all shippers (*Railway Act*, R.S.C. 1927, c. 170, s. 314).

[35] Unjust discrimination and undue preference were the terms applied when the principle of equal treatment of shippers in substantially similar circumstances was departed from by a railway company.

[36] Under the *Railway Act* at the time, the Board of Transport Commissioners had the power to disallow tariffs of rates that were unjust or unreasonable and to require the railway company to substitute a tariff satisfactory to the Board (section 325).

[37] Railway rates setting, therefore, had to take into account the necessity to treat shippers equally in each region of Canada, the Maritimes being one such region. And indeed, there was a rate structure applicable to the Maritime Region from Central Canada and within the Maritime Region itself (see ACE, 1987, at pages 60-61).

[38] The concern of Newfoundland at the time of Confederation was that its circumstances were not similar to those of the Maritime Provinces. The movement from North Sydney to Port aux Basques was a water movement. The railway on the island of Newfoundland was narrow gauge and traversed rough terrain. Under railway rate regulation at the time, it could not be said that a higher level of rates to Newfoundland than pertained to the Maritime Provinces would be unjustly discriminatory. Indeed, CN had imposed a surcharge for extra handling involved in transferring traffic at Port aux Basques and also additional charges because the capacity of freight cars used in

transports, en particulier dans la décision *Terre-Neuve (P.G.) et Atlantic Container Express Inc. (Re)*, [1987] C.T.C.R. 28 (ACE, 1987).

La Loi des chemins de fer en vigueur en 1949

[34] Lorsque Terre-Neuve est devenue une province en 1949, la réglementation des tarifs ferroviaires était considérable. Les tarifs devaient être publiés dans des barèmes qui étaient publics. Les tarifs ferroviaires applicables au transport effectué dans des circonstances et conditions très semblables devaient être uniformes pour tous les expéditeurs (*Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1927, ch. 170, art. 314).

[35] «Discrimination injuste» et «préférence indue» étaient les expressions employées lorsqu'une compagnie de chemin de fer s'écartait du principe de l'égalité de traitement des expéditeurs opérant dans des conditions très semblables.

[36] Selon la *Loi des chemins de fer* de l'époque, la Commission des transports du Canada avait le pouvoir de désavouer un tarif qui était injuste ou déraisonnable et d'obliger la compagnie de chemin de fer à adopter un tarif acceptable pour la Commission (article 325).

[37] L'établissement des tarifs ferroviaires devait donc prendre en compte la nécessité de traiter sur un pied d'égalité les expéditeurs de chaque région du Canada, les Maritimes constituant l'une de ces régions. Et il existait effectivement une structure tarifaire applicable à la région maritime depuis la région centrale du Canada, et à l'intérieur de la région maritime elle-même (voir ACE, 1987, aux pages 60 et 61).

[38] L'inquiétude de Terre-Neuve au moment de la Confédération était que sa situation n'était pas semblable à celle des provinces maritimes. Le transport de North Sydney à Port-aux-Basques était un transport par eau. La voie ferrée qui parcourait l'île de Terre-Neuve était une voie étroite et elle traversait un relief difficile. Au vu de la réglementation de l'époque en matière de tarifs ferroviaires, on ne pouvait affirmer que des tarifs plus élevés vers Terre-Neuve que les tarifs applicables aux provinces maritimes entraîneraient une discrimination injuste. Le CN avait d'ailleurs imposé une surtaxe pour la manutention supplémentaire que nécessitait le transfert des marchandises à Port-aux-Basques, ainsi que des

Newfoundland were smaller than the capacity of freight cars used on standard gauge railway lines.

[39] The Province of Newfoundland brought an application to the Board of Transport Commissioners asking the Board to order CN to cancel the tariffs it had in effect and to substitute tariffs of rates based on the rate structure in effect into and within the Maritime Provinces. In *A.-G. Nfld. v. C.N.R.* (1950), 64 C.R.T.C. 352 (T. Bd.), the Board of Transport Commissioners held that railway companies had the right to discriminate in rates because of dissimilarity in circumstances and that Term 32(2) did not lay down a different rule for Newfoundland (at page 353).

[40] Newfoundland then asked the Board to reconsider its decision. In *A.-G. Nfld. v. C.N.R.* (1951), 67 C.R.T.C. 353 (T. Bd.), Wardrope A.C.C., in reversing the Board's prior decision, interpreted the opening words of Term 32(2) in the following manner, at page 357:

I further believe that, in the absence of car ferries, the treating of traffic between North Sydney and Port aux Basques as rail traffic, apart from other purposes, is to provide an extension of a reasonable and comparable mainland rate from North Sydney to Port aux Basques.

In my opinion they must then mean that notwithstanding certain dissimilar, disadvantageous circumstances and conditions pertaining to Newfoundland, this Province is to be included rate-wise in the Maritime region on a general level of rates similar to the other Maritime Provinces.

[41] Term 32(2) then, as a constitutional provision or "Special Act" as it was termed at the time in the *Railway Act*, took precedence over railway rate regulation under the *Railway Act*. It was intended to give to Newfoundland something to which it was not otherwise entitled under railway rate regulation pursuant to the *Railway Act*. It required the setting of freight rates to Newfoundland on a non-discriminatory basis, notwithstanding dissimilar circumstances between the Maritimes and Newfoundland. This required the extrapolation of rates to Newfoundland on a rail mileage basis, based upon the structure of rates applicable from Central Canada to the Maritimes and within the

frais additionnels parce que la capacité des wagons utilisés à Terre-Neuve était moindre que la capacité des wagons utilisés sur des voies ferrées à écartement normal.

[39] La province de Terre-Neuve présenta à la Commission des transports du Canada une demande invitant celle-ci à ordonner au CN d'annuler les tarifs qu'il appliquait et de les remplacer par un barème fondé sur la structure tarifaire en vigueur pour les provinces maritimes. Dans l'affaire *P.G. T.-N. c. C.N.R.* (1950), 64 C.R.T.C. 352 (Comm. Transp.), la Commission des transports du Canada jugea que les compagnies de chemin de fer avaient le droit d'appliquer des tarifs différents en raison de l'existence de conditions différentes et que la clause 32(2) n'énonçait pas une règle différente pour Terre-Neuve (à la page 353).

[40] Terre-Neuve demanda alors à la Commission de revoir sa décision. Dans l'affaire *P.G. T.-N. c. C.N.R.* (1951), 67 C.R.T.C. 353 (Comm. Transp.), le commissaire Wardrope, infirmant la décision antérieure de la Commission, interpréta de la manière suivante les mots introductifs de la clause 32(2), à la page 357:

[TRADUCTION] Je crois aussi que, en l'absence de traversiers, le fait de considérer le transport entre North Sydney et Port-aux-Basques comme un transport ferroviaire, abstraction faite d'autres objets, vise à assurer l'application, pour le transport de North Sydney à Port-aux-Basques, d'un barème raisonnable qui se compare à celui du Canada continental.

À mon avis, ils doivent donc signifier que, malgré certaines conditions et circonstances dissemblables et défavorables en ce qui concerne Terre-Neuve, cette province doit être placée sur le même pied que la région maritime et se voir appliquer des tarifs généraux semblables à ceux des autres provinces maritimes.

[41] La clause 32(2), en tant que disposition constitutionnelle ou «loi spéciale» comme la qualifiait à l'époque la *Loi des chemins de fer*, a donc eu préséance, en vertu de la *Loi des chemins de fer*, sur la réglementation des tarifs ferroviaires. Elle devait donner à Terre-Neuve une chose à laquelle Terre-Neuve n'avait pas autrement droit d'après les règlements sur les tarifs ferroviaires pris conformément à la *Loi des chemins de fer*. Elle nécessitait l'établissement de taux de fret pour le transport vers Terre-Neuve, et cela d'une manière non discriminatoire, malgré l'existence de conditions différentes entre les Maritimes et Terre-Neuve. Cela nécessitait l'établissement de taux à destination de Terre-

Maritimes. By reason of the pervasive nature of railway rate regulation and the extensive power of the Board as regulator under the *Railway Act*, there is no question the Board had the authority to require CN, in accordance with Term 32(2), to treat Newfoundland as a rail extension of the Maritime Provinces and to require CN to charge rates based on rates applicable to and within the Maritime Provinces, extrapolated on a rail mileage basis to points in Newfoundland.

#### NTA of 1967

[42] That pervasive rail rate regulation remained until the *National Transportation Act* (NTA) was enacted in 1967 by S.C. 1966-67, c. 69. The NTA of 1967 reduced the regulation of railways and railway rates under the *Railway Act* significantly. The pervasive regulatory powers of the Board of Transport Commissioners over railway rates were replaced by amendments to the *Railway Act* which granted to the railway companies the power, subject to specific and limited exceptions to be administered by the Canadian Transport Commission (which replaced the Board), to fix rates unencumbered by legislative or regulatory restrictions.

[43] One exception was Term 32 of the Terms of Union. Subsection 326(6) of the *Railway Act* (as am. by S.C. 1966-67, c. 69, s. 49), and renumbered subsection 269(6) pursuant to R.S.C. 1970, c. R-2, provided:

#### 269. . . .

(6) Notwithstanding section 3, the power given by this Act to the company to fix, prepare and issue tariffs, tolls and rates, and to change and alter the same, is not limited or in any manner affected by any Act of the Parliament of Canada or by any agreement made or entered into pursuant thereto, whether general in application or special and relating only to any specific railway or railways, except the *Maritime Freight Rates Act*, Term 32 of the Terms of Union of Newfoundland with Canada, and Part IV of the *Transport Act*.

Neuve, au prorata de la distance parcourue en chemin de fer, compte tenu de la structure des taux applicables depuis la région centrale du Canada vers les Maritimes et à l'intérieur des Maritimes. En raison du caractère généralisé de la réglementation des tarifs ferroviaires, et en raison du pouvoir étendu conféré par la *Loi des chemins de fer* à la Commission en tant qu'organisme de réglementation, il ne fait aucun doute que la Commission avait le pouvoir d'obliger le CN, conformément à la clause 32(2), à traiter Terre-Neuve comme un prolongement ferroviaire des provinces maritimes et d'obliger le CN à appliquer, pour le transport vers Terre-Neuve, et selon le kilométrage parcouru, des taux fondés sur les taux applicables au transport vers les provinces maritimes et à l'intérieur des provinces maritimes.

#### La LNT de 1967

[42] Cette réglementation généralisée des tarifs ferroviaires a subsisté jusqu'à la promulgation de la *Loi nationale sur les transports* (LNT), en 1967, par S.C. 1966-67, ch. 69. La LNT de 1967 réduisait notablement la réglementation des chemins de fer et les tarifs ferroviaires établis en vertu de la *Loi sur les chemins de fer*. Les vastes pouvoirs de réglementation de la Commission des transports du Canada sur les tarifs ferroviaires furent remplacés par des modifications apportées à la *Loi sur les chemins de fer*, modifications qui conféraient aux compagnies de chemin de fer, sous réserve d'exceptions précises et restreintes que devait administrer la nouvelle Commission canadienne des transports, le pouvoir de fixer des tarifs sans égard aux restrictions législatives ou réglementaires.

[43] L'une des exceptions était la clause 32 des Conditions de l'union. Le paragraphe 326(6) de la *Loi sur les chemins de fer* (mod. par S.C. 1966-67, ch. 69, art. 49), et renuméroté paragraphe 269(6) conformément à S.R.C. 1970, ch. R-2, prévoyait ce qui suit:

#### 269. [ . . . ]

(6) Nonobstant les dispositions de l'article 3, le pouvoir que la présente loi attribue à la compagnie de fixer, préparer et émettre des tarifs, taxes et taux, et de les changer et les modifier, n'est pas limité ni d'aucune façon atteint par une loi quelconque du Parlement du Canada, ni par un traité conclu ou passé en conformité d'une telle loi, qu'elle soit générale ou spéciale dans son application et qu'elle ait trait à un seul ou à plusieurs chemins de fer particuliers, à l'exception de la *Loi sur les taux de transport des marchandises dans les Provinces maritimes*, de la clause 32 des Conditions de l'Union de Terre-

In ACE, 1987, at page 57, referring to subsection 269(6), the Review Committee of the Canadian Transport Commission concluded:

We therefore conclude that subsection 269(6) of the *Railway Act* limits the powers of the railway in constructing rates to, from and within Newfoundland by making these powers subject to the rights guaranteed to Newfoundland in the Terms of Union. Hence, in constructing these rates, the railway must ensure that Newfoundland is accorded rates in compliance with the Terms of Union.

[44] Under the NTA, railway rates were public and had to be filed with the Commission. It appears there still existed a Maritime rate structure. Accordingly, the Review Committee ordered CN to review its rates and file new rates in compliance with the Terms of Union. At page 68, it concluded:

To this end, we are directing CN to begin an immediate review of all its rates to, from and within Newfoundland to satisfy itself that each and every rate meets the criteria outlined in this decision and to inform the Committee when this review has been completed. Where rates are found to be too high and thereby out of line with similar mainland maritime rates adjusted for distance, or too low and thereby lower than similar mainland maritime rates adjusted for distance and lower than the compensatory level, CN is directed to file new rates no later than 90 days from the date of this decision.

It then provided that parties dissatisfied with the rates filed by CN could make application to the Commission under section 45 of the NTA:

Should any of the parties or any other person be of the opinion that any rates in effect after that date do not comply with the *Railway Act*, they are free to refer the matter to the Commission pursuant to section 45 of the *National Transportation Act*.

[45] Section 45 of the NTA [R.S.C. 1970, c. N-17] gave the Canadian Transport Commission broad power to determine any application complaining that a railway company had failed to do anything required by the *Railway Act*, i.e. subsection 269(6), or the Special Act

Neuve au Canada, et de la Partie IV de la *Loi sur les transports*.

Dans l'affaire ACE 1987, à la page 57, se référant au paragraphe 269(6), le comité d'examen de la Commission canadienne des transports concluait ainsi:

Par conséquent, nous concluons que le paragraphe (6) de l'article 269 de la *Loi sur les chemins de fer* limite les pouvoirs de la société ferroviaire d'établir des taux à destination, en provenance et à l'intérieur de Terre-Neuve en assujettissant ces pouvoirs aux droits garantis à Terre-Neuve dans les Conditions de l'union. Ainsi, en déterminant ces taux, la société ferroviaire doit veiller à fixer pour Terre-Neuve des taux qui soient conformes aux Conditions de l'Union.

[44] Selon la LNT, les taux ferroviaires étaient publics et devaient être déposés auprès de la Commission. Il semble qu'il existait encore une structure tarifaire de la région maritime. En conséquence, le comité d'examen ordonna au CN de revoir ses taux et de déposer de nouveaux taux conformes aux Conditions de l'union. À la page 68, il concluait ainsi:

À cette fin, nous ordonnons au CN d'entreprendre un examen immédiat de tous ses taux à destination, en provenance et à l'intérieur de Terre-Neuve afin de s'assurer que chaque taux répond aux critères établis dans la présente décision et d'avertir le CTCF (le Comité) lorsque cet examen sera complété. Si certains taux s'avèrent trop élevés et par conséquent disproportionnés aux taux semblables de la partie continentale des Maritimes redressés en fonction de la distance, ou trop bas et par conséquent inférieurs aux taux semblables de la partie continentale des Maritimes redressés en fonction de la distance, et inférieurs au niveau compensatoire, le CN devra déposer de nouveaux tarifs au plus tard 90 jours à compter de la date de la présente décision.

Il prévoyait ensuite que les parties non satisfaites des taux déposés par le CN pouvaient présenter une demande à la Commission en vertu de l'article 45 de la LNT:

Si l'une ou l'autre des parties ou toute autre personne est d'avis que les taux en vigueur après cette date ne sont pas conformes à la *Loi sur les chemins de fer*, elles sont libres de renvoyer la question à la Commission aux termes de l'article 45 de la *Loi nationale sur les transports*.

[45] L'article 45 de la LNT [S.R.C. 1970, ch. N-17] donnait à la Commission canadienne des transports un pouvoir étendu de statuer sur toute demande où il était allégué qu'une compagnie de chemin de fer avait négligé de faire quelque chose que lui imposait la *Loi sur les*

(Term 32(2)) and to order a railway company to do forthwith anything that it was required to do under the *Railway Act* or Special Act. Section 45 provided in relevant part:

45. (1) The Commission has full jurisdiction to inquire into, hear and determine any application by or on behalf of any party interested,

(a) complaining that any company, or person, has failed to do any act, matter or thing required to be done by the *Railway Act*, or the Special Act . . . or that any company or person has done or is doing any act, matter or thing contrary to or in violation of the *Railway Act*, or the Special Act . . . .

(2) The Commission may order and require any company or person to do forthwith, or within or at any specified time, and in any manner prescribed by the Commission, so far as is not inconsistent with the *Railway Act*, any act, matter or within or thing that such company or person is or may be required to do under the *Railway Act*, or the Special Act . . . ; and for the purposes of the *Railway Act* has full jurisdiction to hear and determine all matters whether of law or of fact.

Of significance is the breadth of the Commission's power to regulate railway companies under section 45 of the NTA, as contrasted with the currently limited powers of the Agency under sections 26 and 37 of the CTA. There is no question that, by reason of subsection 269(6) of the *Railway Act* and section 45 of the NTA, the Commission had the jurisdiction to order CN to file and charge rates in accordance with Term 32(2).

#### NTA, 1987

[46] The next major legislative change affecting the regulation of railways in Canada came with the NTA, 1987. Subsection 269(6), under which the railway companies were free to fix rates subject to limited exceptions, was continued as section 111 of the NTA, 1987. Section 111 provided:

111. The powers given by this Division to a railway company with respect to tariffs, confidential contracts and agreed charges are not limited or in any manner affected by

*chemins de fer*, p. ex. le paragraphe 269(6) ou la loi spéciale (la clause 32(2) des Conditions de l'union), et un pouvoir étendu d'ordonner à une compagnie de chemin de fer de faire sur-le-champ toute chose qu'elle était tenue de faire en vertu de la *Loi sur les chemins de fer* ou de la loi spéciale. L'article 45 prévoyait, dans sa partie applicable, ce qui suit:

45. (1) La Commission a pleine juridiction pour instruire, entendre et juger toute requête présentée par une partie intéressée ou en son nom,

a) se plaignant qu'une compagnie ou qu'une personne a omis de faire une action ou une chose qu'elle était tenue de faire par la *Loi sur les chemins de fer*, par la loi spéciale [. . .] ou qu'une compagnie ou une personne a fait ou fait une action ou une chose contrairement ou en contrevention à la *Loi sur les chemins de fer* ou à la loi spéciale [. . .]

[. . .]

(2) La Commission peut ordonner et prescrire à toute compagnie ou personne de faire immédiatement, ou dans tel délai ou à telle époque qu'elle fixe, et de telle manière qu'elle prescrit, en tant qu'il n'y a rien d'incompatible avec la *Loi sur les chemins de fer*, toute action ou chose que cette compagnie ou personne est, ou peut être, tenue de faire sous le régime de la *Loi sur les chemins de fer* ou de la loi spéciale; [. . .] et elle a, aux fins de la *Loi sur les chemins de fer*, plein juridiction pour entendre et juger toute question tant de droit que de fait.

L'étendue du pouvoir de la Commission de réglementer les compagnies de chemin de fer en vertu de l'article 45 de la LNT contraste vivement avec les pouvoirs actuellement limités de l'Office selon les articles 26 et 37 de la LTC. Il ne fait aucun doute que, en raison du paragraphe 269(6) de la *Loi sur les chemins de fer* et de l'article 45 de la LNT, la Commission était compétente pour ordonner au CN de déposer et d'appliquer des taux conformes à la clause 32(2) des Conditions de l'union.

#### La LNT de 1987

[46] L'autre principale modification législative qui intéresse la réglementation des chemins de fer au Canada a été la LNT de 1987. Le paragraphe 269(6), en vertu duquel les compagnies de chemin de fer étaient libres de fixer leurs taux sous réserve d'exceptions restreintes, est devenu l'article 111 de la LNT de 1987. L'article 111 était rédigé ainsi:

111. Les pouvoirs, conférés par la présente section à une compagnie de chemin de fer, à l'égard des tarifs, des contrats confidentiels et des prix convenus ne sont pas limités ni

any Act of Parliament, other than this Act, or by any agreement made or entered into pursuant to any Act of Parliament other than this Act, whether general in application or special and relating only to any specific railway, except the *Atlantic Region Freight Assistance Act*, the *Maritime Freight Rates Act*, the *Western Grain Transportation Act*, Term 32 of the Terms of Union of Newfoundland with Canada set out in the schedule to the *Newfoundland Act* and section 272 of the *Railway Act*.

[47] Under the NTA, 1987, railway rates continued to be published, although there was no requirement that they be filed with the National Transportation Agency. One exception to publication was the introduction of confidential contracts, in which the rate agreed between the railway company and shipper would not be public. However, such contracts had to be filed with the Agency. Thus, the Agency had access to information upon which it could determine rates in confidential contracts applicable from Central Canada to the Maritimes and within the Maritime Provinces as a basis for the extrapolation of rates to Newfoundland pursuant to Term 32(2). In Decision 266-R-1991, May 22, 1991 [*In the matter of a complaint made by Atlantic Container Express Inc. pursuant to subsection 35(1) of the National Transportation Act, 1987, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), dated July 6, 1989, that Canadian National Railway Company is charging rates to Newfoundland destinations not consistent with the Terms of Union*], (ACE, 1991), the Agency found at page 17 that as a basis for constructing Term 32(2) rates, CN was required to determine a Maritime rate structure by including rates in confidential contracts with similar terms and conditions as those applicable to Newfoundland shippers.

[48] However, the broad power of the prior Canadian Transport Commission under section 45 of the NTA to hear and determine complaints and make orders resulting from such determinations was vastly curtailed. The Agency's power under the NTA, 1987 was identical to its power under the CTA today. Sections 26 and 37 of the CTA are identical to subsections 35(4) and 35(1) of

touchés par une loi du Parlement, autre que la présente loi, ou par un accord conclu en application d'une loi du Parlement, autre que la présente loi, d'application générale ou particulière à un chemin de fer, sauf la *Loi sur le taux de transport des marchandises dans les provinces Maritimes*, la *Loi sur le transport des marchandises dans la Région Atlantique*, la *Loi sur le transport du grain de l'Ouest*, la clause 32 des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada, énoncée à l'annexe de la *Loi sur Terre-Neuve* et l'article 272 de la *Loi sur les chemins de fer*.

[47] En vertu de la LNT de 1987, les tarifs ferroviaires ont continué d'être publiés, encore qu'il n'y eût aucune obligation de les déposer auprès de l'Office national des transports. Une exception à la publication concernait l'adoption de contrats confidentiels, selon lesquels le taux convenu entre la compagnie de chemin de fer et l'expéditeur ne serait pas public. Toutefois, de tels contrats devaient être déposés auprès de l'Office. L'Office avait donc accès à des renseignements grâce auxquels il pouvait déterminer les taux indiqués dans les contrats confidentiels, et applicables depuis la région centrale du Canada jusqu'aux Maritimes et à l'intérieur des provinces maritimes, ce qui lui permettait d'établir des taux applicables au transport vers Terre-Neuve, et conformes à la clause 32(2). Dans la décision 266-R-1991, en date du 22 mai 1992 [*Relative à une plainte déposée par Atlantic Container Express Inc. en vertu du paragraphe 35(1) de la Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. 28 (3<sup>e</sup> suppl.), le 6 juillet 1989, et selon laquelle les prix exigés par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada pour le transport vers Terre-Neuve seraient non conformes aux Conditions d'adhésion*] (ACE 1991), l'Office a jugé, à la page 17, que, pour le calcul de taux conformes à la clause 32(2), le CN était tenu de déterminer une structure tarifaire pour la région maritime en y incluant les taux des contrats confidentiels comportant des modalités semblables à celles applicables aux expéditeurs de Terre-Neuve.

[48] Cependant, le vaste pouvoir de l'ancienne Commission canadienne des transports, selon l'article 45 de la LNT, d'entendre et de juger les plaintes et de rendre des ordonnances en conséquence était considérablement réduit. Le pouvoir conféré à l'Office par la LNT de 1987 était identique au pouvoir que lui confère la LTC aujourd'hui. Les articles 26 et 37 de la LTC sont

the NTA, 1987.

[49] In ACE, 1991, the Agency's role with respect to section 111 was explained by the majority of the panel at page 13:

Section 111 allows CN to set its rates as it sees fit subject only to various legal requirements including the Terms of Union. In the competitive environment established by the NTA, 1987, it is the responsibility of CN to establish rates and it is not within the mandate of the Agency, except on a properly filed complaint within its jurisdiction, to interfere with that responsibility. The Agency, therefore, has no ongoing monitoring function to ensure that the Terms of Union rates are properly established.

[50] Section 111 of the NTA, 1987 appeared in Part III, "Railway Transportation, Division I, Rail Freight". That Part of the Act was regulatory in nature and placed regulatory obligations on railway companies. The Agency is referred to throughout the Part. Accordingly, the Agency had the jurisdiction, at that time, to inquire into and determine the complaint made, namely that CN was not charging rates in accordance with the Terms of Union and require CN to charge rates in accordance with the Terms of Union.

#### CTA

[51] Finally, we come to the CTA enacted in 1996. As indicated, the power of the Agency under sections 26 and 37 of the CTA remains the same as under subsections 35(4) and 35(1) of the NTA, 1987. However, section 111 of the NTA, 1987 has been repealed. In other words, there is no Term 32(2) limitation in the CTA on the power of a railway company to set freight rates.

[52] Further, under the CTA, there is no longer a requirement for railway companies to file confidential contracts with the Agency. While freight rates in tariffs continue to be public, the evidence before the Agency in this case was that 75 to 80 percent of CN's domestic intermodal business to and from the Maritimes moves under confidential contracts and not rates in public tariffs (page 23 of Decision 300-R-1999). The Agency does not have access to such rates as there is no power in the

identiques aux paragraphes 35(4) et 35(1) de la LNT de 1987.

[49] Dans la décision ACE 1991, le rôle de l'Office au regard de l'article 111 a été expliqué ainsi par les membres majoritaires de la formation, à la page 13:

L'article 111 permet au CN de fixer ses taux comme il l'entend à condition seulement qu'il respecte diverses exigences juridiques dont les Conditions d'adhésion. Dans le milieu de concurrence établi par la LNT 1987, il incombe au CN d'établir des taux et l'Office n'a pas à intervenir, sauf si une plainte bien fondée lui est soumise. Donc, l'Office n'a pas comme fonction d'exercer une surveillance continue afin d'assurer que les taux dictés par les Conditions d'adhésion sont établis convenablement.

[50] L'article 111 de la LNT de 1987 figurait dans la partie III, «Transport ferroviaire, Section I, Transport des marchandises par chemins de fer». Cette partie de la loi était de nature réglementaire et imposait des obligations administratives aux compagnies de chemin de fer. L'Office est mentionné dans toute cette partie. En conséquence, l'Office était compétent, à l'époque, pour étudier et juger la plainte déposée, c'est-à-dire la plainte selon laquelle le CN n'appliquait pas des tarifs conformes aux Conditions de l'union, et pour obliger le CN à appliquer des tarifs conformes aux Conditions de l'union.

#### La LTC

[51] Finalement, nous arrivons à la LTC édictée en 1996. Comme on l'a dit, le pouvoir de l'Office selon les articles 26 et 37 de la LTC demeure le même que le pouvoir de l'Office selon les paragraphes 35(4) et 35(1) de la LNT de 1987. Cependant, l'article 111 de la LNT de 1987 a été abrogé. En d'autres termes, il n'y a dans la LTC aucune limite, en ce qui a trait à la clause 32(2), au pouvoir d'une compagnie de chemin de fer de fixer des taux de fret.

[52] De plus, dans la LTC, les compagnies de chemin de fer ne sont plus tenues de déposer les contrats confidentiels auprès de l'Office. Les taux de fret indiqués dans les barèmes demeurent publics, mais, selon la preuve déposée auprès de l'Office dans cette affaire, 75 à 80 pour cent du transport multimodal intérieur du CN vers et depuis les Maritimes se font en vertu de contrats confidentiels et non en vertu de taux figurant dans des barèmes publics (page 23 de la

Agency to call for such confidential contracts or information contained in such contracts. In repealing section 111 of the NTA, 1987, I think Parliament recognized the fact that the vast majority of rates are negotiated individually between shippers and railway companies, and there is no longer a requirement to charges rates equally to shippers under substantially similar conditions. The notion of a Maritime rate structure had become an anachronism and there was no basis upon which to establish a realistic Maritime rate structure from which could be extrapolated rates to Newfoundland.

[53] In summary, initially it was the broad power of the Board of Transport Commissioners to enforce and require just and reasonable rates that was the rate regulation to which Term 32(2) referred. Subsequently, by the *National Transportation Act* of 1967, it was the combination of the Canadian Transport Commission's broad power to inquire into matters under its statutory administration and the Term 32(2) limitation on the power of railway companies to fix freight rates under subsection 269(6) of the *Railway Act*, that was the source of the Commission's jurisdiction to order CN to file freight rates that complied with the Terms of Union. Under the NTA, 1987, it was the existence of section 111 of that Act combined with the Commission's power under subsections 35(1) and 35(4) that was the source of the Agency's jurisdiction.

[54] Under the CTA, there is no provision for the Agency to have access to the vast majority of rates governing railway freight traffic. Nor is there any regulatory basis for the Agency to require a railway company to maintain a Maritime rate structure. There is no Term 32(2) limitation on a railway company's power to fix freight rates. In the absence of such provisions, there is no railway rate regulation that engages Term 32(2).

[55] In Decision 300-R-1999, the Agency, correctly in my view, found that there must be railway rate

décision 300-R-1999). L'Office n'a pas accès à ces taux car il n'a pas le pouvoir d'exiger la production de ces contrats confidentiels ou des renseignements qui y figurent. Je crois que, en abrogeant l'article 111 de la LNT de 1987, le législateur reconnaissait que la grande majorité des taux sont négociés individuellement entre expéditeurs et compagnies de chemin de fer, et il n'y a plus obligation d'appliquer des taux uniformes aux expéditeurs dont la situation est sensiblement la même. L'idée d'une structure tarifaire pour la région maritime était devenue un anachronisme et il n'y avait plus de fondement justifiant une structure tarifaire réaliste du genre, à partir de laquelle pourraient être établis des taux de fret à destination de Terre-Neuve.

[53] En bref, la réglementation tarifaire dont il est question dans la clause 32(2) coïncidait à l'origine avec le vaste pouvoir de la Commission des transports du Canada d'appliquer et d'exiger des taux justes et raisonnables. Par la suite, dans la Loi nationale de 1967 sur les transports, la source du pouvoir de la Commission canadienne des transports d'ordonner au CN de déposer des taux de fret conformes aux Conditions de l'union était la combinaison de deux choses: le vaste pouvoir de la Commission canadienne des transports d'enquêter sur les matières relevant de sa compétence, et la limitation qu'imposait la clause 32(2) au pouvoir des compagnies de chemin de fer de fixer des taux de fret selon le paragraphe 269(6) de la *Loi sur les chemins de fer*. Dans la LNT de 1987, la source de la compétence de l'Office était l'article 111 de cette Loi, ce à quoi il faut ajouter le pouvoir donné à la Commission par les paragraphes 35(1) et 35(4).

[54] Dans la LTC, aucune disposition ne donne à l'Office l'accès à la multitude de taux régissant le transport de fret par chemin de fer. Il n'existe non plus aucune disposition réglementaire donnant à l'Office le droit d'obliger une compagnie de chemin de fer à appliquer une structure tarifaire pour la région maritime. Il n'y a pas de limite, par l'effet de la clause 32(2), au pouvoir d'une compagnie de chemin de fer de fixer des taux de fret. Vu l'absence de telles dispositions, aucune réglementation des tarifs ferroviaires ne met en jeu la clause 32(2).

[55] Dans sa décision 300-R-1999, l'Office a estimé, à mon avis avec raison, qu'il doit exister une réglemen-

regulation in existence for Term 32(2) to be applied. The Agency stated at page 14:

*Contrary to the arguments of the Government of Newfoundland and Labrador and Mr. Moffatt, the Agency cannot ignore these words and conclude that no rate regulation is needed at all for this Term to apply. While no legislation is mentioned in Term 32(2), not even in a general sense as is the case with Term 32(3), it does contemplate that there be at least some sort of railway rate regulation in existence for the Term to be applied.*

The Agency then went on to find that railway rate regulation currently exists under the CTA:

*Having so concluded, the Agency finds that 'railway rate regulation' currently exists. Such regulation exists today, albeit in a diminished and different form than that which existed even as recently as 1996. Today's rate regulation is far less pervasive and much narrower in focus or limited than that which existed in earlier legislation.*

The Agency then provided examples of current railway rate regulation: interswitching rates, competitive line rates, joint rates, maximum grain rates, level of service obligations and final offer arbitrations. On this basis, the Agency concluded at page 15:

*... there is still some rate regulation today and this is enough to conclude that Term 32(2) continues to apply.*

However, these regulations do not limit the power of a railway company to set rates to Newfoundland and do not imply a requirement that a Maritime rate structure exists, from which Newfoundland rates could be extrapolated.

[56] The Agency seems to have acknowledged this difficulty when it concluded that the development of Terms of Union rates might involve "developing a 'best guess' figure". At page 28 of Decision 300-R-1999, the Agency stated:

*A rate must be identified or developed because the Constitution requires it, and it is the task of the Agency or the arbitrator, or some other party, to determine an appropriate rate in the circumstances of any particular case. The fact that such a task is daunting is unfortunate, but no matter how difficult,*

*tation des tarifs ferroviaires pour que la clause 32(2) puisse être appliquée. L'Office s'était exprimé ainsi à la page 14:*

*Contrairement aux arguments avancés par le Gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador et par M. Moffatt, l'Office ne peut ignorer ces mots et conclure qu'aucune réglementation des tarifs n'est nécessaire pour que cette condition s'applique. Même si la condition 32(2) ne renvoie à aucune loi, pas même en termes généraux comme c'est le cas de la condition 32(3), elle reconnaît qu'il doit exister au moins une certaine réglementation des tarifs ferroviaires pour que la condition puisse s'appliquer.*

Puis l'Office concluait qu'il existe aujourd'hui dans la LTC une réglementation des tarifs ferroviaires:

*Cela étant, l'Office est d'avis qu'il existe actuellement une «réglementation des tarifs ferroviaires». Cette réglementation existe aujourd'hui, même si elle revêt une forme réduite et différente de celle qui existait pas plus tard qu'en 1996. La réglementation des tarifs d'aujourd'hui est nettement moins omniprésente et beaucoup plus étroite ou limitée que celle qui existait dans les lois antérieures.*

L'Office donnait ensuite des exemples d'une réglementation actuelle des tarifs ferroviaires: prix d'interconnexion, prix de lignes concurrentiels, prix communs, taux de transport du grain, obligations sur le niveau des services, enfin arbitrages. L'Office concluait alors ainsi, à la page 15:

*[. . .] il existe toujours aujourd'hui une réglementation des tarifs qui suffit à déduire que la condition 32(2) continue de s'appliquer.*

Cependant, ces règlements ne limitent pas le pouvoir d'une compagnie de chemin de fer de fixer des taux pour le transport vers Terre-Neuve et ils ne requièrent pas pour la région maritime l'existence d'une structure tarifaire à partir de laquelle pourraient être établis des tarifs applicables à Terre-Neuve.

[56] L'Office semble avoir reconnu cette difficulté lorsqu'il a conclu que le développement de tarifs conformes aux Conditions de l'union pourrait nécessiter le recours «à une sorte d'estimation». À la page 28 de la décision 300-R-1999, l'Office s'est exprimé ainsi:

*Un tarif doit être identifié ou établi parce que la Constitution le veut et il appartient à l'Office ou à l'arbitre, ou à une autre partie, d'établir un tarif approprié aux circonstances qui entourent une cause donnée. Le caractère redoutable d'une telle tâche est regrettable, mais, peu importe le degré de*

it is necessary, even if it means resorting to developing a “best guess” figure. The Agency or the arbitrator, when so called upon, is charged by the Constitution to develop a rate—if there is no clearly identical or comparable rate in terms of the type and quantity of traffic, then the best estimate based upon all the available information, must suffice.

With respect, I do not think it is reasonable to conclude that the Constitution of Canada would require that regulation of freight rates would be based on “best guess” figures.

[57] The Agency does not explain how any of the examples of railway rate regulation that are cited in its reasons have any relevance to railway rates to Newfoundland. Indeed, the type of railway rate regulation to which the Agency referred has never been cited by the Agency, or its predecessor tribunals, as the basis for regulating railway rates to Newfoundland. In the absence of rate regulation that has some relevance to the setting of rates to Newfoundland by a railway company, there is no regulation that engages Term 32(2) and no basis for the Agency to have assumed the jurisdiction it did in this case.

[58] Although final offer arbitration is a form of rate regulation that can be invoked by shippers relative to railway rates to Newfoundland, for the reasons that I found Part IV did not confer jurisdiction on the Agency to do so, final offer arbitration is not a regulatory basis for the Agency to have conducted the inquiry it did in this case or to have instructed the arbitrator to develop Terms of Union rates.

#### Living Tree Doctrine of Constitutional Interpretation

[59] The Agency seemed to feel that, because the Constitution is the supreme law of Canada and because, in its view, the Constitution is to be interpreted flexibly, consistent with the “living tree” doctrine of constitutional interpretation (see, for example, *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at page 136 per Lord Sankey L.C.; and *Attorney General of British Columbia v. Canada Trust Co. et al.*, [1980] 2

difficulté, cela est nécessaire, même s’il faut recourir à une sorte d’estimation. L’Office ou l’arbitre, à qui l’on demande d’agir ainsi, est obligé par la Constitution d’établir un tarif et, s’il n’existe pas de tarif comparable ou manifestement identique sous l’angle du type et du volume de trafic, la meilleure estimation reposant sur toutes les données disponibles doit alors suffire.

Malheureusement, à mon avis, il est inexact d’affirmer que la Constitution du Canada exige que la réglementation des taux de fret soit fondée sur des estimations.

[57] L’Office n’explique pas en quoi ses exemples de réglementation des tarifs ferroviaires, exemples qu’il cite dans ses motifs, intéressent de quelque façon les tarifs du transport ferroviaire vers Terre-Neuve. Le genre de réglementation des tarifs ferroviaires auquel s’est référé l’Office n’a d’ailleurs jamais été considéré par l’Office, ou par les organismes administratifs qui l’ont précédé, comme le fondement d’une réglementation des tarifs ferroviaires vers Terre-Neuve. En l’absence d’une réglementation des tarifs qui intéresse de quelque façon l’établissement de tarifs à destination de Terre-Neuve par une compagnie de chemin de fer, alors aucune réglementation ne met en jeu la clause 32(2), et l’Office ne peut s’arroger la compétence qu’il s’est arrogée ici.

[58] L’arbitrage est une forme de réglementation des tarifs qui peut être invoquée par les expéditeurs à propos des tarifs du transport ferroviaire vers Terre-Neuve, mais, pour les motifs qui m’ont conduit à conclure que la partie IV ne confère à l’Office aucune compétence en la matière, l’arbitrage ne constitue pas un fondement réglementaire autorisant l’Office à faire enquête comme il l’a fait ici ou à donner des directives à l’arbitre pour qu’il développe des tarifs conformes aux Conditions de l’union.

#### Le principe de l’approche évolutive de l’interprétation constitutionnelle

[59] L’Office semble avoir considéré que, parce que la Constitution est la loi suprême du Canada et parce que, à son avis, elle doit être interprétée avec souplesse, d’une manière conforme au principe de l’approche évolutive de l’interprétation constitutionnelle (voir par exemple l’arrêt *Re Section 24 of B.N.A. Act*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la page 136, lord Sankey; et l’arrêt *Procureur général de la Colombie-Britannique c.*

S.C.R. 466, at page 478), Term 32(2) must be made to apply to the current state of railway rate regulation in Canada. With respect, I think this approach is misplaced. Certainly the Constitution is the supreme law of Canada and, in appropriate circumstances, it must be adapted to conditions that did not exist when its various provisions were enacted. However, the constitutional provisions in question in any given circumstances must be carefully considered to determine whether the living tree approach is appropriate or whether, as I believe is the case here, the constitutional provision is simply no longer applicable. The living tree doctrine cannot be stretched to animate a provision that is a practical anachronism.

[60] A clear example of a constitutional provision that is no longer applicable is Term 32(3) of the Terms of Union. It provides:

32. . . .

(3) All legislation of the Parliament of Canada providing for special rates on traffic moving within, into, or out of, the Maritime region will, as far as appropriate, be made applicable to the Island of Newfoundland.

For many years, the *Maritime Freight Rates Act*, R.S.C., 1985, c. M-1, provided for reduced rates on traffic moving within or westbound out of the Maritime Region. In 1996, this legislation was repealed. (See *Budget Implementation Act, 1995*, S.C. 1995, c. 17, section 25, repeal effective May 31, 1996 (P.C. 1996-804.)) It could not be seriously suggested that Term 32(3) still applies in such a manner as to require the continuation of legislation providing for special rates within or from the Maritime Region. In other words, Term 32(3) will only guarantee Newfoundland access to special rates provided to the Maritime Region in legislation, should Parliament choose, in the future, to enact such legislation. However, Term 32(3) currently has no application. Term 32(3) is part of the supreme law of Canada, but the living tree doctrine does not make it effective at this time.

*Compagnie Trust Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 466, à la page 478), la clause 32(2) doit pouvoir s'appliquer à l'état actuel de la réglementation des tarifs ferroviaires au Canada. Je crois malheureusement que cette manière de voir est erronée. Certes, la Constitution est la loi suprême du Canada et, dans les cas qui s'y prêtent, elle doit être adaptée à des conditions qui n'existaient pas lorsque ses diverses dispositions ont été édictées. Cependant, il convient d'étudier minutieusement les dispositions constitutionnelles en question dans un ensemble donné de circonstances, pour savoir si le principe de l'approche évolutive est approprié ou si, comme je crois que c'est le cas ici, la disposition constitutionnelle n'est tout simplement plus applicable. Le principe de l'approche évolutive ne saurait être élargi pour donner vie à une disposition qui ne correspond plus à la réalité.

[60] Un exemple manifeste de disposition constitutionnelle qui n'est plus applicable est la clause 32(3) des Conditions de l'union. La clause 32(3) est rédigée ainsi:

32. [. . .]

(3) Toute législation du Parlement du Canada accordant des taux spéciaux pour le transport à l'intérieur, à destination ou en provenance de la région maritime sera, dans la mesure appropriée, rendue applicable à l'île de Terre-Neuve.

Pendant de nombreuses années, la *Loi sur les taux de transport des marchandises dans les provinces Maritimes*, L.R.C. (1985), ch. M-1, avait prévu des tarifs réduits pour le transport des marchandises à l'intérieur de la région maritime, ou vers l'Ouest à partir de la région maritime. En 1996, cette Loi a été abrogée. (Voir *Loi d'exécution du budget, 1995*, L.C. 1995, ch. 17, art. 25, abrogée le 31 mai 1996 (C.P. 1996-804.)) On ne pourrait pas sérieusement affirmer que la clause 32(3) s'applique encore, au point d'imposer le maintien de lois prévoyant des tarifs spéciaux à l'intérieur de la région maritime ou à partir de la région maritime. En d'autres termes, la clause 32(3) ne garantira l'accès de Terre-Neuve qu'aux tarifs spéciaux prévus pour la région maritime dans des lois, pour le cas où le législateur fédéral déciderait un jour d'édicter de telles lois. Cependant, la clause 32(3) n'a aucune application aujourd'hui. Elle fait partie intégrante de la loi suprême du Canada, mais le principe de l'approche évolutive ne permet pas aujourd'hui de lui donner effet.

[61] Similarly, Term 32(2) subsists and will guarantee Newfoundland the protection it affords should Parliament, in the future, enact railway rate regulation which is relevant to Term 32(2). However, at the present time, when Parliament has not provided for any relevant railway rate regulation, the application of Term 32(2) is suspended. As with Term 32(3), the living tree doctrine does not require that Term 32(2) be made to apply in circumstances where there is no relevant railway rate regulation.

[62] For these reasons, I do not think that Term 32(2) itself, either expressly or by necessary implication, confers jurisdiction on the Agency to have conducted the inquiry it did into Term 32(2), nor to issue instructions to the arbitrator to develop Terms of Union rates. In answering the jurisdictional question, it will be apparent that I have also had to address the substantive question raised by CN (in paragraph 5 above) of whether there currently exists rate regulation that engages Term 32(2) and I have concluded that there is not.

## CONCLUSION

[63] The appeal will be allowed and the decision of the Agency quashed. At the conclusion of the hearing, the question arose as to whether the matter should be remitted to the Agency for referral to an arbitrator to decide the dispute between Mr. Moffatt and CN. However, the period during which the rate selected by the arbitrator was to have effect has long since expired. The Court was told that Mr. Moffatt did not ship any rail traffic with CN during the relevant period. Accordingly, no useful purpose would be served by remitting the matter to the Agency for referral for final offer arbitration.

[64] As to costs, it was Mr. Moffatt who first raised the matter of Terms of Union rates in his submission to the Agency for final offer arbitration. However, it was CN who raised the inapplicability of the Terms of Union to the rate dispute, objecting to the matter being referred to arbitration. CN now agrees that the Agency did not have jurisdiction to deal with its preliminary objection. For these reasons, there will be no award of costs.

[61] De même, la clause 32(2) subsiste et elle garantira à Terre-Neuve la protection qu'elle prévoit, pour le cas où le législateur fédéral édicterait, en matière de tarifs ferroviaires, une réglementation qui met en jeu la clause 32(2). Toutefois, pour l'heure, le législateur fédéral n'a pris aucune réglementation en matière de tarifs ferroviaires, et l'application de la clause 32(2) est donc suspendue. Comme pour la clause 32(3), le principe de l'approche évolutive ne signifie pas que la clause 32(2) doit être rendue applicable lorsqu'il n'existe aucune réglementation sur les tarifs ferroviaires.

[62] Pour ces motifs, je ne crois pas que la clause 32(2) elle-même conférerait à l'Office, expressément ou par implication nécessaire, le pouvoir de se prononcer sur l'application de la clause 32(2), ni le pouvoir de donner des directives à l'arbitre pour qu'il développe des tarifs conformes aux Conditions de l'union. Pour répondre à la question constitutionnelle, il apparaîtra que j'ai dû aussi aborder la question de fond soulevée par le CN (au paragraphe 5 ci-dessus), c'est-à-dire la question de savoir s'il existe aujourd'hui une réglementation sur les tarifs ferroviaires qui fait intervenir la clause 32(2), et je suis arrivé à la conclusion qu'il n'en existe pas.

## CONCLUSION

[63] L'appel sera accueilli, et la décision de l'Office annulée. À la fin de l'audience, s'est posée la question de savoir si l'affaire devrait être renvoyée à l'Office pour être soumise à un arbitre afin qu'il règle le différend entre M. Moffatt et le CN. Cependant, la période durant laquelle le tarif choisi par l'arbitre devait avoir effet est depuis longtemps expirée. La Cour a été informée que M. Moffatt n'a pas expédié de marchandises par l'intermédiaire du CN au cours de la période considérée. En conséquence, le renvoi de l'affaire à l'Office en vue d'un arbitrage ne présenterait aucun intérêt pratique.

[64] Quant aux dépens, c'est M. Moffatt qui a le premier soulevé la question des tarifs conformes aux Conditions de l'union dans la demande d'arbitrage qu'il a présentée à l'Office. Cependant, c'est le CN qui a soulevé l'inapplicabilité des Conditions de l'union au différend concernant les tarifs, lorsqu'il s'est opposé à ce que la question soit renvoyée à l'arbitrage. Le CN reconnaît aujourd'hui que l'Office n'avait pas compé-

RICHARD C.J.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

#### Appendix A

##### Statutory provisions referred to but not reproduced in the reasons

*Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c.10.

5. It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services accessible to persons with disabilities and that makes the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers, including persons with disabilities, and to maintain the economic well-being and growth of Canada and its regions and that those objectives are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that, having due regard to national policy, to the advantages of harmonized federal and provincial regulatory approaches and to legal and constitutional requirements,

- (a) the national transportation system meets the highest practicable safety standards,
- (b) competition and market forces are, whenever possible, the prime agents in providing viable and effective transportation services,
- (c) economic regulation of carriers and modes of transportation occurs only in respect of those services and regions where regulation is necessary to serve the transportation needs of shippers and travellers and that such regulation will not unfairly limit the ability of any carrier or mode of transportation to compete freely with any other carrier or mode of transportation,
- (d) transportation is recognized as a key to regional economic development and that commercial viability of transportation links is balanced with regional economic development objectives so that the potential economic strengths of each region may be realized,
- (e) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, bears a fair proportion of the real costs of the resources, facilities and services provided to that carrier or mode of transportation at public expense,
- (f) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, receives fair and reasonable compensation for the resources, facilities and services that it is required to provide as an imposed public duty,

tence pour statuer sur son objection préliminaire. Pour ces motifs, il ne sera pas adjugé de dépens.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: J'y souscris.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: J'y souscris.

#### Appendice A

##### Articles de la loi mentionnés mais non reproduits dans les motifs

*La Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10.

5. Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, accessibles aux personnes ayant une déficience, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs—y compris des personnes ayant une déficience—en matière de transports comme à la prospérité et à la croissance économique du Canada et de ses régions, et, d'autre part, que ces objectifs sont plus susceptibles de se réaliser en situation de concurrence de tous les transporteurs, à l'intérieur des divers modes de transport ou entre eux, à condition que, compte dûment tenu de la politique nationale, des avantages liés à l'harmonisation de la réglementation fédérale et provinciale et du contexte juridique et constitutionnel:

- a) le réseau national des transports soit conforme aux normes de sécurité les plus élevées possible dans la pratique;
- 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;
- c) la réglementation économique des transporteurs et des modes de transport se limite aux services et aux régions à propos desquels elle s'impose dans l'intérêt des expéditeurs et des voyageurs, sans pour autant restreindre abusivement la libre concurrence entre transporteurs et entre modes de transport;
- d) les transports soient reconnus comme un facteur primordial du développement économique régional et que soit maintenu un équilibre entre les objectifs de rentabilité des liaisons de transport et ceux de développement économique régional en vue de la réalisation du potentiel économique de chaque région;
- e) chaque transporteur ou mode de transport supporte, dans la mesure du possible, une juste part du coût réel des ressources, installations et services mis à sa disposition sur les fonds publics;
- f) chaque transporteur ou mode de transport soit, dans la mesure du possible, indemnisé, de façon juste et raisonnable, du coût des ressources, installations et services qu'il est tenu de mettre à la disposition du public;

(g) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, carries traffic to or from any point in Canada under fares, rates and conditions that do not constitute

(i) an unfair disadvantage in respect of any such traffic beyond the disadvantage inherent in the location or volume of the traffic, the scale of operation connected with the traffic or the type of traffic or service involved,

(ii) an undue obstacle to the mobility of persons, including persons with disabilities,

(iii) an undue obstacle to the interchange of commodities between points in Canada, or

(iv) an unreasonable discouragement to the development of primary or secondary industries, to export trade in or from any region of Canada or to the movement of commodities through Canadian ports, and

(h) each mode of transportation is economically viable,

and this Act is enacted in accordance with and for the attainment of those objectives to the extent that they fall within the purview of subject-matters under the legislative authority of Parliament relating to transportation.

...

**161.** (1) A shipper who is dissatisfied with the rate or rates charged or proposed to be charged by a carrier for the movement of goods, or with any of the conditions associated with the movement of goods, may, if the matter cannot be resolved between the shipper and the carrier, submit the matter in writing to the Agency for a final offer arbitration to be conducted by one arbitrator or, if the shipper and the carrier agree, by a panel of three arbitrators.

(2) A copy of a submission under subsection (1) shall be served on the carrier by the shipper and the submission shall contain

(a) the final offer of the shipper to the carrier in the matter, excluding any dollar amounts;

(b) the last offer received by the shipper from the carrier in the matter;

(c) an undertaking by the shipper to ship the goods to which the arbitration relates in accordance with the decision of the arbitrator;

(d) an undertaking by the shipper to the Agency whereby the shipper agrees to pay to the arbitrator the fee for which the shipper is liable under section 166 as a party to the arbitration; and

(e) the name of the arbitrator, if any, that the shipper and the carrier agreed should conduct the arbitration or, if they agreed that the arbitration should be conducted by a panel of three arbitrators, the name of an arbitrator chosen by the shipper and the name of an arbitrator chosen by the carrier.

(3) The Agency shall not have any matter submitted to it by a shipper under subsection (1) arbitrated if the shipper has not,

g) les liaisons assurées en provenance ou à destination d'un point du Canada par chaque transporteur ou mode de transport s'effectuent, dans la mesure du possible, à des prix et selon des modalités qui ne constituent pas:

(i) un désavantage injuste pour les autres liaisons de ce genre, mis à part le désavantage inhérent aux lieux desservis, à l'importance du trafic, à l'ampleur des activités connexes ou à la nature du trafic ou du service en cause,

(ii) un obstacle abusif à la circulation des personnes, y compris les personnes ayant une déficience,

(iii) un obstacle abusif à l'échange des marchandises à l'intérieur du Canada,

(iv) un empêchement excessif au développement des secteurs primaire ou secondaire, aux exportations du Canada ou de ses régions, ou au mouvement des marchandises par les ports canadiens;

h) les modes de transport demeurent rentables.

Il est en outre déclaré que la présente loi vise la réalisation de ceux de ces objectifs qui portent sur les questions relevant de la compétence législative du Parlement en matière de transports.

[...]

**161.** (1) L'expéditeur insatisfait des prix appliqués ou proposés par un transporteur pour le transport de marchandises ou des conditions imposées à cet égard peut, lorsque ceux-ci ne sont pas en mesure de régler eux-mêmes la question, la soumettre par écrit à l'Office pour arbitrage.

(2) Un exemplaire de la demande d'arbitrage est signifié au transporteur par l'expéditeur; la demande contient:

a) la dernière offre faite par l'expéditeur au transporteur;

b) la dernière offre reçue par l'expéditeur de la part du transporteur;

c) l'engagement par l'expéditeur d'expédier les marchandises visées par l'arbitrage selon les termes de la décision de l'arbitre;

d) l'engagement par l'expéditeur envers l'Office de payer à l'arbitre les honoraires auxquels il est tenu en application de l'article 166 à titre de partie à l'arbitrage;

e) le cas échéant, le nom de l'arbitre sur lequel l'expéditeur et le transporteur se sont entendus.

(3) L'arbitrage prévu au paragraphe (1) est écarté en cas de défaut par l'expéditeur de signifier, dans les cinq jours

at least five days before making the submission, served on the carrier a written notice indicating that the shipper intends to submit the matter to the Agency for a final offer arbitration.

(4) A final offer arbitration is not a proceeding before the Agency.

**162.** (1) On the submission of a matter to the Agency for a final offer arbitration, the Agency shall refer the matter for the arbitration

(a) to the chosen arbitrator, if any, referred to in paragraph 161(2)(e), if that arbitrator is available to conduct the arbitration; or

(b) where no arbitrator is chosen as contemplated by paragraph (a) or the arbitrator chosen is, in the opinion of the Agency, unavailable to conduct the arbitration, to any other arbitrator, chosen by the Agency from the list of arbitrators referred to in section 169, that the Agency determines is appropriate and available to conduct the arbitration

(2) The Agency may, at the request of the arbitrator, provide administrative, technical and legal assistance to the arbitrator on a cost recovery basis.

...

**165.** (1) The decision of the arbitrator in conducting a final offer arbitration shall be the selection by the arbitrator of the final offer of either the shipper or the carrier.

(a) the final offer of the shipper shall be the shipper's final offer set out in the submission to the Agency under subsection 161(1); and

(b) the final offer of the carrier shall be the last offer received by the shipper from the carrier as set out in the submission to the Agency under subsection 161(1) or any other offer that the carrier, within ten days after the service referred to in subsection 161(2), specifies in writing to the shipper and to the Agency as the carrier's final offer.

(2) The decision of the arbitrator shall

(a) be in writing;

(b) unless the parties agree otherwise, be rendered within 60 days or, in the case of an arbitration conducted in accordance with section 164.1, 30 days after the date on which the submission for the final offer arbitration was received by the Agency; and

(c) unless the parties agree otherwise, be rendered so as to apply to the parties for a period of one year or any lesser period that may be appropriate, having regard to the negotiations between the parties that preceded the arbitration.

(3) The carrier shall, without delay after the arbitrator's decision, set out the rate or rates or the conditions associated with the movement of goods that have been selected by the arbitrator in a tariff of the carrier, unless, where the carrier is entitled to keep the rate or rates or conditions confidential, the

précédant la demande, un avis écrit au transporteur annonçant son intention de soumettre la question à l'Office pour arbitrage.

(4) La soumission d'une question à l'Office pour arbitrage ne constitue pas une procédure devant l'Office.

**162.** (1) En cas de demande d'arbitrage, l'Office renvoie la question:

a) à l'arbitre visé à l'alinéa 161(2)e), s'il est disponible pour mener l'arbitrage;

b) en cas d'absence de choix d'un arbitre ou du manque de disponibilité, selon l'Office, de l'arbitre choisi, à un autre arbitre, que l'Office estime disponible et compétent et qui est inscrit sur la liste établie en vertu de l'article 169.

(2) À la demande de l'arbitre, l'Office lui offre, moyennant remboursement des frais, le soutien administratif, technique et juridique voulu.

[. . .]

**165.** (1) L'arbitre rend sa décision en choisissant la dernière offre de l'expéditeur ou celle du transporteur; pour l'application du présent article, la dernière offre:

a) de l'expéditeur est celle contenue dans sa demande présentée à l'Office en application du paragraphe 161(1);

b) du transporteur est la dernière offre du transporteur à l'expéditeur contenue dans la demande présentée à l'Office en application du paragraphe 161(1) ou toute autre offre, qualifiée de finale, que présente le transporteur à l'expéditeur et à l'Office dans les dix jours suivant la signification visée au paragraphe 161(2).

(2) La décision de l'arbitre est rendue:

a) par écrit;

b) sauf accord entre les parties à l'effet contraire, dans les soixante jours suivant la date de réception par l'Office de la demande d'arbitrage présentée par l'expéditeur;

c) sauf accord entre les parties à l'effet contraire, de manière à être applicable à celles-ci pendant un an, ou le délai inférieur indiqué, eu égard aux négociations ayant eu lieu entre les parties avant l'arbitrage.

(3) Le transporteur inscrit, sans délai après la décision de l'arbitre, les prix ou conditions liés à l'acheminement des marchandises choisis par l'arbitre dans un tarif du transporteur, sauf si, dans les cas où celui-ci a droit de ne pas dévoiler les prix ou conditions, les parties à l'arbitrage conviennent de les

parties to the arbitration agree to include the rate or rates or conditions in a contract that the parties agree to keep confidential.

(4) No reasons shall be set out in the decision of the arbitrator.

(5) The arbitrator shall, if requested by all of the parties to the arbitration within 30 days or, in the case of an arbitration conducted in accordance with section 164.1, seven days after the decision of the arbitrator, give written reasons for the decision.

(6) Except where both parties agree otherwise,

(a) the decision of the arbitrator on a final offer arbitration shall be final and binding and be applicable to the parties as of the date on which the submission for the arbitration was received by the Agency from the shipper, and is enforceable as if it were an order of the Agency; and

(b) the arbitrator shall direct in the decision that interest at a reasonable rate specified by the arbitrator shall be paid to one of the parties by the other on moneys that, as a result of the application of paragraph (a), are owed by a party for the period between the date referred to in that paragraph and the date of the payment.

(7) Moneys and interest referred to in paragraph (6)(b) that are owed by a party pursuant to a decision of the arbitrator shall be paid without delay to the other party.

*National Transportation Act, 1987, S.C. 1987, c. 34.*

52. (1) The decision of the arbitrator in conducting a final offer arbitration shall be the selection by the arbitrator of the final offer of either the shipper or the carrier and, for the purpose of this section, the final offer of

(a) the shipper shall be the shipper's final offer set out in the submission to the Agency under subsection 48(1); and

(b) the carrier shall be the last offer received by the shipper from the carrier as set out in the submission to the Agency under subsection 48(1) or such other offer as the carrier, within ten days after the service referred to in subsection 48(2), specifies in writing to the shipper and the Agency as the carrier's final offer

(2) the decision of the arbitrator shall

(a) be in writing;

(b) unless the parties otherwise agree, be rendered within ninety days after the date on which the submission for the final offer arbitration was received by the Agency from the shipper; and

(c) unless the parties otherwise agree, be rendered so as to be applicable in respect of the parties to the arbitration for a period of one year or such lesser period as may be appropriate, having regard to the negotiations between the parties that preceded the arbitration.

inclure dans un contrat confidentiel conclu entre les parties.

(4) La décision de l'arbitre n'énonce pas les motifs

(5) Sur demande de toutes les parties à l'arbitrage présentée dans les trente jours suivant la décision de l'arbitre, celui-ci donne par écrit les motifs de sa décision.

(6) Sauf accord entre les parties à l'effet contraire:

a) la décision de l'arbitre est définitive et obligatoire, s'applique aux parties à compter de la date de la réception par l'Office de la demande d'arbitrage présentée par l'expéditeur et, aux fins de son exécution, est assimilée à un arrêté de l'Office;

b) l'arbitre indique dans la décision les intérêts, au taux raisonnable qu'il fixe, à payer sur les sommes qui, par application de l'alinéa a), sont en souffrance depuis la date de la demande jusqu'à celle du paiement.

(7) Les montants exigibles visés à l'alinéa (6)b) sont payables sans délai à qui y a droit.

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

52. (1) L'arbitre rend sa décision en choisissant la dernière offre de l'expéditeur ou du transporteur; pour l'application du présent article, la dernière offre:

a) de l'expéditeur est celle contenue dans sa demande présentée à l'Office en application du paragraphe 48(1);

b) du transporteur est la dernière offre du transporteur à l'expéditeur contenue dans la demande présentée à l'Office en application du paragraphe 48(1) ou toute autre offre, qualifiée de finale, que présente le transporteur à l'expéditeur et à l'Office dans les dix jours suivant la signification visée au paragraphe 48(2).

(2) La décision de l'arbitre est rendue:

a) par écrit;

b) sauf accord entre les parties à l'effet contraire, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date de réception par l'Office de la demande d'arbitrage présentée par l'expéditeur;

c) sauf accord entre les parties à l'effet contraire, de manière à être applicable à celles-ci pendant un an, ou le délai inférieur indiqué, eu égard aux négociations ayant eu lieu entre les parties avant l'arbitrage.

59. (1) The public interest referred to in this section and in section 61 shall include the relevant matters required to be considered under section 60.

- (2) Where a person or organization has reason to believe
- (a) that the effect of any rate established by a carrier or carriers, or
- (b) that any act or omission of a carrier, or of any two or more carriers,

may prejudicially affect the public interest in respect of rates for, or conditions of, the carriage of goods within, into or from Canada, the person may request the Agency to investigate the rate, act or omission and the Agency shall make such investigation of the rate, act or omission and the effect thereof as in its opinion is warranted.

(3) Where the Agency has, pursuant to section 48, received a submission for a final offer arbitration in respect of any matter and acted in accordance with paragraph 48(3)(b), the Agency shall be deemed to have received a request to investigate the matter under subsection (2).

(4) Where, at any time after a person has requested an investigation, the person by notice to the Agency withdraws the request, the Agency shall forthwith discontinue the investigation.

*Railway Act*, R.S.C. 1927, c. 170.

314. All tolls shall always under substantially similar circumstances and conditions, in respect of all traffic of the same description, and carried in or upon the like kind of cars or conveyances, passing over the same line or route, be charged equally to all persons and at the same rate, whether by weight, mileage or otherwise.

2. No reduction or advance in any such tolls shall be made, either directly or indirectly, in favour of or against any particular person or company travelling upon or using the railway.

3. The tolls for carload quantities or longer distances, may be proportionately less than the tolls for less than carload quantities, or shorter distances, if such tolls are, under substantially similar circumstances, charged equally to all persons.

4. No toll shall be charged which unjustly discriminates between different localities.

5. The Board shall not approve or allow any toll, which for the like description of goods, or for passengers carried under substantially similar circumstances and conditions in the same direction over the same line or route is greater for a shorter than for a longer distance, within which such shorter distance is included, unless the Board is satisfied that, owing to competition, it is expedient to allow such toll.

59. (1) L'intérêt public mentionné au présent article et à l'article 61 vise également les éléments dont il est tenu compte pour l'application de l'article 60.

(2) La personne ou l'organisme ayant des motifs de croire qu'un prix fixé par un ou plusieurs transporteurs ou qu'un acte ou une omission de ceux-ci risque de porter préjudice à l'intérêt public en matière de prix ou de conditions de transport de marchandises à l'intérieur, à destination ou en provenance du Canada peut demander à l'Office de faire enquête sur le prix, l'acte ou l'omission; celui-ci est alors tenu de mener l'enquête qu'il estime indiquée en l'espèce.

(3) Après avoir reçu une demande d'arbitrage en application de l'article 48 et agi conformément à l'alinéa 48(3)b), l'Office est réputé avoir reçu une demande d'enquête sur la question en application du paragraphe (2).

(4) Sur avis de retrait de la personne qui a demandé la tenue de l'enquête, l'Office y met aussitôt fin.

*La Loi des chemins de fer*, S.R.C. 1927, ch. 170.

314. (1) Les taxes de transport doivent toujours, dans des conditions et circonstances essentiellement semblables, être exigées également de tous, et d'après le même tarif, soit au poids, ou au mille ou autrement, relativement à tout trafic de même genre et s'effectuant par la même espèce de wagons ou par le même mode de transport, sur la même voie ou le même parcours.

2. Il ne doit être faite aucune réduction ni augmentation de ces taxes, soit directement ou indirectement, en faveur ou au détriment d'une compagnie ou d'un particulier qui voyage sur le chemin de fer ou qui s'en sert.

3. Les taxes peuvent être proportionnellement moins élevées, s'il s'agit de chargements complets ou de plus longues distances à parcourir, qu'elles ne le seraient pour des quantités moindres ou dans le cas de moindres distances à parcourir, pourvu que ces taxes soient également exigées de tous dans des circonstances essentiellement analogues.

4. Il ne peut être exigé de taxes dont l'imposition établirait une disparité en faveur ou au détriment de différentes localités.

5. La Commission ne doit approuver ni permettre, pour les transports de voyageurs ou des marchandises, effectués dans des conditions et des circonstances essentiellement analogues, et dans la même direction ou sur la même ligne, des taxes plus élevées pour une plus courte distance que pour un plus long parcours, quand cette plus courte distance fait partie de ce plus long parcours, à moins que La Commission ne soit convaincue, vue la concurrence, de l'opportunité d'autoriser pareilles taxes.

6. The Board may declare that any places are competitive points within the meaning of this Act.

...

325. The Board may disallow any tariff or any portion thereof which it considers to be unjust or unreasonable, or contrary to any of the provisions of this Act, and may require the company, within a prescribed time, to substitute a tariff satisfactory to the Board in lieu thereof, or may prescribe other tolls in lieu of the tolls so disallowed.

2. The Board may designate the date at which any tariff shall come into force, and either on application or of its own motion may, pending investigation or for any reason, postpone the effective date of, or either before or after it comes into effect, suspend any tariff or any portion thereof.

3. Except as otherwise provided, any tariff in force, except standard tariffs hereinafter mentioned, may, subject to disallowance or change by the Board, be amended or supplemented by the company by new tariffs, in accordance with the provisions of this Act.

4. When any tariff has been amended or supplemented, or is proposed to be amended or supplemented, the Board may order that a consolidation and reissue of such tariff be made by the company.

5. Notwithstanding the provisions of section three of this Act the powers given to the Board under this Act to fix, determine and enforce just and reasonable rates, and to change and alter rates as changing conditions or cost of transportation may from time to time require, shall not be limited or in any manner affected by the provision of any Act of the Parliament of Canada, or by any agreement made or entered into pursuant thereto, whether general in application or special and relating only to any specific railway or railways, and the Board shall not excuse any charge of unjust discrimination, whether practised against shippers, consignees, or localities, or of undue or unreasonable preference, on the ground that such discrimination or preference is justified or required by any agreement made or entered into by the company: Provided that, notwithstanding anything in this subsection contained, rates on grain and flour shall, on and from the twenty-seventh day of June, one thousand nine hundred and twenty-five, be governed by the provisions of the agreement made pursuant to chapter five of the Statutes of Canada 1897, but such rates shall apply to all such traffic moving from all points on all lines of railway west of Fort William to Fort William or Port Arthur over all lines now or hereafter constructed by any company subject to the jurisdiction of Parliament.

6. The Board shall not excuse any charge of unjust discrimination, whether practised against shippers, consignees,

6. La Commission peut déclarer que n'importe quels endroits sont des points de concurrence au sens de la présente loi.

[. . .]

325. (1) La Commission peut rejeter un tarif ou une partie de tarif qu'elle considère injuste ou déraisonnable, ou contraire à quelque une des dispositions de la présente loi, et exiger de la compagnie qu'elle y substitue, dans un délai prescrit, un tarif jugé satisfaisant par la Commission, ou elle peut prescrire d'autres taxes pour remplacer celles qui ont été ainsi rejetées.

2. La Commission peut fixer la date à laquelle un tarif doit entrer en vigueur et, soit sur demande, soit de son propre chef, elle peut, en vue d'une enquête ou pour une raison quelconque, retarder la date de son application effective, ou, soit avant soit après son entrée en vigueur, suspendre un tarif ou une partie de tarif.

3. Sauf disposition contraire, un tarif en vigueur, excepté les tarifs-types dont il est question ci-après, peut, subordonnement au rejet ou à des changements par la Commission, être modifié ou supplémenté par la compagnie au moyen de nouveaux tarifs, conformément aux dispositions de la présente loi.

4. Lorsqu'un tarif a subi des modifications ou additions, ou lorsqu'on se propose d'y faire des modifications ou des additions, la Commission peut ordonner à la compagnie de le refondre et d'en publier une nouvelle édition.

5. Nonobstant les dispositions de l'article trois de la présente loi, les pouvoirs attribués à la Commission sous le régime de la présente loi, pour fixer, déterminer et mettre en vigueur des tarifs équitables et raisonnables, et pour changer et modifier les tarifs, selon que peuvent, à l'occasion, l'exiger des circonstances nouvelles ou le coût du transport, ne doivent pas être limités ni d'aucune façon atteints par les dispositions d'une loi quelconque du Parlement du Canada, ou par un traité fait ou conclu en conformité de cette loi, qu'elle soit générale or spéciale dans son application et qu'elle ait trait à un ou plusieurs chemins de fer particuliers, et la Commission ne doit faire grâce d'aucune accusation de disparité injuste, qu'elle soit exercée contre des expéditeurs, des consignataires ou des localités, ou de préférence indue ou déraisonnable, pour le motif que cette disparité ou préférence est justifiée ou prescrite par une entente faite ou conclue par la compagnie. Toutefois, par dérogation à toute disposition contenue dans le présent paragraphe, les tarifs du grain et de la farine sont, à et à compter de la date du vingt-cinquième jour de juin mil neuf cent vingt-cinq, régis par les dispositions de la convention conclue en conformité du chapitre cinq du Statut du Canada, 1897 mais ces tarifs s'appliquent à tout trafic en circulation, à partir de tous les endroits sur toutes les lignes de chemin de fer à l'ouest de Fort-William jusqu'à Fort-William or Port-Arthur, sur toutes les lignes actuellement ou désormais construites par une compagnie assujétie à la juridiction du Parlement.

6. La Commission ne doit faire grâce d'aucune accusation de disparité injuste, qu'elle soit exercée contre des expéditeurs,

or localities or of undue or unreasonable preference, respecting rates on grain and flour, governed by the provisions of chapter five of the Statutes of Canada 1897, and by the agreement made or entered into pursuant thereto within the territory in the immediately preceding subsection referred to, on the ground that such discrimination or preference is justified or required by the said Act or by the agreement made or entered into pursuant thereto.

des consignataires ou des localités, ou de préférence indue ou déraisonnable à l'égard des tarifs du grain et de la farine régis par les dispositions du chapitre cinq du Statut du Canada, 1897, et par la convention faite ou conclue en conformité dudit statut dans le territoire, et dont il est question au paragraphe précédent, pour le motif que cette disparité ou préférence est justifiée ou requise par ladite loi ou par la convention faite ou conclue en conformité de ladite loi.