

A-81-14
2015 FCA 283

A-81-14
2015 CAF 283

Canadian Pacific Railway Company (*Appellant, respondent on cross-appeal*)

Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée (*appelante, intimée à l'appel incident*)

v.

c.

Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada, ULC doing business as Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, a division of Superior Plus LP, Chemtrade Logistics Inc. and Chemtrade West Limited Partnership (*Respondents, appellants on cross-appeal*)

Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada, ULC, s/n Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, une division de Superior Plus LP, Chemtrade Logistics Inc. et Chemtrade West Limited Partnership (*intimées, appelantes à l'appel incident*)

and

et

Canadian Transportation Agency (*Respondent, respondent on cross-appeal*)

L'Office des transports du Canada (*intimé, intimé à l'appel incident*)

and

et

Agrium and the Canadian Fertilizer Institute (*Intervenors*)

Agrium et L'Institut canadien des engrais (*intervenants*)

INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC RAILWAY COMPANY v. CANEXUS CHEMICALS CANADA

RÉPERTORIÉ : CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE LIMITÉE c. CANEXUS CHEMICALS CANADA

Federal Court of Appeal, Pelletier, Gauthier and Scott J.J.A.—Montréal, May 27; Ottawa, December 7, 2015.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Gauthier et Scott, J.C.A.—Montréal, 27 mai; Ottawa, 7 décembre 2015.

Transportation — Appeal, cross-appeal from Canadian Transportation Agency decisions: (1) holding portions of item 54, group of clauses dealing with liability, indemnity in appellant's Tariff 8, prohibited by Canada Transportation Act, s. 137(1), ordering that appellant refrain from applying item 54 until prohibited limitations of liability removed; (2) ruling that it could not disallow item 54 as unreasonable pursuant to Act, s. 120.1 because s. 120.1 applying only to charges for incidental services whose costs unbundled from rate for transporting goods — Agency of opinion that s. 137(1) prohibiting railway company from limiting or restricting its liability to a shipper except by means of written agreement — Attributing to s. 137(1) wide scope so that it catches any liability caused by movement of traffic — Excluding from scope of s. 137(1) any liability railway company may have to third parties — Concluding term “charges” referring to something other than “rates” or “terms and conditions” for movement of shipper's traffic — Finding no jurisdiction under s. 120.1 to grant remedy to respondents — Whether item 54 restricting appellant's

Transports — Appel et appel incident interjetés à l'encontre de décisions rendues par l'Office des transports du Canada : 1) concluant que des clauses du paragraphe 54, un groupe de clauses concernant des questions de responsabilité et d'indemnisation qui se trouve dans le tarif 8, étaient interdites aux termes de l'art. 137(1) de la Loi sur les transports au Canada, et ordonnant à l'appelante de s'abstenir d'appliquer le paragraphe 54 jusqu'à ce que le tarif soit modifié pour retirer les limitations de responsabilité interdites; 2) déclarant qu'il ne pouvait pas, au titre de l'art. 120.1 de la Loi, radier le paragraphe 54 au motif qu'il était déraisonnable, puisque l'art. 120.1 s'appliquait uniquement aux frais relatifs aux services connexes ou aux conditions afférentes dont le coût avait été séparé du prix de transport des marchandises — L'Office était d'avis que l'art. 137(1) interdit aux compagnies de chemin de fer de limiter leur responsabilité envers un expéditeur, sauf par accord écrit — L'Office a accordé à l'art. 137(1) une portée très vaste de manière à viser tout préjudice qui est attribuable au transport de marchandises

liability to shippers, contrary to s. 137(1), whether s. 120.1 allowing Agency to intervene if item 54 found to be unreasonable — Agency's restrictive reading of s. 137(1) not justified — S. 137(1) not codifying railway company's common carrier liabilities — Rather, s. 137(1) restricting railway company's ability to limit liability to shipper, without purporting to define those liabilities — Liabilities in s. 137(1) not those set out in Railway Traffic Liability Regulations, s. 4 — S. 4 silent on railway company's obligations with respect to damage to third parties — Act, s. 137(2) dealing with railway company's liability to shipper for loss or damage to latter's goods, outside field of operation of s. 137(1) — S. 137(1) means by which Parliament striking balance between interests of railway companies, shippers, to favour negotiation of commercial agreements — S. 137(1) limiting shipper's right to claim over against railway company for certain losses — Agency's interpretation of item 54 could not stand — Clear item 54 not enforceable against shippers unless contained in signed contract — Item 54 consisting, inter alia, of broad limitation of liability in favour of appellant, general obligation to indemnify — Broad limitation not applying to loss or damage caused to shipper's goods, to any loss caused solely by appellant's negligence — Agency not considering item 54 as a whole, all terms in context — Clear that terms relied on by Agency not impermissibly limiting or restricting appellant's liability to shippers — Hold harmless clause cannot be construed as waiver by shipper — No basis upon which to find that item 54 containing prohibited limitations of liability — No basis for order prohibiting appellant from applying item 54 until prohibited limitation removed — As to whether Agency allowed under Act, s. 120.1 to intervene if item 54 unreasonable term or condition, difficult to argue item 54 unreasonable — Charges amounts payable to railway company — Amount payable to third party cannot be charge, therefore not subject to s. 120.1 — Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

— L'Office excluait de la portée de l'art. 137(1) toute responsabilité que la compagnie de chemin de fer peut avoir à l'égard de tiers — L'Office a conclu que le terme « frais » représentait autre chose que le « prix » ou les « conditions » pour le transport des marchandises de l'expéditeur — L'Office a conclu qu'il n'avait pas, au titre de l'art. 120.1, la compétence pour accorder la réparation demandée par les intimées — Il s'agissait de savoir si le paragraphe 54 limite la responsabilité de l'appelante envers un expéditeur, contrairement à l'art. 137(1) et si l'art. 120.1 autorise l'Office à intervenir s'il conclut que le paragraphe 54 est une condition déraisonnable — Une interprétation aussi restrictive de l'art. 137(1) n'était pas justifiée — L'art. 137(1) ne codifie pas les obligations d'une compagnie de chemin de fer à titre de transporteur public — L'art. 137(1) restreint plutôt la capacité d'une compagnie de chemin de fer de limiter sa responsabilité envers un expéditeur, sans vouloir définir ces obligations — Les obligations visées par l'art. 137(1) ne sont pas celles énoncées à l'art. 4 du Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises — L'art. 4 est muet quant aux obligations d'une compagnie de chemin de fer en ce qui a trait au préjudice subi par un tiers — L'art. 137(2) de la Loi vise la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers l'expéditeur, quant aux marchandises, pour les pertes et les dommages, ce qui se situe à l'extérieur du champ d'application de l'art. 137(1) — L'art. 137(1) est le moyen que le législateur a choisi pour établir un équilibre entre les intérêts des compagnies de chemin de fer et ceux des expéditeurs ainsi que pour promouvoir la négociation d'accords commerciaux — L'art. 137(1) s'applique également aux limitations du droit de l'expéditeur de mettre en cause la compagnie de chemin de fer pour le préjudice à un tiers — L'interprétation de l'Office du paragraphe 54 ne pouvait être maintenue — Il est clair que le paragraphe 54 ne peut être exécutoire contre les expéditeurs, à moins qu'un contrat signé ne le contienne — Le paragraphe 54 comporte entre autres une limitation générale de responsabilité en faveur de l'appelante et une obligation générale imposée à l'expéditeur d'indemniser — La limitation générale de responsabilité ne peut pas s'appliquer aux dommages causés aux marchandises de l'expéditeur ou à leur perte et elle ne s'applique pas non plus à un préjudice causé par la seule négligence de l'appelante — L'Office n'a pas examiné le paragraphe 54 dans son ensemble et n'a pas examiné tous ses termes dans leur contexte — Il est clair que les termes sur lesquels l'Office s'est appuyé ne limitent pas indûment la responsabilité de l'appelante envers les expéditeurs — L'obligation d'indemniser ne peut être interprétée comme une limitation de la responsabilité envers les expéditeurs — Il n'existait aucun fondement pour conclure que le paragraphe 54 contient des limitations de responsabilité interdites — Il n'existait pas de fondement pour une ordonnance interdisant à l'appelante d'appliquer le paragraphe 54 jusqu'à l'élimination de la limitation de responsabilité interdite — Quant à la question de savoir si l'art. 120.1 autorise l'Office à intervenir s'il conclut que le paragraphe 54 est une condition

déraisonnable, il serait difficile de soutenir que ce paragraphe est déraisonnable — Les frais constituent des montants payables à la compagnie de chemin de fer — Un montant payable à un tiers ne peut pas être des frais et par conséquent, cette modalité n'est pas assujettie à l'art. 120.1 — Appel accueilli; appel incident rejeté.

This was an appeal and cross-appeal from two decisions of the Canadian Transportation Agency (the Agency). In the first decision (Decision 202), the Agency held that portions of item 54, a group of clauses dealing with liability and indemnity issues in the appellant's Tariff 8, were prohibited by subsection 137(1) of the *Canada Transportation Act*, and ordered that the appellant refrain from applying item 54 until such time as the tariff was amended to remove the prohibited limitations of liability. The Agency ruled in the second decision (Decision 388) that it could not disallow item 54 as unreasonable pursuant to section 120.1 of the Act because it found that section 120.1 applied only to charges and associated terms and conditions for incidental or additional services whose cost had been unbundled from the rate for transporting the goods. The respondents Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada ULC, ERCO Worldwide, Chemtrade Logistics Inc. and Chemtrade West Limited Partnership cross-appealed from the dismissal of their application under section 120.1.

In Decision 202, the Agency was of the opinion, *inter alia*, that subsection 137(1), on its face, prohibits a railway company from "limiting or restricting its liability to a shipper for the movement of traffic [of goods including equipment required for their movement] except by means of a written agreement signed by the shipper or by an association or other body representing shippers". The Agency attributed to subsection 137(1) a very wide scope so that it catches "any liability that is caused by, arising from, or associated in any way with the movement of traffic". In Decision 388, the Agency excluded from the scope of subsection 137(1) any liability which the railway company may have to third parties or any reallocation of that liability by the railway company to a shipper. The Agency concluded that the term "charges" referred to something other than "rates" or "terms and conditions" for the movement of a shipper's traffic or for the provision of incidental services. The Agency found that it did not have jurisdiction under section 120.1 to grant the respondents the remedy they sought, as the obligation to indemnify, defend and hold harmless was not a charge or a term or condition associated with a charge.

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident interjetés à l'encontre de deux décisions de l'Office des transports du Canada (l'Office). Dans la première décision (la décision n° 202), l'Office a conclu que des clauses du paragraphe 54, un groupe de clauses concernant des questions de responsabilité et d'indemnisation qui se trouve dans le tarif 8 publié par l'appelante, étaient effectivement interdites aux termes du paragraphe 137(1) de la *Loi sur les transports au Canada* et a ordonné à l'appelante de s'abstenir d'appliquer le paragraphe 54 jusqu'à ce que le tarif soit modifié pour retirer les limitations de responsabilité interdites. L'Office a déclaré dans la deuxième décision (la décision n° 388) qu'il ne pouvait pas, au titre de l'article 120.1 de la Loi, radier le paragraphe 54 au motif qu'il était déraisonnable, puisqu'elle avait conclu que l'article 120.1 s'appliquait uniquement aux frais relatifs aux services connexes ou aux conditions afférentes dont le coût avait été séparé du prix de transport des marchandises. Les intimées Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada, ULC, ERCO Worldwide, Chemtrade Logistics Inc. et Chemtrade West Limited Partnership ont interjeté un appel incident à l'encontre du rejet de leur demande présentée en vertu de l'article 120.1.

Dans la décision n° 202, l'Office était d'avis, entre autres, que le paragraphe 137(1), selon son libellé, interdit aux compagnies de chemin de fer de « limiter leur responsabilité envers un expéditeur pour le transport des marchandises et l'emploi du matériel nécessaire à ces fins, sauf par accord écrit signé par l'expéditeur ou par une association ou un groupe représentant les expéditeurs ». L'Office a accordé au paragraphe 137(1) une portée très vaste de manière à viser « tout préjudice qui est attribuable au transport de marchandises ou qui en découle, ou qui y est associé de quelque façon que ce soit ». Dans la décision n° 388, l'Office excluait de la portée du paragraphe 137(1) toute responsabilité que la compagnie de chemin de fer pouvait avoir à l'égard de tiers ou tout déplacement de cette responsabilité par la compagnie de chemin de fer à l'expéditeur. L'Office a donc conclu que le terme « frais » représentait autre chose que le « prix » ou les « conditions » pour le transport des marchandises de l'expéditeur ou pour la prestation de services connexes. L'Office a conclu qu'il n'avait pas, au titre de l'article 120.1, la compétence pour accorder la réparation demandée par les intimées, puisque l'obligation d'indemniser et de dégager de toute responsabilité ne constituait pas des frais ni une condition liée à des frais.

The main issues were whether item 54 restricts or limits CP's liability to shippers, contrary to subsection 137(1), and whether section 120.1 allows the Agency to intervene if it finds that item 54 is an unreasonable term or condition.

Held, the appeal should be allowed; the cross-appeal should be dismissed.

The Agency's restrictive reading of subsection 137(1) was not justified. In Decision 202, the Agency found that subsection 137(1) prohibited a railway company from limiting its liability to a shipper for any liability which arose or was associated in any way with the carriage of the shipper's goods while in Decision 388, the Agency held that subsection 137(1) only prevents a railway company from limiting its liability to a shipper for any amount it may owe to a shipper as a result of the carriage of the shipper's goods which caused a loss to the shipper. Subsection 137(1) does not codify a railway company's common carrier liabilities. Rather, it restricts a railway company's ability to limit its liability to a shipper, without purporting to define those liabilities. The liabilities that are the subject of subsection 137(1) are not those set out in section 4 of the *Railway Traffic Liability Regulations*. Section 4 of the *Railway Traffic Liability Regulations* deals only with the railway company's liability to a shipper for loss or damage to the shipper's traffic. Section 4 is silent on a railway company's obligations with respect to damage to third parties. That liability is recognized in sections 92 to 94 of the Act and the *Railway Third Party Liability Insurance Coverage Regulations*. Subsection 137(2) of the Act deals with the railway company's liability to the shipper for loss or damage to the latter's goods. This is outside the field of operation of subsection 137(1). Subsection 137(1) is the means by which Parliament has chosen to strike a balance between the interests of the railway companies and shippers and to favour the negotiation of commercial agreements between shippers and railway companies. Subsection 137(1) also applies to limitations on the shipper's right to claim over against the railway company for losses suffered by a third party caused, in whole or in part, by the railway company's negligence.

The Agency's interpretation of item 54 could not stand. The plain words of subsection 137(1) make it clear that item 54 cannot be enforceable against shippers unless it is contained in a signed contract. Item 54 consists, *inter alia*, of a

Il s'agissait principalement de déterminer si le paragraphe 54 limite la responsabilité de l'appelante envers un expéditeur, contrairement au paragraphe 137(1) et si l'article 120.1 autorise l'Office à intervenir s'il conclut que le paragraphe 54 est une condition déraisonnable.

Arrêt : l'appel doit être accueilli; l'appel incident doit être rejeté.

L'interprétation restrictive de l'Office du paragraphe 137(1) n'était pas justifiée. Dans la décision n° 202, l'Office a conclu que le paragraphe 137(1) interdisait à une compagnie de chemin de fer de limiter sa responsabilité envers un expéditeur à l'égard de tout préjudice qui découle du transport de marchandises ou qui y est associé de quelque façon que ce soit. Dans la décision n° 388, l'Office a conclu que le paragraphe 137(1) ne faisait qu'empêcher une compagnie de chemin de fer de limiter sa responsabilité envers un expéditeur à l'égard d'un montant qu'elle peut lui devoir à la suite du transport de marchandises de l'expéditeur qui a causé un préjudice à l'expéditeur. Le paragraphe 137(1) ne codifie pas les obligations d'une compagnie de chemin de fer à titre de transporteur public. Il restreint plutôt la capacité d'une compagnie de chemin de fer de limiter sa responsabilité envers un expéditeur, sans vouloir définir ces obligations. Les obligations visées par le paragraphe 137(1) ne sont pas celles énoncées à l'article 4 du *Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises*. L'article 4 du *Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises* ne vise que la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers un expéditeur, quant aux marchandises, pour les pertes et les dommages. L'article 4 est muet quant aux obligations d'une compagnie de chemin de fer en ce qui a trait au préjudice subi par un tiers. Cette responsabilité est reconnue aux articles 92 à 94 de la Loi et dans le *Règlement sur l'assurance responsabilité civile relative aux chemins de fer*. Le paragraphe 137(2) de la Loi vise la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers l'expéditeur, quant aux marchandises, pour les pertes et les dommages. Cela se situe à l'extérieur du champ d'application du paragraphe 137(1). Le paragraphe 137(1) est le moyen que le législateur a choisi pour établir un équilibre entre les intérêts des compagnies de chemin de fer et ceux des expéditeurs ainsi que pour promouvoir la négociation d'accords commerciaux entre expéditeurs et compagnies de chemin de fer. Le paragraphe 137(1) s'applique également aux limitations du droit de l'expéditeur de mettre en cause la compagnie de chemin de fer pour le préjudice à un tiers qui découle en totalité ou en partie de la négligence de la compagnie de chemin de fer.

L'interprétation de l'Office du paragraphe 54 ne pouvait être maintenue. Il ressort clairement du sens ordinaire des mots du paragraphe 137(1) que le paragraphe 54 ne peut être exécutoire contre les expéditeurs, à moins qu'un contrat signé

broad limitation of liability in favour of the appellant and a general obligation to indemnify, defend and hold harmless by the shipper. One of the issues which arise from the structure of item 54 is the relationship of the broad limitation to the general obligation to indemnify. The broad limitation cannot apply to loss or damage caused to the shipper's goods, nor to any claim over which a shipper might have against the appellant for its proportionate share of damage caused to a third party by the concurrent or contributory negligence of the appellant, the shipper and others, nor does it apply to any loss caused solely by the appellant's own negligence. The Agency did not consider item 54 as a whole and did not consider all of its terms in context. When item 54 is interpreted in the light of all its terms, it is clear that the terms on which the Agency relied in Decision 202 do not impermissibly limit or restrict the appellant's liability to shippers. The hold harmless clause cannot be construed as a waiver by the shipper. A waiver is a voluntary relinquishment of certain rights by the party holding those rights. A unilateral act by a railway company cannot amount to a shipper's waiver of its rights. Those rights are for the shipper to waive, not the railway company. As a result, the obligation to hold harmless cannot be construed as a limitation on the appellant's liability to the respondents. When subsection 137(1) is applied to this interpretation of item 54, there is no basis upon which to find that item 54 contains prohibited limitations of liability. The conclusion that the broad limitation of liability in the opening words of item 54 is a prohibited limitation of liability fails, as that broad limitation is subject to exceptions that preserve the railway company's liability to shippers. As a result, there was no basis for an order prohibiting the appellant from applying item 54 until the prohibited limitation had been removed.

The conclusion that item 54 is not prohibited by subsection 137(1) left open the question as to whether section 120.1 of the Act allowed the Agency to intervene if it found that item 54 is an unreasonable term or condition. It would be difficult to argue that it is unreasonable. It is implicit in the Agency's entire discussion of charges that they are amounts payable to the railway company. For regulatory purposes, an amount payable to a third party cannot be a charge since the Agency has no control over such amounts. The term or condition that requires the payment of such an amount is not associated with a charge and therefore is not subject to section 120.1.

ne le contienne. Le paragraphe 54 comporte, entre autres, une limitation générale de responsabilité en faveur de l'appelante et une obligation générale imposée à l'expéditeur d'indemniser l'appelante et de la dégager de toute responsabilité. Une des questions que soulève le libellé du paragraphe 54 est le lien entre la limitation générale et l'obligation générale d'indemniser. La limitation générale de responsabilité ne peut pas s'appliquer aux dommages causés aux marchandises de l'expéditeur ou à leur perte. Elle ne s'applique pas non plus à la réclamation qu'un expéditeur pourrait avoir envers l'appelante pour sa part proportionnelle du préjudice causé à un tiers en raison de la négligence conjointe ou concourante de l'appelante, de l'expéditeur et d'autres parties. Enfin, elle ne s'applique pas à un préjudice causé par la seule négligence de l'appelante. L'Office n'a pas examiné le paragraphe 54 dans son ensemble et n'a pas examiné tous ses termes dans leur contexte. Lorsque le paragraphe 54 est interprété à la lumière de tous ses termes, il est clair que les termes sur lesquels l'Office s'est appuyé dans la décision n° 202 ne limitent pas indûment la responsabilité de l'appelante envers les expéditeurs. L'obligation de l'expéditeur d'indemniser ne peut pas être interprétée comme une exonération par l'expéditeur. Une renonciation est un abandon volontaire de certains droits par la partie qui les détient. Un acte unilatéral de la part d'une compagnie de chemin de fer ne peut pas équivaloir à la renonciation de ses droits par un expéditeur. La renonciation à ces droits relève de l'expéditeur, non de la compagnie de chemin de fer. Par conséquent, l'obligation d'indemniser l'appelante ne peut être interprétée comme une limitation de la responsabilité de l'appelante envers les intimés. Lorsque le paragraphe 137(1) est appliqué à cette interprétation du paragraphe 54, il n'existe aucun fondement pour conclure que le paragraphe 54 contient des limitations de responsabilité interdites. La conclusion selon laquelle la limitation générale de responsabilité au début du paragraphe 54 est une limitation de responsabilité interdite ne tient pas, puisque cette limitation générale de responsabilité est assujettie aux exceptions qui maintiennent la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers l'expéditeur. Par conséquent, il n'existait pas de fondement pour une ordonnance interdisant à l'appelante d'appliquer le paragraphe 54 jusqu'à l'élimination de la limitation de responsabilité interdite.

La conclusion selon laquelle le paragraphe 137(1) n'interdit pas le paragraphe 54 a laissé en suspens la question de savoir si l'article 120.1 autorisait l'Office à intervenir s'il concluait que le paragraphe 54 est une condition déraisonnable. Il serait difficile de soutenir qu'il est déraisonnable. Il est implicite dans toute l'analyse de l'Office concernant les frais qu'il s'agit de montants payables à la compagnie de chemin de fer. À des fins de réglementation, un montant payable à un tiers ne peut pas être des « frais », puisque l'Office n'exerce aucun contrôle à l'égard de tels montants. La modalité qui exige le paiement d'un tel montant ne porte pas sur des frais et, par conséquent, n'est pas assujettie à l'article 120.1.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 26, 87, 92–94, 113, 114(4)(b), 116(4), 117, 120.1, 126, 127, 129, 137, 161, 169.31(1).

Railway Third Party Liability Insurance Coverage Regulations, SOR/96-337.

Railway Traffic and Passenger Tariffs Regulations, SOR/96-338, s. 2(f).

Railway Traffic Liability Regulations, SOR/91-488, ss. 4, 5.

CASES CITED

APPLIED:

Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

CONSIDERED:

Mitsubishi Heavy Industries Ltd. v. Canadian National Railway Co., 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169; *Application for running rights and operation of trains on and over specified lines of the Canadian National Railway Company – Hudson Bay Railway Company*, Decision No. 212-R-2001; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2002 FCA 166, [2002] 4 F.C. 3, revd in part 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Canadian National Railway Co. v. Neptune Bulk Terminals (Canada) Ltd.*, 2006 BCSC 1073, 60 B.C.L.R. (4th) 96; *Mitsubishi Heavy Industries Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169; *Alstom Canada Inc. v. Canadian National Railway Co.*, 2008 FC 1311.

REFERRED TO:

Canadian Forest Products Ltd. v. B.C. Rail Ltd., 2005 BCCA 369, 42 B.C.L.R. (4th) 201; *Boutique Jacob Inc. v. Pantainer Ltd.*, 2006 FC 217, 288 F.T.R. 78, revd on other grounds 2008 FCA 85, 375 N.R. 160; *Canadian National Railway Co. v. Harris*, [1946] S.C.R. 352, [1946] 2 D.L.R. 545; *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency)* (1992), 151 N.R. 16, [1992] F.C.J. No. 1161 (C.A.) (QL); *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 26, 87, 92 à 94, 113, 114(4), 116(4), 117, 120.1, 126, 127, 129, 137, 161, 169.31(1).

Règlement sur l'assurance responsabilité civile relative aux chemins de fer, DORS/96-337.

Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises, DORS/91-488, art. 4, 5.

Règlement sur les tarifs de transport ferroviaire des marchandises et des passagers, DORS/96-338, art. 2f).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Mitsubishi Heavy Industries Ltd. v. Canadian National Railway Co., 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169; *Demande voulant le droit de faire circuler et d'exploiter des trains sur des lignes particulières de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada – Hudson Bay Railway Company*, Décision n° 212-R-2001; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2002 CAF 166, [2002] 4 C.F. 3, inf. en partie 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Canadian National Railway Co. v. Neptune Bulk Terminals (Canada) Ltd.*, 2006 BCSC 1073, 60 B.C.L.R. (4th) 96; *Mitsubishi Heavy Industries Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169; *Alstom Canada Inc. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2008 CF 1311.

DÉCISIONS CITÉES :

Canadian Forest Products Ltd. v. B.C. Rail Ltd., 2005 BCCA 369, 42 B.C.L.R. (4th) 201; *Boutique Jacob Inc. c. Pantainer Ltd.*, 2006 CF 217, infirmée pour d'autres motifs par 2008 CAF 85; *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office national des transports)* [1992] A.C.F. n° 1161 (C.A.) (QL); *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Fonds de développement économique local*

2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, (1991), 85 D.L.R. (4th) 88; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, (1999), 172 D.L.R. (4th) 385; *Tower v. M.N.R.*, 2003 FCA 307, [2004] 1 F.C.R. 183; *Saskatchewan River Bungalows Ltd. v. Maritime Life Assurance Co.*, [1994] 2 S.C.R. 490, (1994), 155 A.R. 321.

APPEAL and CROSS-APPEAL from two decisions (Decision No. 202-R-2013 and Decision No. 388-R-2013) of the Canadian Transportation Agency (the Agency) (1) holding that portions of item 54, a group of clauses dealing with liability and indemnity issues in the appellant's Tariff 8, were prohibited by subsection 137(1) of the *Canada Transportation Act*, and ordering that the appellant refrain from applying item 54 until such time as the tariff was amended to remove the prohibited limitations of liability, and (2) ruling that it could not disallow item 54 as unreasonable pursuant to section 120.1 of the Act. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

APPEARANCES

Patrick Riley, Enrico Forlini and Cassandra Quach for appellant Canadian Pacific Railway Company (respondent on cross-appeal).

Chris Paliare and Michael Fenrick for respondents Canexus Chemical Canada, LP, Olin Canada, ULC doing business as Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, a division of Superior Plus LP, Chemtrade Logistics Inc. and Chemtrade West Limited Partnership (appellants on cross-appeal).

Valérie Lagacé for respondent Canadian Transportation Agency (respondent on cross-appeal).

P. John Landry and Forrest C. Hume for intervener Agrium.

Ian S. MacKay for intervener Canadian Fertilizer Institute.

SOLICITORS OF RECORD

Canadian Pacific Railway Company and Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for appellant Canadian Pacific Railway Company (respondent on cross-appeal).

c. Canadian Pickles Corp., [1991] 3 R.C.S. 388; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *Tower c. M.N.R.*, 2003 CAF 307, [2004] 1 R.C.F. 183; *Saskatchewan River Bungalows Ltd. c. La Maritime, Compagnie d'assurance-vie*, [1994] 2 R.C.S. 490.

APPEL et APPEL INCIDENT interjetés à l'encontre de deux décisions (décisions n° 202-R-2013 et décision n° 388-R-2013) de l'Office des transports du Canada (l'Office) 1) concluant que des clauses du paragraphe 54, un groupe de clauses concernant des questions de responsabilité et d'indemnisation, qui se trouve dans le tarif 8 publié par l'appelante, étaient effectivement interdites aux termes du paragraphe 137(1) de la *Loi sur les transports au Canada* et ordonnant à l'appelante de s'abstenir d'appliquer le paragraphe 54 jusqu'à ce que le tarif soit modifié pour retirer les limitations de responsabilité interdites, et 2) déclarant qu'il ne pouvait pas, au titre de l'article 120.1 de la Loi, radier le paragraphe 54 au motif qu'il était déraisonnable. Appel accueilli; appel incident rejeté.

ONT COMPARU

Patrick Riley, Enrico Forlini et Cassandra Quach pour l'appelante Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée (intimée à l'appel incident).

Chris Paliare et Michael Fenrick pour les intimées Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada, ULC, s/n Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, une division de Superior Plus LP, Chemtrade Logistics Inc. et Chemtrade West Limited Partnership (appelantes à l'appel incident).

Valérie Lagacé pour l'intimé l'Office des transports du Canada (intimé à l'appel incident).

P. John Landry et Forrest C. Hume pour l'intervenante Agrium.

Ian S. MacKay pour l'intervenant l'Institut canadien des engrais.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée et Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour l'appelante Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée (intimée à l'appel incident).

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, for respondents Canexus Chemical Canada, LP, Olin Canada, ULC doing business as Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, a division of Superior Plus LP, Chemtrade Logistics Inc. and Chemtrade West Limited Partnership (appellants on cross-appeal).

Canadian Transportation Agency, Gatineau, Quebec, for respondent Canadian Transportation Agency (respondent on cross-appeal).

DLA Piper (Canada) LLP, for intervener Agrium.

Ian S. MacKay, Ottawa, for intervener Canadian Fertilizer Institute.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A.:

I. INTRODUCTION

[1] The Canadian Transportation Agency (the Agency) was asked by a group of shippers of hazardous products to rule on the legality and reasonableness of item 54, a group of clauses dealing with liability and indemnity issues, in Tariff 8 published by the Canadian Pacific Railway Company (CP). The shippers, Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada, ULC doing business as Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, a division of Superior Plus LP, and Chemtrade Logistics Inc. and Chemtrade West Limited Partnership, (collectively, the Shippers), argued that item 54 is prohibited by subsection 137(1) of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (the Act) or, alternatively, should be struck down as unreasonable pursuant to section 120.1 of the Act.

[2] The Agency examined the question and, in the course of two decisions [*Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada, ULC, doing business as Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, a division of Superior Plus LP, and Chemtrade Logistics Inc. and Chemtrade West Limited Partnership – application pursuant to sections 120.1 and 137 of the CTA, with*

Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP, Toronto, pour les intimées Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada, ULC, s/n Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, une division de Superior Plus LP, Chemtrade Logistics Inc. et Chemtrade West Limited Partnership (appelantes à l'appel incident).

Office des transports du Canada, Gatineau, Québec, pour l'intimé l'Office des transports du Canada (intimé à l'appel incident).

DLA Piper (Canada) LLP, pour l'intervenante Agrium.

Ian S. MacKay, Ottawa, pour l'intervenant l'Institut canadien des engrais.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

I. INTRODUCTION

[1] Un groupe d'expéditeurs de produits dangereux a demandé à l'Office des transports du Canada (l'Office) de se prononcer sur la légalité et le caractère raisonnable du paragraphe 54, un groupe de clauses concernant des questions de responsabilité et d'indemnisation, qui se trouve dans le tarif 8 publié par la société Chemin de fer Canadien Pacifique limitée (CP). Les expéditeurs, Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada, ULC, faisant affaire sous la raison sociale Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, une division de Superior Plus LP, Chemtrade Logistics Inc. et Chemtrade West Limited Partnership (collectivement appelés les expéditeurs), ont soutenu que le paragraphe 54 était interdit aux termes du paragraphe 137(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la Loi). Subsidiairement, ils ont soutenu que le paragraphe 54 devait être radié au motif qu'il était déraisonnable suivant l'article 120.1 de la Loi.

[2] L'Office a examiné la question et, dans deux décisions [*Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada, ULC, faisant affaires sous la raison sociale d'Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, division de Superior Plus LP, et Chemtrade Logistics Inc. et Chemtrade West Limited Partnership – demande conformément aux articles 120.1 et 137 de la LTC, au sujet du*

respect to CP's Tariff 8, Item 54, Decision No. 202-R-2013; Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada, ULC, doing business as Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, a division of Superior Plus LP, and Chemtrade Logistics Inc. and Chemtrade West Limited Partnership – In the matter of Decision No. 202-R-2013 in response to the application, Decision No. 388-R-2013], held that portions of item 54 were indeed prohibited by subsection 137(1) and, pursuant to section 26 of the Act, ordered that CP refrain from applying item 54 until such time as the tariff was amended to remove the prohibited limitations of liability. At the same time, the Agency ruled that it could not disallow item 54 as unreasonable pursuant to section 120.1 of the Act because it found that section 120.1 applied only to charges and associated terms and conditions for incidental or additional services whose cost had been unbundled from the rate for transporting the goods. On the facts of this case, item 54 was not such an item.

[3] CP appeals from the order prohibiting it from applying item 54. The Shippers cross-appeal from the dismissal of their application under section 120.1.

[4] For the reasons which follow, I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal. I would return the matter to the Agency with instructions that the Shippers' application should be dismissed.

II. FACTS AND LEGISLATION

[5] Unless it has entered into a specific contract with a shipper, a railway can only charge a rate and stipulate terms and conditions which have been published in a tariff. A railway's obligation to publish its rates and conditions in a tariff flows from section 117 of the Act:

Rates to be charged

117 (1) Subject to section 126, a railway company shall not charge a rate in respect of the movement of traffic or passengers unless the rate is set out in a tariff that has been issued and published in accordance with this Division and is in effect.

paragraphe 54 du tarif 8 de CP, Décision n° 202-R-2013; Canexus Chemicals Canada, LP, Olin Canada, ULC, faisant affaires sous la raison sociale d'Olin Chlor Alkali Products, ERCO Worldwide, division de Superior Plus LP, et Chemtrade Logistics Inc. et Chemtrade West Limited Partnership – Relatif à la décision n° 202-R-2013 en réponse à la demande, Décision n° 388-R-2013], il a conclu que des clauses du paragraphe 54 étaient effectivement interdites aux termes du paragraphe 137(1) et, conformément à l'article 26 de la Loi, il a ordonné à CP de s'abstenir d'appliquer le paragraphe 54 jusqu'à ce que le tarif soit modifié pour retirer les limitations de responsabilité interdites. L'Office a également déclaré qu'il ne pouvait pas, au titre de l'article 120.1 de la Loi, radier le paragraphe 54 au motif qu'il était déraisonnable. L'Office a conclu que l'article 120.1 s'appliquait uniquement aux frais relatifs aux services connexes ou aux conditions afférentes dont le coût avait été séparé du prix de transport des marchandises. Vu les faits de l'espèce, le paragraphe 54 ne visait pas de tels frais.

[3] CP interjette appel à l'encontre de l'ordonnance de s'abstenir d'appliquer le paragraphe 54. Les expéditeurs interjettent un appel incident à l'encontre du rejet de leur demande présentée en vertu de l'article 120.1.

[4] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel et je rejetterais l'appel incident. Je renverrais l'affaire à l'Office avec comme instructions de rejeter la demande des expéditeurs.

II. LES FAITS ET LES DISPOSITIONS LÉGALES

[5] À moins d'avoir conclu un contrat précis avec un expéditeur, une compagnie de chemin de fer ne peut exiger un prix et prévoir des modalités que s'ils ont été publiés dans un tarif. L'obligation d'une compagnie de chemin de fer de publier ses prix et modalités dans un tarif découle de l'article 117 de la Loi :

Prix exigibles

117 (1) Sous réserve de l'article 126, une compagnie de chemin de fer ne peut exiger un prix pour le transport de marchandises ou de passagers que s'il est indiqué dans un tarif en vigueur qui a été établi et publié conformément à la présente section.

Tariff to include prescribed information

(2) The tariff must include any information that the Agency may prescribe by regulation.

Publication of tariff

(3) The railway company shall publish and either publicly display the tariff or make it available for public inspection at its offices.

[6] Pursuant to the authority conferred in subsection 117(2), the *Railway Traffic and Passenger Tariffs Regulations*, SOR/96-338 (the Regulations) were promulgated. They make it clear that a tariff is not limited to the stipulation of the rate but must include the terms and condition of carriage as well:

2 The following information shall be included in every traffic or passenger tariff that is issued and published by a railway company under Part III of the Act:

...

(f) any terms and conditions of the tariff, including terms and conditions of the carriage of persons with disabilities, or an explanation, with references, of where the terms and conditions can be found.

[7] Section 126 [of the Act], which is referred to in the opening words of section 117, is the provision which allows the parties to proceed by way of a confidential contract which may contain rates and terms and conditions other than those in the railway's published tariff :

Confidential contracts

126 (1) A railway company may enter into a contract with a shipper that the parties agree to keep confidential respecting

(a) the rates to be charged by the company to the shipper;

(b) reductions or allowances pertaining to rates in tariffs that have been issued and published in accordance with this Division;

(c) rebates or allowances pertaining to rates in tariffs or confidential contracts that have previously been lawfully charged;

Renseignements tarifaires

(2) Le tarif comporte les renseignements que l'Office peut exiger par règlement.

Publication des tarifs

(3) La compagnie de chemin de fer fait publier et soit affiche le tarif, soit permet au public de le consulter à ses bureaux.

[6] En vertu du pouvoir conféré par le paragraphe 117(2), le *Règlement sur les tarifs de transport ferroviaire des marchandises et des passagers*, DORS/96-338 (le Règlement), a été promulgué. Il indique clairement qu'un tarif n'est pas limité à l'indication du prix, mais qu'il doit aussi inclure les modalités du tarif :

2 Tout tarif de transport des marchandises ou des passagers que la compagnie de chemin de fer établit et publie aux termes de la partie III de la Loi doit comporter les renseignements suivants :

[...]

f) les modalités du tarif, y compris les conditions de transport applicables aux personnes ayant des déficiences, ou une indication, avec les renvois pertinents, de l'endroit où se trouvent ces modalités.

[7] L'article 126 [de la Loi], auquel renvoient les premiers mots de l'article 117, est la disposition qui permet aux parties de conclure un contrat confidentiel qui peut contenir des prix et des modalités autres que ceux publiés dans le tarif de la compagnie de chemin de fer :

Conclusion de contrats confidentiels

126 (1) Les compagnies de chemin de fer peuvent conclure avec les expéditeurs un contrat, que les parties conviennent de garder confidentiel, en ce qui concerne :

a) les prix exigés de l'expéditeur par la compagnie;

b) les baisses de prix, ou allocations afférentes à ceux-ci, indiquées dans les tarifs établis et publiés conformément à la présente section;

c) les rabais sur les prix, ou allocations afférentes à ceux-ci, établis dans les tarifs ou dans les contrats confidentiels, qui ont antérieurement été exigés licitement;

(d) any conditions relating to the traffic to be moved by the company; and

(e) the manner in which the company shall fulfill its service obligations under section 113.

[8] In this case, CP published Tariff 8 including item 54 which, due to its length, is reproduced as Appendix A to these reasons. In brief, item 54 provides as follows:

- (a) CP shall not be liable to the shipper for claims, loss or damage caused by or arising from the transportation of the commodities (the Shippers' traffic).
- (b) The shipper shall defend, indemnify and hold harmless CP for claims, loss or damage arising from or caused by the transportation of the commodities.
- (c) This indemnity shall include any liabilities arising from:
 - i. Any failure of, release from or defect in the equipment tendered by the shipper for the transportation of the commodity.
 - ii. Loading, sealing and/or securing the commodity in the shipper's equipment.
 - iii. Release, unloading, transfer, delivery, treatment, dumping, storage, or disposal of the commodity.
 - iv. Any fines or penalties resulting from the actual or alleged violation of any environmental or other law, code, or regulation.
 - v. Any loss caused by the sole negligence of the shipper.
- (d) The shipper shall have no obligation to indemnify CP for liabilities arising from the sole negligence or willful misconduct of CP, its agents or employees.

d) les conditions relatives au transport à effectuer par la compagnie;

e) les moyens pris par la compagnie pour s'acquitter de ses obligations en application de l'article 113.

[8] En l'espèce, CP a publié le tarif 8 qui comprend le paragraphe 54, lequel, en raison de sa longueur, est reproduit en annexe A des présents motifs. En résumé, le paragraphe 54 prévoit ce qui suit :

- a) CP n'est pas responsable envers l'expéditeur des réclamations, pertes ou dommages découlant ou étant attribuables au transport des marchandises (de l'expéditeur).
- b) L'expéditeur indemnise CP et la dégage de toute responsabilité à l'égard des réclamations, pertes ou dommages attribuables au transport des marchandises ou qui en découlent.
- c) L'indemnisation vise notamment les responsabilités découlant de :
 - i. toute défaillance ou défectuosité du matériel fourni par l'expéditeur pour le transport de marchandises, ou la libération de la marchandise de ce matériel;
 - ii. le chargement des marchandises dans le matériel, ou le fait d'y fixer ou d'y arrimer les marchandises;
 - iii. la libération, le déchargement, le transfert, la livraison, le traitement, le vidage, l'entreposage ou l'élimination des marchandises;
 - iv. toute amende ou pénalité résultant d'une violation alléguée ou établie d'une loi, d'un code ou d'un règlement, notamment au sujet de l'environnement;
 - v. toute perte causée par la seule négligence de l'expéditeur.
- d) L'expéditeur n'est pas tenu d'indemniser CP si sa responsabilité résulte de la seule négligence ou de l'inconduite délibérée de CP, de ses mandataires ou de ses employés.

- (e) The shipper shall defend, indemnify and hold CP harmless for any liabilities due to the presence of contaminants in the commodity which are not properly described in the commodity shipping document.
- (f) The shipper's obligation to indemnify CP does not include claims for loss, damage or delay to the commodities.
- (g) Subject to the shipper's obligation to defend and indemnify CP, where Customer alleges that claims, loss or damages arising from or caused by the transportation of the commodities are caused by the joint, contributory or concurrent negligence of CP, responsibility for the claims, loss or damage shall be adjudicated under principles of comparative fault in which the trier of fact shall determine the percentage of responsibility of CP, the shipper or any other party. CP shall be liable only for its percentage of responsibility and the shipper shall be responsible for the balance.
- e) L'expéditeur indemnise CP et la dégage de toute responsabilité à l'égard de la présence de contaminants dans les marchandises qui ne sont pas décrits de façon appropriée dans le document d'expédition des marchandises.
- f) L'obligation de l'expéditeur liée à l'indemnisation de CP ne comprend pas les réclamations pour les dommages ou retards relatifs aux marchandises ainsi que pour la perte de celles-ci.
- g) Sous réserve de l'obligation de l'expéditeur d'indemniser CP et de la dégager de toute responsabilité, si l'expéditeur allègue que des réclamations, pertes ou dommages attribuables au transport des marchandises ou en découlant sont attribuables à la faute conjointe ou concourante de CP, la responsabilité à l'égard des réclamations, pertes ou dommages sera établie selon le principe de la comparaison de la faute et le juge des faits déterminera la part de responsabilité de CP, de l'expéditeur et de toute autre partie. CP ne sera tenue responsable qu'en proportion de sa part de responsabilité et l'expéditeur sera tenu responsable de toute autre responsabilité.

[9] As can be seen, item 54 deals with issues of liability between CP and the shipper, as well as liabilities owed to third parties. The question which the Shippers put before the Agency was whether item 54 ran afoul of subsection 137(1) of the Act which deals with limitations of liability:

Agreement limiting liability

137 (1) A railway company shall not limit or restrict its liability to a shipper for the movement of traffic except by means of a written agreement signed by the shipper or by an association or other body representing shippers.

Liability if no agreement

(2) If there is no agreement, the railway company's liability is limited or restricted to the extent provided in any terms and conditions that the Agency may

- (a) on the application of the company, specify for the traffic; or

[9] Comme on peut le constater, le paragraphe 54 porte sur des questions de responsabilité entre CP et l'expéditeur, de même que sur des responsabilités envers les tiers. La question présentée par les expéditeurs à l'Office était de savoir si le paragraphe 54 allait à l'encontre du paragraphe 137(1) de la Loi, qui vise les limitations de responsabilité :

Limitation par accord

137 (1) La compagnie de chemin de fer ne peut limiter sa responsabilité envers un expéditeur pour le transport des marchandises de celui-ci, sauf par accord écrit signé soit par l'expéditeur, soit par une association ou un groupe représentant les expéditeurs.

Mesure de la limitation

(2) En l'absence d'un tel accord, la mesure dans laquelle la responsabilité de la compagnie de chemin de fer peut être limitée en ce qui concerne un transport de marchandises est prévue par les conditions de cette limitation soit fixées par l'Office pour le transport, sur demande de la compagnie, soit, si aucune condition n'est fixée, établies par règlement de l'Office.

(b) prescribe by regulation, if none are specified for the traffic.

[10] Pursuant to the authority granted by paragraph 137(2)(b), the *Railway Traffic Liability Regulations*, SOR/91-488 were promulgated. They contain a number of terms but, for present purposes, the most noteworthy are the following:

4 Subject to sections 8 and 15, for the purposes of subsection 137(2) of the Act, a carrier is liable, in respect of goods in its possession, for any loss of or damage to the goods or for any delay in their transportation unless that liability is limited by these Regulations.

5 (1) A carrier shall not be liable for any loss or damage in respect of any goods or for any delay in the transportation of the goods if the loss, damage or delay, as the case may be, results from

- (a) an act of God;
- (b) war or an insurrection;
- (c) a riot, strike or lock-out;
- (d) any defect in the goods;
- (e) any act, negligence or omission of the shipper or owner of the goods;
- (f) an authority of law; or
- (g) a quarantine.

[11] These provisions largely reproduce a common carrier's obligations (and the exceptions to those obligations) at common law where a common carrier is treated as the insurer of the shipper's goods: See *Canadian Forest Products Ltd. v. B.C. Rail Ltd.*, 2005 BCCA 369, 42 B.C.L.R. (4th) 201, at paragraphs 35 and 36; *Boutique Jacob Inc. v. Pantainer Ltd.*, 2006 FC 217, 288 F.T.R. 78 (reversed on other grounds, 2008 FCA 85, 375 N.R. 160), citing *Canadian National Railway Co. v. Harris*, [1946] S.C.R. 352.

[12] In their application, the Shippers asked the Agency to make orders determining that item 54 contravened subsection 137(1), that it was unreasonable, and

[10] En vertu du pouvoir conféré par l'alinéa 137(2)b), le *Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises*, DORS/91-488, a été promulgué. Il contient plusieurs modalités, dont les plus importantes, pour les besoins des présentes, sont les suivantes :

4 Sous réserve des articles 8 et 15, pour l'application du paragraphe 137(2) de la Loi, le transporteur est responsable, quant aux marchandises qui sont en sa possession, des pertes, des dommages et des retards de transport subis par celles-ci, sauf dans les cas où cette responsabilité est limitée par le présent règlement.

5 (1) Le transporteur n'est pas responsable des pertes, des dommages et des retards de transport subis par les marchandises qui sont attribuables à l'une des causes suivantes :

- a) cas de force majeure;
- b) guerre ou insurrection;
- c) émeute, grève ou lock-out;
- d) défectuosité des marchandises;
- e) acte, omission ou négligence de l'expéditeur ou du propriétaire des marchandises;
- f) application d'une loi;
- g) mise en quarantaine.

[11] Ces dispositions reprennent en grande partie les obligations d'un transporteur public (et les exceptions à ses obligations) en common law, selon laquelle un transporteur public est considéré comme l'assureur des marchandises de l'expéditeur (voir *Canadian Forest Products Ltd. c. B.C. Rail Ltd.*, 2005 BCCA 369, 42 B.C.L.R. (4th) 201, aux paragraphes 35 et 36; *Boutique Jacob Inc. c. Pantainer Ltd.*, 2006 CF 217 (infirmée pour d'autres motifs par 2008 CAF 85), citant *Canadian National Railway Co. v. Harris*, [1946] R.C.S. 352).

[12] Dans leur demande, les expéditeurs demandaient à l'Office de prononcer une ordonnance établissant que le paragraphe 54 contrevenait au paragraphe 137(1) et

that it be eliminated from Tariff 8. They said that the Agency had, by virtue of sections 26 and 120.1 of the Act, the authority to make the orders which they sought.

Compelling observance of obligations

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.

...

Unreasonable charges or terms

120.1 (1) If, on complaint in writing to the Agency by a shipper who is subject to any charges and associated terms and conditions for the movement of traffic or for the provision of incidental services that are found in a tariff that applies to more than one shipper other than a tariff referred to in subsection 165(3), the Agency finds that the charges or associated terms and conditions are unreasonable, the Agency may, by order, establish new charges or associated terms and conditions.

...

Clarification

(7) For greater certainty, this section does not apply to rates for the movement of traffic.

[13] With that background in mind, I now turn to the decisions under appeal.

III. THE DECISIONS UNDER APPEAL

[14] As noted earlier, there are two decisions in issue in this appeal. The first, Decision 202-R-2013 (Decision 202), was issued on May 24, 2013. In that decision, the Agency dealt with the interpretations of subsection 137(1) and item 54. However, because certain questions namely, the effect of the indemnity and hold harmless provisions of item 54 and whether section 120.1 applied to item 54, had not been canvassed, the Agency asked for further submissions on those questions.

qu'il était déraisonnable, et exigeant qu'il soit éliminé du tarif 8. Ils soutenaient qu'en vertu des articles 26 et 120.1 de la Loi, l'Office avait le pouvoir de prononcer les ordonnances qu'ils sollicitaient :

Pouvoir de contrainte

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.

[...]

Frais ou conditions déraisonnables

120.1 (1) Sur dépôt d'une plainte de tout expéditeur assujéti à un tarif applicable à plus d'un expéditeur — autre qu'un tarif visé au paragraphe 165(3) — prévoyant des frais relatifs au transport ou aux services connexes ou des conditions afférentes, l'Office peut, s'il les estime déraisonnables, fixer de nouveaux frais ou de nouvelles conditions par ordonnance.

[...]

Précision

(7) Il est entendu que le présent article ne s'applique pas aux prix relatifs au transport.

[13] Après avoir examiné le contexte, j'examinerai maintenant les décisions faisant l'objet du présent appel.

III. LES DÉCISIONS FAISANT L'OBJET DE L'APPEL

[14] Comme je l'ai mentionné plus tôt, deux décisions sont en cause dans le présent appel. La première, la décision n° 202-R-2013 (la décision n° 202), a été rendue le 24 mai 2013. Dans cette décision, l'Office a traité de l'interprétation du paragraphe 137(1) et du paragraphe 54. Toutefois, étant donné que certaines questions n'avaient pas été examinées, à savoir l'effet des dispositions du paragraphe 54 relatives à l'indemnisation et au dégagement de toute responsabilité et celle de savoir si l'article 120.1 s'appliquait au paragraphe 54, l'Office

[15] Following receipt of those submissions, the Agency released Decision No. 388-R-2013 (Decision 388) on October 7, 2013. Decision 388 did not limit itself to the two questions on which further submissions were requested. It returned to the ground already covered by Decision 202 and, in my view, came to different conclusions than it had in Decision 202. It then addressed the issues on which further submissions were requested and decided those questions.

[16] In order to facilitate comparison of the two decisions, I will set out the reasoning and conclusions on the questions which are common to both decisions. I will then deal with the questions which were specifically referred for further submissions.

[17] The first issue dealt with in Decision 202 is the interpretation of subsection 137(1).

[18] The Agency had little difficulty rejecting CP's submission that the phrase "limit or restrict its liability to a shipper for the movement of traffic" should be read as "limit or restrict its liability to a shipper for loss or damage to the shipper's goods". The Agency found this interpretation was inconsistent with the plain meaning of the words used in the legislation.

[19] According to the Agency, subsection 137(1), on its face, prohibits a railway company from "limiting or restricting its liability to a shipper for the movement of traffic [of goods including equipment required for their movement] except by means of a written agreement signed by the shipper or by an association or other body representing shippers": see Decision 202, at paragraph 58. The words in brackets are the statutory definition of traffic found at section 87 of the Act.

[20] The Agency then focussed on the meaning of the expression "movement of traffic" which it found was

a demandé aux parties de présenter des observations supplémentaires sur ces questions.

[15] Après avoir reçu ces observations, l'Office a rendu la décision n° 388-R-2013 (la décision n° 388) le 7 octobre 2013. Dans la décision n° 388, l'Office ne s'est pas limité aux deux questions à l'égard desquelles il avait demandé des observations supplémentaires. Il est revenu sur les questions déjà abordées dans la décision n° 202 et, à mon avis, il a tiré des conclusions différentes de celles qu'il avait tirées dans la décision n° 202. L'Office a par la suite examiné les questions à l'égard desquelles il avait demandé des observations supplémentaires et s'est prononcé sur celles-ci.

[16] Afin de faciliter la comparaison des deux décisions, je présenterai le raisonnement et les conclusions concernant les questions communes aux deux décisions. J'examinerai ensuite les questions précises qui ont fait l'objet des observations supplémentaires.

[17] La première question examinée dans la décision n° 202 était l'interprétation du paragraphe 137(1).

[18] L'Office a aisément rejeté la prétention de CP selon laquelle les mots « limiter sa responsabilité envers un expéditeur pour le transport des marchandises de celui-ci » devraient être interprétés comme signifiant [TRADUCTION] « limiter sa responsabilité envers un expéditeur pour les dommages causés aux marchandises de celui-ci ou la perte de ces marchandises ». L'Office a conclu que l'interprétation était incompatible avec le sens ordinaire des mots utilisés dans la disposition légale.

[19] Selon l'Office, selon son libellé, le paragraphe 137(1) interdit aux compagnies de chemin de fer de « limiter leur responsabilité envers un expéditeur pour le transport des marchandises et l'emploi du matériel nécessaire à ces fins, sauf par accord écrit signé par l'expéditeur ou par une association ou un groupe représentant les expéditeurs » (voir la décision n° 202, au paragraphe 58).

[20] L'Office s'est par la suite penché sur le sens de l'expression « transport des marchandises » qui, selon

broader than simply a reference to goods. After referring to this Court's decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (National Transportation Agency)* (1992), 151 N.R. 16, [1992] F.C.J. No. 1161 (C.A.) (QL), the Agency held that "movement of traffic" "should be read to mean the whole process by which goods, including equipment required for their movement, are transported from origin to destination": see Decision 202, at paragraph 63. The Agency then restated its position on subsection 137(1) by substituting this expanded expression for "movement of traffic", with the following result (Decision 202, at paragraph 66):

... subsection 137(1) of the CTA must be read as prohibiting a railway company from limiting or restricting its liability for the [whole process or series of actions by which traffic [of goods including equipment required for their movement] [is moved from origin to destination,] except by means of a written agreement signed by the shipper or by an association or other body representing shippers.

[21] The Agency then turned to the scope and purpose of subsection 137(1) of the Act, and the statutory regime. The Agency noted the decision of the British Columbia Supreme Court in *Mitsubishi Heavy Industries Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169, in which it was held that the purpose of subsection 137(1) was to protect shippers from being subject to a limitation of liability without having full knowledge of the terms of that limitation.

[22] As for the statutory regime, the Agency referred to one of its prior decisions, Decision No. 212-R-2001 [*Application for running rights and operation of trains on and over specified lines of the Canadian National Railway Company – Hudson Bay Railway Company*], in which it made the point that while deregulation left shippers and carriers largely free to make their own arrangements, nonetheless the Act continued the economic regulation of the railway industry by providing specific remedies to shippers and imposing obligations on railway companies. The Agency found that subsection 137(1) was an obligation imposed on the railways

sa conclusion, est plus large que le simple renvoi à des marchandises. Après avoir mentionné l'arrêt de la Cour dans *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office national des transports)* (1992), 151 N.R. 16, [1992] A.C.F. n° 1161 (C.A.) (QL), l'Office a conclu que l'expression « transport de marchandises » « devrait être lue de façon à inclure l'ensemble du processus de transport des marchandises du point d'origine au point de destination ainsi que l'emploi du matériel nécessaire à ces fins » (voir la décision n° 202, au paragraphe 63). L'Office a alors répété sa position à l'égard du paragraphe 137(1) en remplaçant cette définition élargie de « transport des marchandises », ce qui a donné le résultat suivant (décision n° 202, au paragraphe 66) :

[...] le paragraphe 137(1) de la LTC doit être lu comme une disposition interdisant aux compagnies de chemin de fer de limiter leur responsabilité envers les expéditeurs relativement à tout le processus ou toute la série d'actions par lesquels les marchandises sont transportées du point d'origine au point de destination et par lesquels le matériel nécessaire à ces fins est employé, sauf par accord écrit signé par l'expéditeur ou par une association ou un groupe représentant les expéditeurs.

[21] L'Office a ensuite examiné l'objet et la portée du paragraphe 137(1) de la Loi, de même que le régime légal. L'Office a mentionné la décision *Mitsubishi Heavy Industries Ltd. c. Canadian National Railway Co.*, 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169, dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que le paragraphe 137(1) visait à protéger les expéditeurs d'une limitation de la responsabilité sans bien connaître les modalités de cette limitation.

[22] En ce qui a trait au régime légal, l'Office s'est reporté à l'une de ses décisions antérieures, la décision n° 212-R-2001 [*Demande voulant le droit de faire circuler et d'exploiter des trains sur des lignes particulières de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada – Hudson Bay Railway Company*], dans laquelle il a indiqué que la déréglementation conférait aux expéditeurs et aux transporteurs une grande liberté pour conclure leurs propres arrangements, mais que la Loi continuait néanmoins à prévoir la réglementation économique de l'industrie du chemin de fer en offrant des recours précis aux expéditeurs et en imposant des

whose object was to protect shippers from unauthorized transfers of liability: see Decision 202, at paragraph 70.

[23] The Agency summarized its reasoning dismissing CP's argument as to the scope of subsection 137(1) as follows (Decision 202, at paragraph 73):

The narrow interpretation argued by CP that the limitation of liability to a shipper is limited to the liability for loss or damage to the shipper's goods is inconsistent with the plain meaning rule and not supported by the legislative purpose behind this provision.

[24] Having rejected CP's argument, the Agency restated its position on the interpretation of that provision as follows (Decision 202, at paragraph 76):

The Agency finds that subsection 137(1) of the CTA prohibits a railway company from limiting or restricting its liability to a shipper in respect of any liability that is caused by, arising from, or associated in any way with the movement of traffic, unless there is a written agreement or as provided for in regulations promulgated pursuant to subsection 137(2) of the CTA.

[25] The gloss which the Agency has added to the words of subsection 137(1) is found in the words "in respect of any liability that is caused by, arising from, or associated in any way with the movement of traffic".

[26] I now turn to Decision 388 where the same ground was covered.

[27] Focussing on the words "liability to a shipper" in subsection 137(1), the Agency noted that the underlying assumption is the existence of actual or potential liability of a railway company to a shipper. It concluded from this that a claim against the railway company by anyone other than a shipper was outside the scope of subsection 137(1): Decision 388, at paragraph 37.

obligations aux compagnies de chemin de fer. L'Office a conclu que le paragraphe 137(1) était une obligation imposée aux compagnies de chemin de fer qui visait à protéger les expéditeurs des transferts de responsabilité non autorisés (voir la décision n° 202, au paragraphe 70).

[23] L'Office a résumé ainsi son raisonnement rejetant l'argument de CP au sujet de la portée du paragraphe 137(1) (décision n° 202, au paragraphe 73) :

L'interprétation restrictive que préconise CP, selon laquelle la limitation de la responsabilité envers l'expéditeur touche uniquement la responsabilité pour les dommages causés aux marchandises de l'expéditeur ou la perte de ces marchandises, est incompatible avec la règle de l'interprétation selon le sens ordinaire des mots et n'est pas appuyée par l'objet de la législation qui sous-tend cette disposition.

[24] Après avoir rejeté l'argument de CP, l'Office a répété ainsi sa position quant à l'interprétation de cette disposition (décision n° 202, au paragraphe 76) :

L'Office conclut que le paragraphe 137(1) de la LTC interdit aux compagnies de chemin de fer de limiter leur responsabilité envers les expéditeurs à l'égard de tout préjudice qui est attribuable au transport de marchandises ou qui en découle, ou qui y est associé de quelque façon que ce soit, à moins qu'un accord écrit n'ait été conclu en ce sens ou qu'il n'en soit prévu dans un règlement pris en application du paragraphe 137(2) de la LTC.

[25] L'interprétation que l'Office a ajoutée au libellé du paragraphe 137(1) se trouve dans les mots « à l'égard de tout préjudice qui est attribuable au transport de marchandises ou qui en découle, ou qui y est associé de quelque façon que ce soit ».

[26] J'examine maintenant la décision n° 388, dans laquelle les mêmes questions ont été étudiées.

[27] Se concentrant sur les mots « responsabilité envers un expéditeur » au paragraphe 137(1), l'Office a indiqué que cela sous-entendait que la compagnie de chemin de fer a ou pourrait avoir une responsabilité envers l'expéditeur. Il a conclu de cela que, si une réclamation contre la compagnie de chemin de fer est présentée par une personne autre que l'expéditeur, cette réclamation n'est pas visée par le paragraphe 137(1) (décision n° 388, au paragraphe 37).

[28] Precisely because subsection 137(1) was specific to a railway's liability to a shipper, it did not apply to all liability related to or arising from the movement of traffic. In particular, the imposition of obligations on a shipper in relation to third party claims was not caught by subsection 137(1) (Decision 388, at paragraph 39):

Subsection 137(1) of the CTA does not deal with all aspects of liability that may be related to the movement of traffic. It is specific to the railway company's limitation of liability to a shipper. In other words, subsection 137(1) only prevents the railway company from limiting the amount it may owe to a shipper as a result of an event that occurred in relation to the movement of the shipper's traffic which caused damages to that shipper. If the railway company imposes obligations on the shipper in relation to a claim against the railway company from a third party, it is not captured under section 137, and nothing in subsection 137(1) would prevent the railway company from imposing terms and conditions on a shipper to limit or attenuate the financial impact those third party liabilities will have on the railway company.

[29] The Agency summarized its position as follows (Decision 388, at paragraph 44):

... terms and conditions found in Item 54 will only be contrary to subsection 137(1) if they have the effect of limiting, restricting, or in any way reducing the amount of a claim a shipper has or may have against CP in connection with the movement of the shipper's traffic.

[30] To summarize, in Decision 202, the Agency attributes to subsection 137(1) a very wide scope so that it catches "any liability that is caused by, arising from, or associated in any way with the movement of traffic", while in Decision 388, the Agency excludes from the scope of subsection 137(1) any liability which the railway company may have to third parties or any reallocation of that liability by the railway company to a shipper.

[28] Justement parce que le paragraphe 137(1) porte précisément sur la responsabilité d'une compagnie de chemin de fer envers un expéditeur, il ne s'applique pas à tous les aspects de la responsabilité liés au transport de marchandises ou en découlant. Plus précisément, l'imposition d'obligations à un expéditeur relativement à des réclamations présentées par un tiers n'est pas visée par le paragraphe 137(1) (décision n° 388, au paragraphe 39) :

Le paragraphe 137(1) de la LTC ne porte pas sur tous les aspects de la responsabilité pouvant être liés au transport de marchandises. Il ne porte que sur la limitation de la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers un expéditeur. Autrement dit, le paragraphe 137(1) ne fait qu'empêcher la compagnie de chemin de fer de limiter le montant qu'elle peut devoir à un expéditeur à la suite d'un événement survenu en lien avec le transport de marchandises de l'expéditeur au cours duquel des dommages ont été causés à l'expéditeur. Les cas où la compagnie de chemin de fer impose des obligations à l'expéditeur relativement à une réclamation présentée contre elle par un tiers ne sont pas visés par l'article 137; et rien dans le paragraphe 137(1) n'empêche la compagnie de chemin de fer d'imposer à l'expéditeur [...] des conditions visant à limiter ou à atténuer les répercussions financières que ces responsabilités envers les tiers auront sur la compagnie de chemin de fer.

[29] L'Office a résumé sa position ainsi (décision n° 388, au paragraphe 44) :

[...] les conditions qui se trouvent dans le paragraphe 54 seront contraies au paragraphe 137(1) seulement si elles ont pour effet de limiter, de restreindre ou de réduire de quelque façon que ce soit le montant d'une réclamation qu'un expéditeur a déposé ou pourrait déposer contre CP en lien avec le transport des marchandises de l'expéditeur.

[30] En résumé, dans la décision n° 202, l'Office accorde au paragraphe 137(1) une portée très vaste de manière à viser « tout préjudice qui est attribuable au transport de marchandises ou qui en découle, ou qui y est associé de quelque façon que ce soit », tandis que, dans la décision n° 388, l'Office exclut de la portée du paragraphe 137(1) toute responsabilité que la compagnie de chemin de fer peut avoir à l'égard de tiers ou tout déplacement de cette responsabilité par la compagnie de chemin de fer à l'expéditeur.

[31] I now return to Decision 202 to examine the Agency's interpretation of item 54 and its application of subsection 137(1) to that interpretation. The Agency began its analysis with an assessment of the effect of the phrase "shall not be liable to a customer" (the broad limitation). I reproduce below, in redacted form (to assist in readability) the opening paragraph of item 54:

... CP shall not be liable to Customer, and Customer shall fully indemnify, defend, and hold harmless CP, from and against any and all claims, ... damages ... and for any and all liability, claims, actions, fines, penalties, and associated costs and expenses (collectively "Liabilities") which are caused, arise from, or are associated in any way with transportation of the commodities or anything done or failed to be done and ... Customer shall fully indemnify, defend, and hold harmless CP, ... under this tariff. [My emphasis.]

[32] The Agency's conclusion as to the scope of this clause is reproduced below (Decision 202, at paragraphs 81 and 82):

The Agency is of the opinion that, by using the expression "shall not be liable to a Customer" in Item 54, CP integrated in its tariff a complete exclusion of liability to shippers of hazardous materials for any liability that may arise with respect to transportation of hazardous materials by CP.

Clearly, this broad exclusion of liability constitutes a limitation and restriction of liability to a shipper for the movement of traffic within the meaning of subsection 137(1) of the CTA.

[33] Since this limitation and restriction of liability appears in a tariff, which is not a written agreement signed by the shipper, the Agency found that it was contrary to subsection 137(1) of the Act.

[34] The Agency then turned to item 54's requirement that the customer (the shipper) "fully indemnify and hold harmless CP". The Agency found that item 54 imposed on shippers the obligation to reimburse CP for any liabilities incurred in the transportation of hazardous materials. It found that this obligation to indemnify must necessarily arise in relation to third party liabilities since

[31] Je reviens maintenant à la décision n° 202 pour examiner l'interprétation qu'a donnée l'Office au paragraphe 54 et son application du paragraphe 137(1) à cette interprétation. L'Office a commencé son analyse par l'appréciation de l'effet des mots [TRADUCTION] « n'est pas responsable envers le client » (la limitation générale). Je reproduis ci-dessous, avec des omissions pour en faciliter la lecture, le premier alinéa du paragraphe 54 :

[TRADUCTION] [...] CP n'est pas responsable envers le client, et celui-ci s'engage à indemniser CP et à la dégager de toute responsabilité, à l'égard des réclamations [...], des dommages-intérêts [...] et de toutes les responsabilités, les réclamations, les actions, les amendes et les pénalités, ainsi que les coûts et les frais qui y sont associés (collectivement, les « responsabilités »), attribuables au transport des marchandises, ou qui en découlent, de quelque façon que ce soit, ou à toute chose faite ou non faite en vertu du présent tarif. [Non souligné dans l'original.]

[32] La conclusion de l'Office quant à la portée de cette disposition est reproduite ci-dessous (décision n° 202, aux paragraphes 81 et 82) :

L'Office est d'avis qu'en utilisant les mots « [n'est pas] responsable envers le client » au paragraphe 54, CP a intégré dans son tarif une exclusion totale de la responsabilité envers les expéditeurs relativement au transport de marchandises dangereuses que CP effectue.

De toute évidence, cette exclusion générale de responsabilité constitue une limitation de la responsabilité envers l'expéditeur pour le transport des marchandises au sens du paragraphe 137(1) de la LTC.

[33] Puisque cette limitation de responsabilité figure au tarif, qui n'est pas un accord écrit signé par l'expéditeur, l'Office a conclu qu'elle allait à l'encontre du paragraphe 137(1) de la Loi.

[34] L'Office a par la suite examiné l'exigence du paragraphe 54 selon laquelle le client (l'expéditeur) s'engageait « à indemniser CP et à la dégager de toute responsabilité ». L'Office a conclu que le paragraphe 54 imposait aux expéditeurs l'obligation de dédommager CP des responsabilités découlant du transport de marchandises dangereuses. Il a conclu que cette obligation

“CP has already excluded all liability to the shipper under Item 54”: see Decision 202, at paragraph 86.

[35] Item 54 also includes a clause dealing with joint liability (the joint liability clause), reproduced below:

Subject to Customer’s obligations to defend and indemnify CP as set forth above, should Customer believe that Liabilities are caused in whole, or in part, by the joint, contributory, or concurrent negligence or fault of CP, responsibility for Liabilities shall be adjudicated under principles of comparative fault in which the trier of fact shall determine the percentage of responsibility for CP, Customer, and any other party. CP shall be liable only for the amount of such Liabilities allocated to CP in proportion to CP’s percentage of responsibility. Customer shall be liable for all other Liabilities.

[36] The Agency was of the view that this clause could result in the shipper being responsible for more than it would otherwise be responsible under the law applicable to the situation. Since a shipper must first indemnify and defend CP before claiming the benefit of the joint liability clause, the Agency found that in doing so, the shipper would incur costs which were not recoverable under the joint liability clause. This led the Agency to find that “in certain circumstances, [item 54 could] result in the shipper being ultimately responsible for more than the shipper would otherwise be responsible under the law applicable to the situation”: see Decision 202, at paragraph 91.

[37] In the end, the Agency found that item 54 not only excluded CP’s liability to the shipper but also imposed additional obligations on the latter with respect to liabilities that might arise related to the transportation of a shipper’s traffic. For example, the Agency was of the view that should an event occur which triggered item 54, the shipper would not only be unable to recover its own losses from CP, but it would have to assume CP’s

d’indemnisation devait nécessairement être liée aux responsabilités envers les tiers, « étant donné que CP s’est déjà soustraite à toute responsabilité envers l’expéditeur aux termes du paragraphe 54 » (voir la décision n° 202, au paragraphe 86).

[35] Le paragraphe 54 comprend également une disposition concernant la responsabilité conjointe (la disposition sur la responsabilité conjointe) qui est reproduite ci-dessous :

[TRADUCTION] Sous réserve des obligations du client d’indemniser CP et de la dégager de toute responsabilité qui précèdent, si le client croit que les responsabilités sont attribuables, en tout ou en partie, à la négligence ou à la faute conjointe ou concourante de CP, la responsabilité sera établie selon le principe de la comparaison de la faute et le juge des faits déterminera la part de responsabilité de CP, du client et de toute autre partie. CP ne sera tenue responsable que de la responsabilité établie à son égard en proportion de sa part de responsabilité. Le client sera tenu responsable de toute autre responsabilité.

[36] L’Office était d’avis que cette clause pouvait alourdir la responsabilité de l’expéditeur au-delà de celle qui lui incomberait par ailleurs selon les règles de droit applicables à la situation. Puisqu’un expéditeur doit tout d’abord indemniser CP et la dégager de toute responsabilité avant de se prévaloir de la disposition sur la responsabilité conjointe, l’Office a conclu qu’en ce faisant, l’expéditeur supporterait des frais qu’il ne pourrait recouvrer aux termes de la disposition sur la responsabilité conjointe. Ceci a mené l’Office à conclure que, « par suite de l’application de la disposition relative à la responsabilité conjointe énoncée au paragraphe 54, la responsabilité de l’expéditeur pourrait, dans certains cas, être en bout de ligne plus lourde que celle qui lui incomberait par ailleurs selon les règles de droit applicables à la situation » (voir la décision n° 202, au paragraphe 91).

[37] En fin de compte, l’Office a conclu que le paragraphe 54 non seulement soustrayait CP de sa responsabilité envers l’expéditeur, mais encore imposait à ce dernier des obligations supplémentaires relativement aux responsabilités pouvant naître du transport de ses marchandises. À titre d’exemple, l’Office était d’avis que, si un événement déclenchant le paragraphe 54 survenait, non seulement l’expéditeur ne serait pas en

liability to third parties and assume the cost of defending CP. Furthermore, the shipper would have to absorb miscellaneous costs such as “CP’s emergency response and evacuation costs, remediation costs and government oversight costs (whatever those might be), and the cost of adverse effects on wildlife or the environment”: see Decision 202, at paragraph 94.

[38] This reasoning led the Agency to conclude as follows (Decision 202, at paragraph 95):

Because Item 54 sets aside the principle of allocation of liability under the law governing joint liability between CP and the shipper, by reducing or nullifying CP’s share of liability, the Agency finds that this constitutes a limitation of liability to a shipper. Considering that these terms are neither included in a written agreement between CP and the applicants nor established by regulation, the Agency finds that this limitation of liability is prohibited under subsection 137(1) of the CTA.

[39] It appears that this conclusion flows from the Agency’s interpretation of the joint liability clause.

[40] Having found that the joint liability clause limited or restricted CP’s liability to shippers, the Agency questioned whether the obligation to indemnify, defend and hold harmless was itself a limitation or restriction on liability (Decision 202, at paragraph 96):

By imposing on the shipper an obligation to indemnify, defend, and hold harmless, CP has integrated in the Tariff a mechanism by which CP ensures it will be made whole by the shipper for third party liabilities. This obligation goes beyond a limitation of liability and therefore may not be a limitation of liability to the shipper.

[41] However, since there were no pleading on the issue of the “indemnify, defend and hold harmless” clause, the Agency asked for further submissions.

mesure de recouvrer ses propres pertes de CP, mais il serait tenu d’assumer la responsabilité de CP envers les tiers et d’assumer les frais de la défense de CP. De plus, l’expéditeur serait tenu d’assumer divers coûts comme les coûts d’intervention d’urgence et d’évacuation, les coûts des mesures correctives et les coûts de surveillance de l’État (sans qu’on sache trop ce qu’ils pourraient être), de même que le coût de tout préjudice à la faune ou à l’environnement (voir la décision n° 202, au paragraphe 94).

[38] Ce raisonnement a mené l’Office à tirer la conclusion suivante (décision n° 202, au paragraphe 95) :

Étant donné que le paragraphe 54 écarte le principe de la répartition de la responsabilité découlant des règles de droit qui régissent la responsabilité conjointe entre CP et l’expéditeur en réduisant ou en annulant la part de responsabilité de CP, l’Office conclut que cette disposition constitue une limitation de la responsabilité envers l’expéditeur. Puisque ces conditions ne figurent pas dans un accord écrit conclu entre CP et les demanderesse ni ne sont établies par règlement, l’Office conclut que cette limitation de la responsabilité est interdite aux termes du paragraphe 137(1) de la LTC.

[39] Cette conclusion semble découler de l’interprétation que l’Office a donnée à la disposition sur la responsabilité conjointe.

[40] Après avoir conclu que la disposition sur la responsabilité conjointe limitait la responsabilité de CP envers les expéditeurs, l’Office s’est demandé si l’obligation d’indemniser CP et de la dégager de toute responsabilité constituait aussi une limitation de responsabilité (décision n° 202, au paragraphe 96) :

En imposant à l’expéditeur l’obligation [d’indemniser CP et de la dégager] de toute responsabilité, CP a intégré dans le tarif un mécanisme par lequel elle s’assure que l’expéditeur la dédommagera entièrement des responsabilités envers les tiers. Cette obligation va au-delà de la limitation de la responsabilité et ne constitue peut-être pas une clause de limitation de la responsabilité envers l’expéditeur.

[41] Toutefois, puisque les parties n’avaient pas fait d’observations sur la clause visant l’obligation d’indemniser CP et de la dégager de toute responsabilité, l’Office a demandé des observations supplémentaires.

[42] Decision 388 resulted from those further submissions. On the issue of the obligation to indemnify, the Agency found that it simply required the shipper to pay CP an amount equal to the amount which CP owed to third parties, subject to the shipper's right to claim those amounts back from CP pursuant to the joint liability clause. This did not relieve CP of its obligations to those third parties. However, since CP did not owe anything to the shipper with respect to third party liability, the indemnification clause could not limit or restrict CP's liability to a shipper. For that reason, the Agency found that the obligation to indemnify was not a limitation of liability to a shipper within the meaning of subsection 137(1) of Act.

[43] Because the obligation to defend found in item 54 imposes additional obligations on the shipper and does not reduce any liability which CP may have to the latter, the Agency found that it was not a limitation of liability which was caught by subsection 137(1).

[44] As for the obligation to hold harmless, the Agency relied on the following definition from *Black's Law Dictionary* (Decision 388, at paragraph 54):

[Hold harmless agreement]

- Agreement or contract in which one party agrees to hold the other without responsibility for damage or other liability arising out of the transaction involved.

[45] Relying on this definition, the Agency concluded that (Decision 388, at paragraph 55):

This definition suggests that the shippers' obligation to hold harmless CP could extend beyond CP's liability to third parties. It could also be construed as a waiver by the shipper in respect of any claim that the shipper has or may have against CP in relation to third party liabilities. To this extent, the shipper's obligation to hold harmless CP would limit or restrict the amount of a shipper's claim against CP in relation to the movement of the shipper's traffic.

[42] Ces observations supplémentaires ont donné lieu à la décision n° 388. En ce qui a trait à l'obligation d'indemnisation, l'Office a conclu que l'obligation exigeait simplement que l'expéditeur paie à CP un montant égal à celui que CP pourrait devoir à des tiers, sous réserve du droit de l'expéditeur de recouvrer ces montants de CP au titre de la disposition sur la responsabilité conjointe. Cela n'avait pas pour effet d'exonérer CP de ses obligations envers ces tiers. Cependant, puisque CP ne devait rien à l'expéditeur relativement aux réclamations des tiers, l'obligation d'indemnisation ne pouvait limiter la responsabilité de CP envers un expéditeur. Pour ce motif, l'Office a conclu que l'obligation d'indemnisation n'était pas une limitation de responsabilité envers un expéditeur au sens du paragraphe 137(1) de la Loi.

[43] Étant donné que l'obligation d'indemniser que comprend le paragraphe 54 impose des obligations supplémentaires à l'expéditeur et ne limite pas la responsabilité de CP envers ce dernier, l'Office a conclu qu'elle n'était pas une limitation de responsabilité visée par le paragraphe 137(1).

[44] Quant à l'obligation de dégager de toute responsabilité, l'Office s'est appuyé sur la définition suivante du dictionnaire *Black's Law Dictionary* (décision n° 388, au paragraphe 54) :

[TRANSLATION] [Convention de dédommagement]

- Contrat ou entente par lequel une partie consent à exonérer l'autre de toute responsabilité à l'égard du préjudice ou des autres obligations découlant de l'opération en cause.

[45] S'appuyant sur cette définition, l'Office a tiré la conclusion suivante (décision n° 388, au paragraphe 55) :

Cette définition laisse entendre que l'obligation de l'expéditeur de [dégager CP de toute responsabilité] pourrait dépasser la responsabilité de CP envers les tiers. Elle pourrait aussi être interprétée comme une exonération par l'expéditeur relativement à toute réclamation que l'expéditeur a déposée ou pourrait déposer contre CP en ce qui a trait aux responsabilités envers les tiers. En ce sens, l'obligation de l'expéditeur de protéger CP limiterait ou restreindrait le montant de la réclamation d'un expéditeur contre CP en ce qui a trait au transport des marchandises de l'expéditeur.

[46] The Agency did not explain how a document issued unilaterally by the railway company could amount to a waiver of its rights by the shipper.

[47] The last issue to be dealt with is whether the Agency had jurisdiction pursuant to section 120.1 to deal with in the reasonableness of item 54. In Decision 202, the Agency formed the preliminary view that the terms and conditions in item 54 were not associated with a charge. However, it gave the parties the opportunity to make further submissions. The Agency then addressed the issue of the scope of section 120.1 of the Act in Decision 388.

[48] For ease of reference I reproduce section 120.1 below:

Unreasonable charges or terms

120.1 (1) If, on complaint in writing to the Agency by a shipper who is subject to any charges and associated terms and conditions for the movement of traffic or for the provision of incidental services that are found in a tariff that applies to more than one shipper other than a tariff referred to in subsection 165(3), the Agency finds that the charges or associated terms and conditions are unreasonable, the Agency may, by order, establish new charges or associated terms and conditions.

...

Clarification

(7) For greater certainty, this section does not apply to rates for the movement of traffic.

[49] The Agency noted that its jurisdiction under section 120.1 was limited to “charges” and “associated terms and conditions” for the movement of traffic or for the provision of incidental services. While rates are specifically excluded from the matters which may be reviewed under section 120.1, the Agency reasoned that this did not mean that anything other than a rate was therefore reviewable.

[50] After reviewing several dictionary definitions of the word “charge”, the Agency concluded that “charge” in its ordinary sense “could literally include almost

[46] L’Office n’a pas expliqué comment un document délivré de façon unilatérale par la compagnie de chemin de fer pouvait équivaloir à une renonciation de ses droits par l’expéditeur.

[47] La dernière question à examiner était de savoir si l’Office avait, en vertu de l’article 120.1, la compétence de se prononcer sur le caractère raisonnable du paragraphe 54. Dans la décision n° 202, l’Office a estimé, à titre préliminaire, que les modalités du paragraphe 54 n’étaient pas afférentes à des frais. Il a toutefois donné aux parties la possibilité de présenter des observations supplémentaires. L’Office a par la suite examiné la question de la portée de l’article 120.1 de la Loi dans la décision n° 388.

[48] Par souci de commodité, je reproduis l’article 120.1 ci-dessous :

Frais ou conditions déraisonnables

120.1 (1) Sur dépôt d’une plainte de tout expéditeur assujéti à un tarif applicable à plus d’un expéditeur — autre qu’un tarif visé au paragraphe 165(3) — prévoyant des frais relatifs au transport ou aux services connexes ou des conditions afférentes, l’Office peut, s’il les estime déraisonnables, fixer de nouveaux frais ou de nouvelles conditions par ordonnance.

[...]

Précision

(7) Il est entendu que le présent article ne s’applique pas aux prix relatifs au transport.

[49] L’Office a indiqué que sa compétence en vertu de l’article 120.1 était limitée aux « frais » et aux « conditions afférentes » pour le transport ou les services connexes. Bien que les prix soient expressément exclus des éléments qui peuvent être examinés au titre de l’article 120.1, l’Office a conclu que cela ne signifiait pas que toute autre chose qu’un prix pouvait par conséquent être examinée.

[50] Après avoir passé en revue plusieurs définitions du mot anglais « *charge* » (frais) dans des dictionnaires, l’Office a conclu que le terme « frais », dans son sens

any obligation, whether the payment of a sum of money or the execution of an obligation to do something”: Decision 388, at paragraph 84.

[51] After referring to the modern approach to statutory interpretation, the Agency considered the context in which the expression “charges” appears in the Act. This led it to conclude that the issue was the meaning to be given to “charges” in the context of a railway company’s tariff.

[52] The Agency then compared (a) the remedy available under section 120.1 in relation to “charges and associated terms and condition for the movement of traffic or for the provision of incidental services” to (b) the remedy available under section 161 in relation to “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”. It found that the difference in remedies depending upon whether a rate or a charge was being challenged meant that the terms “rates”, “charges”, “terms and conditions” as used in the definition of tariff had distinct meanings and were not interchangeable.

[53] The Agency went on to reason that if section 120.1 was intended to permit the Agency to review everything in a tariff that was not a rate, Parliament would have used language more suited to that purpose, as it did in paragraph 114(4)(b) of the Act which allows the Agency to disallow any rate or tariff in certain circumstances.

[54] In the result, the Agency concluded that the term “charges” referred to something other than “rates” or “terms and conditions” for the movement of a shipper’s traffic or for the provision of incidental services: Decision 388, at paragraph 90.

[55] The Agency then considered a railway company’s obligations to a shipper upon payment of the tariff rate. Subsection 113(2) of the Act provides that upon payment of the rate, a railway company is bound to pick up the traffic at the point of origin, carry it and deliver it to the point of destination. The Agency found that the obligation to pay the rate was not tied to ancillary or

ordinaire, « pourrait littéralement inclure presque toutes les obligations, que ce soit le paiement d’une somme d’argent ou l’exécution d’une obligation de faire quelque chose » (décision n° 388, au paragraphe 84).

[51] Après avoir rappelé l’approche moderne de l’interprétation des lois, l’Office a examiné le contexte dans lequel le terme « frais » apparaissait dans la Loi. Cela l’a amené à conclure que la question à trancher était la signification à donner au terme « frais » dans le cas du tarif d’une compagnie de chemin de fer.

[52] L’Office a alors comparé le recours possible au titre de l’article 120.1 en lien avec des « frais relatifs au transport ou aux services connexes ou des conditions afférentes » et le recours possible au titre de l’article 161 en lien avec « des prix appliqués ou proposés par un transporteur pour le transport de marchandises ou des conditions imposées à cet égard ». Il a conclu que la différence entre les recours selon qu’il s’agissait du prix ou des frais qui étaient contestés signifiait que les termes « prix », « frais » et « conditions » tels qu’ils étaient utilisés dans la définition du tarif avaient des significations différentes et n’étaient pas interchangeables.

[53] L’Office a poursuivi son raisonnement en indiquant que, si l’article 120.1 était destiné à lui permettre d’examiner n’importe quel élément d’un tarif qui n’est pas un prix, le législateur aurait utilisé un libellé plus adapté à cette fin, comme il l’a fait au paragraphe 114(4) de la Loi, qui autorise l’Office à rejeter tout prix ou tarif dans certaines circonstances.

[54] L’Office a donc conclu que le terme « frais » représentait autre chose que le « prix » ou les « conditions » pour le transport des marchandises de l’expéditeur ou pour la prestation de services connexes (décision n° 388, au paragraphe 90).

[55] L’Office a ensuite examiné les obligations d’une compagnie de chemin de fer envers un expéditeur lors du paiement du prix prévu par le tarif. Le paragraphe 113(2) de la Loi prévoit que sur paiement du prix, une compagnie de chemin de fer est tenue de prendre les marchandises au point d’origine, de les transporter et de les livrer au point de destination. L’Office a conclu

incidental services but was payment for the start-to-finish movement of the traffic.

[56] The Agency also found that “terms and conditions” in section 120.1 referred to the obligations, other than the payment of the rate, which a shipper must satisfy “as a condition for the movement of traffic by a railway company”: Decision 388, at paragraph 94. An example of the latter would be the shipper’s obligation to properly label the traffic, as set out in Tarif 8. The Agency concluded from this that “charge” must relate to obligations other than the payment of the rate or the satisfaction of other conditions to be fulfilled by the shipper as a condition for the movement of the traffic.

[57] According to the Agency, a charge is an obligation of a shipper in respect of a specific service to be provided, or specific goods to be provided by the railway company other than the goods and services which are covered by the rate. A charge could include a payment for an optional service requested by the shipper or made necessary as a result of a shipper’s failure to fulfill its obligations under the tariff: Decision 388, at paragraphs 95 and 96. An example of the latter might be demurrage.

[58] The Agency’s view was confirmed by an examination of the provisions of subsection 116(4) of the Act which deals with the Agency’s powers in the event that a railway company does not live up to its level of service obligations. After investigation of a complaint, the Agency may require a railway company to undertake various measures and specify “the maximum charges that may be made” with respect to those measures. The use of the term “charges” in connection with goods or services to be provided to meet the railway company’s level of service obligations is consistent with the use of that term to refer to obligations other than those covered by the rate.

que l’obligation de payer le prix n’était pas liée à des services accessoires ou connexes, mais était le paiement pour le transport complet des marchandises.

[56] L’Office a également conclu que les « conditions » mentionnées à l’article 120.1 désignaient les obligations autres que l’obligation de l’expéditeur de payer le prix que l’expéditeur doit remplir « comme condition pour le transport de marchandises par une compagnie de chemin de fer » (décision n° 388, au paragraphe 94). Un exemple de ce qui précède serait l’obligation de l’expéditeur d’étiqueter les marchandises de façon appropriée, comme le prévoit le tarif 8. L’Office a ainsi conclu que ces « frais » devaient s’entendre d’obligations autres que l’obligation de l’expéditeur de payer le prix ou les obligations devant être remplies par l’expéditeur comme condition pour le transport de marchandises.

[57] Selon l’Office, des frais constituent une obligation d’un expéditeur à l’égard d’un service précis devant être effectué par la compagnie de chemin de fer, ou de marchandises précises devant être fournies par elle, autres que les marchandises ou les services visés par le prix. Des frais pourraient inclure un paiement pour des services facultatifs demandés par l’expéditeur ou des services qui sont nécessaires en raison du défaut de l’expéditeur d’exécuter ses propres obligations aux termes du tarif (décision n° 388, aux paragraphes 95 et 96). Un exemple de ce dernier point pourrait être les droits de stationnement.

[58] Un examen des dispositions du paragraphe 116(4) de la Loi, qui porte sur les pouvoirs de l’Office dans le cas où une compagnie de chemin de fer ne s’acquitte pas de ses obligations en matière de niveau de services, a confirmé l’avis de l’Office. Après avoir mené une enquête à propos d’une plainte, l’Office peut exiger qu’une compagnie de chemin de fer entreprenne diverses mesures et peut préciser « le prix maximal que la compagnie peut exiger » à l’égard de ces mesures (en anglais, « *the maximum charges that may be made* »). L’emploi du terme « *charges* » (prix) dans la version anglaise de la loi en lien avec des biens et des services qui doivent être fournis pour remplir les obligations d’une compagnie de chemin de fer en matière de niveau de services est compatible avec l’emploi de ce terme

[59] Another use of the term “charge” is found in subsection 169.31(1) which deals with final offer arbitration in the context of the negotiation of a confidential contract as to how a railway company will meet its level of service obligations. Subsection 169.31(1) defines the subjects which may be submitted to final offer arbitration, including “whether the railway company may apply a charge” with respect to “operational terms” or “incidental services”. The Agency was of the view that the “operational terms” and “incidental services” were services to be provided or performed by the railway but which were debundled from, and not included in, the rate.

[60] The Agency’s conclusion as a result of this review of the statutory regime was that its interpretation of the term “charge” in section 120.1, as set out in paragraph 57 above, was consistent with the use of that term in the balance of the statutory scheme: Decision 388, at paragraph 102.

[61] The Agency concluded its analysis with a reference to the legislative history of section 120.1. It found that the types of charges that were of primary concern to shippers at the time section 120.1 was introduced were demurrage, car cleaning and car storage. These services were incidental, optional or ancillary to the movement of traffic, and all of them related to specific activities or transactions that had been debundled from, and thereafter not included in, the rate for the movement of goods.

[62] This line of reasoning led the Agency to the following conclusion (Decision 388, at paragraph 104):

In this case, the shipper’s obligation to indemnify, defend and hold harmless found in Item 54 is not linked or related to a specific service to be performed or goods to be supplied by CP, that is, it is not debundled from the rate. Under Item 54, the shipper must undertake to

pour désigner d’autres obligations que celles visées par le mot anglais « *rate* ».

[59] Le paragraphe 169.31(1), qui porte sur l’arbitrage sur l’offre finale dans le cas de la négociation d’un contrat confidentiel relativement à la manière dont une compagnie de chemin de fer s’acquittera de ses obligations en matière de niveau de services, emploie également le terme « frais ». Le paragraphe 169.31(1) précise les sujets qui peuvent être soumis à l’arbitrage sur l’offre finale, notamment « la question de savoir si des frais peuvent être imposés par la compagnie de chemin de fer relativement aux conditions d’exploitation » ou « pour les services » connexes. L’Office était d’avis que les « conditions d’exploitation » et les « services » connexes étaient des services que devait exécuter la compagnie de chemin de fer, mais qui avaient été séparés et qui n’avaient pas été inclus dans le prix.

[60] À la suite de son examen du régime légal, l’Office a conclu que son interprétation du terme « frais » à l’article 120.1, comme l’énonce le paragraphe 57 ci-dessus, était compatible avec l’utilisation de ce terme dans le reste du régime légal (décision n° 388, au paragraphe 102).

[61] L’Office a terminé son analyse en se reportant à l’historique législatif de l’article 120.1. Il a conclu qu’au moment de l’adoption de l’article 120.1, les types de frais qui préoccupaient surtout les expéditeurs étaient les frais de stationnement, de nettoyage et d’entreposage des wagons. Ces services étaient des services connexes, facultatifs ou accessoires au transport de marchandises et tous étaient liés à des activités ou à des transactions précises qui avaient été séparées et, par la suite, n’avaient pas été incluses dans le prix pour le transport de marchandises.

[62] Ce raisonnement a amené l’Office à tirer la conclusion suivante (décision n° 388, au paragraphe 104) :

Dans le cas présent, l’obligation de l’expéditeur [d’indemniser et de dégager de toute responsabilité] qui se trouve dans le paragraphe 54 n’est pas liée à un service précis qui doit être effectué ou à des marchandises qui doivent être fournies par CP, et elle n’est pas séparée

indemnify, defend and hold harmless CP as a condition for the transportation of that shipper's traffic. In return for undertaking that obligation, the shipper only obtains the execution of CP's primary obligation, which is the movement of the traffic. That is to say, the railway company's obligation is incorporated into the rate.

[63] Accordingly, the Agency found that it did not have jurisdiction under section 120.1 to grant the Shippers the remedy they sought, as the obligation to indemnify, defend and hold harmless was not a charge or a term or condition associated with a charge: Decision 388, at paragraph 105.

[64] This conclusion meant that the Agency did not have to undertake an analysis of the reasonableness of item 54. However, in response to an argument by Agrium that it disallow item 54 pursuant to section 26 (which deals with prohibited acts), the Agency restated its position that since item 54 did not relate to "charges" or "associated terms and conditions", it was not prohibited by section 120.1 and, as a result, could not be the subject of an order under section 26.

[65] The Agency concluded Decision 388 by stating that since item 54 contains terms and conditions that limit a railway company's liability to a shipper contrary to subsection 137(1) of the Act, CP was ordered, pursuant to section 26, to refrain from applying item 54 until such time as it was amended to expressly remove any prohibited limitations on CP's liability to shippers.

[66] If I have correctly understood the Agency's decisions, CP can comply by removing the broad limitation and joint liability clauses from item 54. This produces an anomalous result in that while CP will remain liable to the Shippers, they will be bound to indemnify it for all third party liabilities, except those caused by its sole negligence. As a result, the Shippers will have lost the right to claim contribution from CP in the case of joint or contributory negligence.

du prix. En vertu du paragraphe 54, l'expéditeur doit s'engager à [indemniser CP et à la dégager de toute responsabilité] comme condition du transport des marchandises de cet expéditeur. En retour de cet engagement, l'expéditeur obtient seulement l'exécution de l'obligation principale de CP, qui est le transport des marchandises. Ce qui revient à dire que l'obligation de la compagnie de chemin de fer est incluse dans le prix.

[63] Ainsi, l'Office a conclu qu'il n'avait pas, au titre de l'article 120.1, la compétence pour accorder la réparation demandée par les expéditeurs, puisque l'obligation d'indemniser et de dégager de toute responsabilité ne constituait pas des frais ni une condition liée à des frais (décision n° 388, au paragraphe 105).

[64] Cette conclusion signifiait que l'Office n'était pas tenu d'entreprendre une analyse du caractère raisonnable du paragraphe 54. Toutefois, en réponse à un argument présenté par Agrium qui demandait de radier le paragraphe 54 au titre de l'article 26 (qui traite des actes interdits), l'Office a répété sa conclusion portant que, puisque le paragraphe 54 ne se rapportait pas à des « frais » ni à des « conditions afférentes », il n'était pas interdit par l'article 120.1 et, par conséquent, il ne pouvait faire l'objet d'une ordonnance aux termes de l'article 26.

[65] L'Office a conclu la décision n° 388 en déclarant que, puisque le paragraphe 54 renfermait des conditions qui limitaient la responsabilité d'une compagnie de chemin de fer envers un expéditeur, lesquelles conditions étaient interdites par le paragraphe 137(1) de la Loi, il ordonnait à CP, en vertu de l'article 26, de ne pas appliquer le paragraphe 54 tant que celui-ci n'aurait pas été modifié pour retirer expressément les limites de responsabilité interdites de CP envers un expéditeur.

[66] Si j'ai bien compris les décisions de l'Office, CP peut se conformer à celles-ci en retirant les dispositions sur la limitation générale et sur la responsabilité conjointe du paragraphe 54. Cela entraîne une anomalie : alors que CP demeurera responsable envers les expéditeurs, ces derniers seront tenus de l'indemniser de toute responsabilité envers les tiers, à l'exception de celle causée par sa seule négligence. Par conséquent, les expéditeurs auront perdu le droit de réclamer une

contribution de CP dans le cas de négligence conjointe ou concourante.

IV. THE ISSUES IN THE APPEALS

[67] CP appeals from the order requiring it to refrain from applying item 54 until the offending provisions are removed. The Shippers appeal from the Agency's interpretation of section 120.1.

[68] The first step in the analysis is to determine the proper standard of review. In this case, there are two standards of review to be considered. The first concerns the Agency's interpretation of subsection 137(1) and its application to item 54. The second relates to the Agency's analysis of section 120.1.

[69] Given that both of the decisions under appeal are solely questions of interpretation, the ultimate issue is whether the Agency's interpretations are consistent with the relevant standard of review.

V. THE STANDARD OF REVIEW

[70] What is the standard of review with respect to the Agency's interpretation of subsection 137(1) and its application to item 54?

[71] The interpretation by a tribunal of "its own statute, or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity" should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review": see *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*), at paragraph 34. However, this presumption is rebuttable by a contextual analysis such as that undertaken in *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 (*Rogers*), where it was held that the correctness standard applied

IV. LES QUESTIONS EN LITIGE DANS LES APPELS

[67] CP interjette appel à l'encontre de l'ordonnance de ne pas appliquer le paragraphe 54 jusqu'à ce que les dispositions en cause soient retirées. Les expéditeurs interjettent appel à l'encontre de l'interprétation que l'Office a donnée à l'article 120.1.

[68] La première étape de l'analyse consiste à établir la norme de contrôle applicable. En l'espèce, deux normes de contrôle doivent être examinées. La première norme vise l'interprétation que l'Office a donnée au paragraphe 137(1) et son application au paragraphe 54. La deuxième norme vise l'analyse de l'article 120.1 effectuée par l'Office.

[69] Étant donné que les deux décisions faisant l'objet de l'appel portent exclusivement sur des questions d'interprétation, la question fondamentale est de savoir si les interprétations de l'Office sont compatibles avec la norme de contrôle applicable.

V. LA NORME DE CONTRÔLE

[70] Quelle est la norme de contrôle applicable à l'interprétation de l'Office relative au paragraphe 137(1) et à son application au paragraphe 54?

[71] L'interprétation par un tribunal administratif « de "sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie" est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (voir *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*), au paragraphe 34). Cette présomption peut cependant être réfutée au moyen d'une analyse contextuelle comme celle entreprise dans l'arrêt *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers*). Dans cet

in the presence of a statutory scheme under which both an administrative tribunal and the courts have concurrent jurisdiction at first instance in interpreting the relevant statute: see *Rogers*, at paragraphs 13–15.

[72] The decision in *Rogers* was preceded by at least two decisions which employed the same reasoning. In *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2002 FCA 166, [2002] 4 F.C. 3 (*Tariff 22*), Evans J.A. conducted a pragmatic and functional analysis to determine the standard of review of the Copyright Board's interpretations of its home statute. In considering the contextual factors, Evans J.A. noted that the Board did not have exclusive jurisdiction to decide what constituted copyright infringement since that question also arose before the courts: see *Tariff 22*, at paragraphs 84–87. In the end, Evans J.A. considered that the presence of concurrent jurisdiction tipped the balance in favour of the correctness standard for the review of the Copyright Board's interpretation of what constituted copyright infringement because in cases of concurrent jurisdiction (and by extension, equal expertise) "judicial deference is unlikely to serve the interests of consistency, adjudicative efficiency and economy": see *Tariff 22*, at paragraph 104.

[73] On appeal to the Supreme Court (*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (*CAIP*)), Evans J.A.'s position on the appropriate standard of review was confirmed in three short paragraphs: see *CAIP*, at paragraphs 48–50. The Court distinguished between questions of infringement, which routinely arise in proceedings before the courts, and the working out of an appropriate tariff which lies at the core of the Copyright Board's mandate: see *CAIP*, at paragraph 49.

arrêt, la Cour suprême du Canada a conclu que la norme de la décision correcte s'appliquait en présence d'un régime légal au titre duquel un tribunal administratif et les cours de justice avaient tous deux compétence en première instance pour interpréter la loi pertinente (voir *Rogers*, aux paragraphes 13 à 15).

[72] L'arrêt *Rogers* a été précédé d'au moins deux arrêts qui ont appliqué le même raisonnement. Dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2002 CAF 166, [2002] 4 C.F. 3 (*Tarif 22*), le juge Evans a entrepris une analyse pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable aux interprétations de la Commission du droit d'auteur relatives à sa loi constitutive. Lorsqu'il a examiné les facteurs contextuels, le juge Evans a souligné que la Commission n'avait pas une compétence exclusive pour se prononcer sur ce qui constituait une violation du droit d'auteur, puisque cette question pouvait aussi être en cause devant les tribunaux judiciaires (voir *Tarif 22*, aux paragraphes 84 à 87). Au bout du compte, le juge Evans a estimé que l'existence d'une compétence concurrente faisait pencher la balance en faveur de la norme de la décision correcte pour le contrôle de l'interprétation que donnait la Commission du droit d'auteur à ce qui constituait une violation du droit d'auteur parce que, dans les cas de compétence concurrente (et, par extension, de compétence égale), « il est peu probable que la réserve judiciaire favorise l'uniformité de même que l'efficacité et l'économie des ressources judiciaires » (voir *Tarif 22*, au paragraphe 104).

[73] Dans le pourvoi à la Cour suprême (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (*ACFI*)), la position du juge Evans concernant la norme de contrôle applicable a été confirmée dans trois courts paragraphes (voir *ACFI*, aux paragraphes 48 à 50). La Cour a établi une distinction entre les questions de violation du droit d'auteur, qui relèvent souvent des cours de justice, et la mise au point d'un tarif de redevances approprié, laquelle est au cœur du mandat de la Commission du droit d'auteur (voir *ACFI*, au paragraphe 49).

[74] Both *Tariff 22* and *CAIP* are pre-*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), but they come within the *Dunsmuir* precept that where the standard of review has been determined in a satisfactory manner, it is not necessary to resort to the standard of review analysis. Since *Dunsmuir*, *CAIP* was quoted with approval in *Rogers*, and *Rogers* was itself cited with approval in *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 (*McLean*), at paragraphs 22–24, and more recently applied in *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at paragraph 35.

[75] From this I conclude that the presence of concurrent jurisdiction with respect to a given question by both a tribunal and the courts is a significant, if not a decisive factor in favour of the correctness standard with respect to the tribunal's treatment of that question.

[76] In this case, the Agency and the Court have concurrent jurisdiction over the interpretation of subsection 137(1) and a limitation of liability provision whose enforceability or lawfulness is challenged. These questions come before the Agency, as they did in this case, by way of an application to have the Agency set aside a term or condition of a tariff on the ground that it is prohibited by subsection 137(1).

[77] On the other hand, any attempt by a railway company to enforce the terms of a tariff item against either a shipper or a third party will be decided by the courts: see *Canadian National Railway Co. v. Neptune Bulk Terminals (Canada) Ltd.*, 2006 BCSC 1073, 60 B.C.L.R. (4th) 96 (*Neptune Bulk Terminals*), where the issue was the enforcement of a term of a tariff against an entity which was not a party to the contract of carriage; *Mitsubishi Heavy Industries Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169, where one of the questions to be decided was the identity of the shipper for the purposes of subsection 137(1); *Alstom Canada Inc. v. Canadian National Railway Co.*, 2008 FC 1311, in which a question arose

[74] Les arrêts *Tarif 22* et *ACFI* ont tous deux été rendus avant l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), mais sont conformes à la règle énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir* selon laquelle il n'est pas nécessaire d'entreprendre l'analyse relative à la norme de contrôle dans les cas où la norme de contrôle a été déterminée d'une manière satisfaisante. Depuis l'arrêt *Dunsmuir*, l'arrêt *ACFI* a été cité et approuvé dans l'arrêt *Rogers*, et l'arrêt *Rogers* a lui-même été cité et approuvé dans l'arrêt *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 (*McLean*), aux paragraphes 22 à 24, et il a été plus récemment appliqué dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, au paragraphe 35.

[75] Je conclus de ce qui précède que l'existence d'une compétence concurrente d'un tribunal administratif et des cours de justice à l'égard d'une question donnée est un facteur important, sinon déterminant, en faveur de la norme de la décision correcte en ce qui a trait au traitement de cette question par le tribunal administratif.

[76] En l'espèce, l'Office et la Cour ont une compétence concurrente à l'égard de l'interprétation du paragraphe 137(1) et d'une disposition de limitation de responsabilité dont l'applicabilité ou la légalité est contestée. Ces questions sont présentées à l'Office, comme c'était le cas en l'espèce, au moyen d'une demande sollicitant l'annulation d'une modalité d'un tarif au motif qu'elle est interdite par le paragraphe 137(1).

[77] Par contre, les cours de justice se prononceront sur toute tentative par une compagnie de chemin de fer d'appliquer les modalités d'un tarif à l'encontre d'un expéditeur ou d'un tiers. Voir *Canadian National Railway Co. c. Neptune Bulk Terminals (Canada) Ltd.*, 2006 BCSC 1073, 60 B.C.L.R. (4th) 96 (*Neptune Bulk Terminals*), dans lequel la question en litige était l'applicabilité d'une modalité d'un tarif à une entité qui n'était pas partie au contrat de transport, *Mitsubishi Heavy Industries Ltd. c. Canadian National Railway Co.*, 2012 BCSC 1415, 38 B.C.L.R. (5th) 169, dans lequel une des questions à trancher était l'identité de l'expéditeur aux fins du paragraphe 137(1), et *Alstom Canada Inc. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*,

as to enforceability of a limitation of liability in light of subsection 137(1).

[78] Since the standard of review of the Court's decision on the interpretation of subsection 137(1) is correctness, per *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8, the standard of review of a tribunal's interpretation of the same provision must also be correctness for the reasons set out in *Rogers*, at paragraph 14:

It would be inconsistent for the court to review a legal question on judicial review of a decision of the Board on a deferential standard and decide exactly the same legal question *de novo* if it arose in an infringement action in the court at first instance. It would be equally inconsistent if on appeal from a judicial review, the appeal court were to approach a legal question decided by the Board on a deferential standard, but adopt a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question.

[79] In this case, the logic is the same. It would make no sense to review the Agency's interpretation of subsection 137(1) on a deferential standard on judicial review and then to review the same question on the standard of correctness when it arises in the course of an appeal from a decision of a court. For that reason, the standard of review of the Agency's interpretations of subsection 137(1) is correctness.

[80] While item 54 is not part of the Agency's home statute, it could be argued that as a component of a tariff, it comes within the Agency's particular expertise. Against this is the fact that, like subsection 137(1), questions related to limitations of liability will arise at first instance both before the courts and the Agency for the reasons set out with respect to subsection 137(1). For the same reasons as set out in relation to subsection 137(1), I find that the standard of review of the Agency's interpretation of item 54 is correctness.

2008 CF 1311, dans lequel une question visait le caractère exécutoire d'une limitation de responsabilité en raison du paragraphe 137(1).

[78] Puisque la norme de contrôle de la Cour relative à l'interprétation du paragraphe 137(1) est la norme de la décision correcte, suivant l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8, la norme de contrôle de l'interprétation de la même disposition par un tribunal administratif doit également être la norme de la décision correcte, pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Rogers*, au paragraphe 14 :

Il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit selon une norme déferente, mais d'examiner *de novo* la décision d'une cour de justice rendue en première instance sur le même point de droit dans le cadre d'une action pour violation du droit d'auteur. Il serait tout aussi incohérent que, saisie d'un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d'appel fasse preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission sur un point de droit, mais applique la norme de la décision correcte à la décision d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit.

[79] En l'espèce, le raisonnement est le même. Il serait illogique d'examiner l'interprétation du paragraphe 137(1) faite par l'Office suivant une norme de contrôle judiciaire faisant appel à la déférence, pour ensuite examiner la même question selon la norme de la décision correcte lorsqu'elle survient lors d'un appel d'une décision d'une cour de justice. Pour ce motif, la norme de contrôle des interprétations de l'Office du paragraphe 137(1) est la norme de la décision correcte.

[80] Bien que le paragraphe 54 ne fasse pas partie de la loi constitutive de l'Office, il est possible de soutenir qu'à titre de composante d'un tarif, il relève de l'expertise particulière de l'Office. En contrepois est le fait que, comme dans le cas du paragraphe 137(1), des questions concernant les limitations de responsabilité seront soulevées en première instance à la fois devant les cours de justice et devant l'Office, pour les motifs énoncés à l'égard du paragraphe 137(1). Pour les mêmes motifs que ceux énoncés relativement au paragraphe 137(1), je conclus que la norme de contrôle applicable à l'interprétation de l'Office du paragraphe 54 est la norme de la décision correcte.

[81] The standard of review applicable to the Agency's interpretation of section 120.1 is a straight-forward application of the presumption of reasonableness. None of the factors mentioned in *McLean*, cited above, at paragraphs 21 and 22, are present so as to rebut the presumption. Section 120.1 does not raise a constitutional question or one of general importance to the legal system. Furthermore, its interpretation is not a matter with respect to which both the courts and the Agency have concurrent original jurisdiction. The standard of review of the Agency's interpretation of section 120.1 is therefore reasonableness, as is its application of section 120.1 to the facts of this case.

VI. THE INTERPRETATION OF SUBSECTION 137(1)

[82] CP attacks the Agency's interpretation of subsection 137(1) on the basis that the Agency has given it too broad a scope. According to CP, this provision was intended to deal only with limitations on a railway company's common carrier and statutory liabilities. In its memorandum, CP lays out the history of common carrier obligations and liabilities and their subsequent codification in section 113 of the Act and section 4 of the *Railway Traffic Liability Regulations*. According to CP, subsection 137(1) exists to prevent railway companies from contracting out of these liabilities without the express written consent of the shipper.

[83] CP attacks the Agency's decision with respect to the interpretation of subsection 137(1) as it is expressed in Decision 202. As pointed out earlier, there is a difference on this point between Decision 202 and Decision 388.

[84] The Agency expressed its conclusion as to the scope of subsection 137(1) in Decision 202 and again in Decision 388. There is a difference between the two

[81] La norme de contrôle applicable à l'interprétation de l'Office de l'article 120.1 est la simple application de la présomption de la norme du caractère raisonnable. Aucun des facteurs mentionnés dans l'arrêt *McLean*, précité, aux paragraphes 21 et 22, n'est présent de manière à réfuter la présomption. L'article 120.1 ne soulève pas une question constitutionnelle ou une question ayant une importance générale pour le système juridique. De plus, l'interprétation de l'article 120.1 n'est pas une question à l'égard de laquelle les cours de justice et l'Office ont tous deux une compétence concurrente en première instance. La norme de contrôle de l'interprétation par l'Office de l'article 120.1 est par conséquent la norme de la décision raisonnable, tout comme pour l'application par l'Office de l'article 120.1 aux faits de l'espèce.

VI. L'INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 137(1)

[82] CP conteste l'interprétation faite par l'Office du paragraphe 137(1), au motif que l'Office lui a attribué une portée trop vaste. Selon CP, cette disposition ne visait qu'à traiter des limitations des responsabilités d'une compagnie de chemin de fer à titre de transporteur public et en vertu de la loi. Dans son mémoire, CP présente l'historique des obligations et des responsabilités des transporteurs publics et de leur codification ultérieure dans l'article 113 de la Loi et l'article 4 du *Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises*. Selon CP, le paragraphe 137(1) existe pour empêcher les compagnies de chemin de fer de se décharger de ces responsabilités sans avoir obtenu par écrit le consentement exprès de l'expéditeur.

[83] CP conteste la décision de l'Office relativement à l'interprétation du paragraphe 137(1) telle qu'elle est exprimée dans la décision n° 202. Comme je l'ai souligné plus tôt, il existe une différence sur ce point entre la décision n° 202 et la décision n° 388.

[84] L'Office a tiré sa conclusion quant à la portée du paragraphe 137(1) dans la décision n° 202 et à nouveau dans la décision n° 388. Il existe une différence entre les

positions. At paragraph 76 of Decision 202, the Agency held that:

The Agency finds that subsection 137(1) of the CTA prohibits a railway company from limiting or restricting its liability to a shipper in respect of any liability that is caused by, arising from, or associated in any way with the movement of traffic, unless there is a written agreement or as provided for in regulations promulgated pursuant to subsection 137(2) of the CTA.

[85] At paragraph 39 of Decision 388, the Agency described the tenor of subsection 137(1) in the following terms:

Subsection 137(1) of the CTA does not deal with all aspects of liability that may be related to the movement of traffic. It is specific to the railway company's limitation of liability to a shipper. In other words, subsection 137(1) only prevents the railway company from limiting the amount it may owe to a shipper as a result of an event that occurred in relation to the movement of the shipper's traffic which caused damages to that shipper.

[86] The difference between the two texts is that in Decision 202, the Agency found that subsection 137(1) prohibited a railway company from limiting its liability to a shipper for any liability which arose or was associated in any way with the carriage of the shipper's goods while in Decision 388, the Agency held that subsection 137(1) only prevents a railway company from limiting its liability to a shipper for any amount it may owe to a shipper as a result of the carriage of the shipper's goods which caused a loss to the shipper.

[87] In Decision 388, the Agency went on to consider the not-unlikely scenario of a claim against the shipper by a third party (Decision 388, at paragraph 39):

... If the railway company imposes obligations on the shipper in relation to a claim against the railway company from a third party, it is not captured under section 137, and nothing in subsection 137(1) would prevent the railway company from imposing terms and conditions on a

deux positions. Au paragraphe 76 de la décision n° 202, l'Office a conclu ainsi :

L'Office conclut que le paragraphe 137(1) de la LTC interdit aux compagnies de chemin de fer de limiter leur responsabilité envers les expéditeurs à l'égard de tout préjudice qui est attribuable au transport de marchandises ou qui en découle, ou qui y est associé de quelque façon que ce soit, à moins qu'un accord écrit n'ait été conclu en ce sens ou qu'il n'en soit prévu dans un règlement pris en application du paragraphe 137(2) de la LTC.

[85] Au paragraphe 39 de la décision n° 388, l'Office a décrit ainsi le sens du paragraphe 137(1) :

Le paragraphe 137(1) de la LTC ne porte pas sur tous les aspects de la responsabilité pouvant être liés au transport de marchandises. Il ne porte que sur la limitation de la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers un expéditeur. Autrement dit, le paragraphe 137(1) ne fait qu'empêcher la compagnie de chemin de fer de limiter le montant qu'elle peut devoir à un expéditeur à la suite d'un événement survenu en lien avec le transport de marchandises de l'expéditeur au cours duquel des dommages ont été causés à l'expéditeur.

[86] Les deux textes comportent une différence. Dans la décision n° 202, l'Office a conclu que le paragraphe 137(1) interdisait à une compagnie de chemin de fer de limiter sa responsabilité envers un expéditeur à l'égard de tout préjudice qui découle du transport de marchandises ou qui y est associé de quelque façon que ce soit. Dans la décision n° 388, l'Office a conclu que le paragraphe 137(1) ne faisait qu'empêcher une compagnie de chemin de fer de limiter sa responsabilité envers un expéditeur à l'égard d'un montant qu'elle peut lui devoir à la suite du transport de marchandises de l'expéditeur qui a causé un préjudice à l'expéditeur.

[87] Dans la décision n° 388, l'Office a par la suite examiné la situation parfaitement réaliste d'une réclamation présentée par un tiers à l'encontre de l'expéditeur (décision n° 388, au paragraphe 39) :

[...] Les cas où la compagnie de chemin de fer impose des obligations à l'expéditeur relativement à une réclamation présentée contre elle par un tiers ne sont pas visés par l'article 137; et rien dans le paragraphe 137(1) n'empêche la compagnie de chemin de fer d'imposer à l'expéditeur

shipper to limit or attenuate the financial impact those third party liabilities will have on the railway company.

[88] The position advanced in Decision 388 appears to closely resemble CP's position. That said, the question is whether such a restrictive reading of subsection 137(1) is justified.

[89] A shipper may have a claim against the railway company where damage is caused to a third party, in whole or in part, by the railway company's negligence, and the third party seeks to recover its losses from the shipper. In such a case, the shipper would have a claim against the railway company under provincial contributory negligence law for that portion of the loss caused by the railway company's fault. Any limitation of the railway company's liability to the shipper for its portion of that loss would come within the words "limit or restrict its liability to a shipper" and would be caught by the plain meaning of subsection 137(1).

[90] Is there any reason, either in the purpose of the legislation or the statutory context, to deviate from the plain meaning? CP argues that section 137 codified the common law liabilities of railway to a shipper: CP's memorandum of fact and law, at paragraph 54. With respect, I fail to see how this could be so.

[91] Subsection 137(1) does not codify a railway company's common carrier liabilities. Rather, it restricts a railway company's ability to limit its liability to a shipper, without purporting to define those liabilities.

[92] At first glance, CP may appear to be on firmer ground when it argues that the liabilities which are the subject of subsection 137(1) are those set out in section 4 of the *Railway Traffic Liability Regulations*. Subsection 137(2) provides that:

[...] des conditions visant à limiter ou à atténuer les répercussions financières que ces responsabilités envers les tiers auront sur la compagnie de chemin de fer.

[88] La conclusion présentée dans la décision n° 388 semble ressembler étroitement à la position de CP. Cela dit, la question est de savoir si une interprétation aussi restrictive du paragraphe 137(1) est justifiée.

[89] Un expéditeur peut avoir une réclamation contre une compagnie de chemin de fer dans le cas où un préjudice est causé à un tiers, en tout ou en partie, par la négligence de la compagnie de chemin de fer et où le tiers cherche à recouvrer ses pertes de l'expéditeur. Dans un tel cas, l'expéditeur aurait une réclamation à l'encontre de la compagnie de chemin de fer selon la règle de la négligence concourante du droit provincial pour la part de la perte causée par la faute de la compagnie de chemin de fer. Toute limitation de la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers l'expéditeur pour sa part de cette perte serait visée par les mots « limiter sa responsabilité envers un expéditeur » et tomberait sous le coup du sens ordinaire des mots du paragraphe 137(1).

[90] Existe-t-il une raison, soit dans l'objet de la loi, soit dans le contexte légal, de s'écarter du sens ordinaire des mots? CP soutient que l'article 137 codifiait les responsabilités d'une compagnie de chemin de fer envers un expéditeur en common law (mémoire des faits et du droit de CP, au paragraphe 54). Avec égards, je ne vois pas comment il pourrait en être ainsi.

[91] Le paragraphe 137(1) ne codifie pas les obligations d'une compagnie de chemin de fer à titre de transporteur public. Il restreint plutôt la capacité d'une compagnie de chemin de fer de limiter sa responsabilité envers un expéditeur, sans vouloir définir ces obligations.

[92] À première vue, la thèse de CP peut sembler plus solide lorsque celle-ci soutient que les obligations visées par le paragraphe 137(1) sont celles énoncées à l'article 4 du *Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises*. Le paragraphe 137(2) est rédigé ainsi :

137

No agreement

(2) If there is no agreement, the railway company's liability to the shipper in respect of a loss of or damage to a shipper's traffic in the company's possession or for any delay in its movement shall be dealt with between the company and the shipper,

(a) on the application of the company, by the Agency; or

(b) if there is no application or, if there is an application but the Agency does not specify any terms or conditions with respect to the matter, in the manner set out in the regulations.

[93] Section 4 of the *Railway Traffic Liability Regulations* results from the Agency's exercise of the power conferred on it by subsection 137(2). It applies in a case such as this where there is no agreement. But a careful reading of section 4 makes it clear that it deals only with the railway company's liability to a shipper for loss or damage to the shipper's traffic. Section 4 is silent on a railway company's obligations with respect to damage to third parties. That liability is recognized in sections 92 to 94 of the Act and the *Railway Third Party Liability Insurance Coverage Regulations*, SOR/96-337. But these regulations do not support the position advanced by CP because subsection 137(2) deals with the railway company's liability to the shipper for loss or damage to the latter's goods. The *Railway Third Party Liability Insurance Coverage Regulations*, on the other hand, deal with a railway company's liability to third parties and insurance to cover those losses. This is outside the field of subsection 137(1)'s operation.

[94] As a result, I do not agree with the position taken by CP, and by the Agency at paragraph 39 of Decision 388, quoted above, to the extent that the Agency appears to allow a railway company to limit its liability for its joint, concurrent or contributory negligence other than as provided in subsection 137(1).

137 [...]

Aucun accord

(2) En l'absence d'un tel accord, le traitement, entre eux, de la question de la responsabilité de la compagnie de chemin de fer, à l'égard de l'expéditeur, relativement aux pertes et aux dommages de marchandises de celui-ci qui sont en la possession de la compagnie ainsi qu'aux retards liés à leur transport est régi :

a) par l'Office, si la compagnie présente une demande;

b) selon les modalités prévues par règlement, si la compagnie ne présente pas de demande ou si elle en présente une et que l'Office ne fixe aucune condition quant au traitement de cette question.

[93] L'article 4 du *Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises* découle de l'exercice par l'Office du pouvoir que lui confère le paragraphe 137(2). Il s'applique dans un cas comme celui-ci où il n'y a pas d'accord. Toutefois, une lecture attentive de l'article 4 indique clairement qu'il ne vise que la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers un expéditeur, quant aux marchandises, pour les pertes et les dommages. L'article 4 est muet quant aux obligations d'une compagnie de chemin de fer en ce qui a trait au préjudice subi par un tiers. Cette responsabilité est reconnue aux articles 92 à 94 de la Loi et dans le *Règlement sur l'assurance responsabilité civile relative aux chemins de fer*, DORS/96-337. Mais ce règlement n'appuie pas la thèse de CP, parce que le paragraphe 137(2) vise la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers l'expéditeur, quant aux marchandises, pour les pertes et les dommages. Pour sa part, le *Règlement sur l'assurance responsabilité civile relative aux chemins de fer* porte sur la responsabilité d'une compagnie de chemin de fer envers des tiers et sur l'assurance pour couvrir ces pertes. Cela se situe à l'extérieur du champ d'application du paragraphe 137(1).

[94] Par conséquent, je ne souscris pas à la thèse de CP, ni à celle adoptée par l'Office au paragraphe 39 de la décision n° 388, cité plus haut, lorsque l'Office semble autoriser une compagnie de chemin de fer à limiter sa responsabilité à l'égard de sa négligence conjointe ou concourante autrement que de la manière prévue au paragraphe 137(1).

[95] As part of its analysis, the Agency identified the statutory purpose of subsection 137(1) as the protection of shippers from being subject to a limitation of liability without having full knowledge and appreciation for the terms of such a limitation: see Decision 202, at paragraph 67. With respect, the reason that railway tariffs are required to be published and made available to anyone who requests a copy is so that the shippers can see what the railway company proposes as a rate or the terms and conditions of carriage: subsections 117(1), (2), and (4) of the Act. This is a public notice function. On the other hand, the objective sought by subsection 137(1) is not to inform shippers but to give them leverage in negotiating the terms of any limitation of liability.

[96] The Agency's analysis of the statutory regime led it to conclude that section 137 existed to protect shippers from unauthorized transfers of liability. It reasoned that this purpose could not be achieved by restricting subsection 137(1)'s operation to liability arising from loss or damage to the shipper's goods. As a result, the Agency concluded that the objectives of the statutory regime, including the encouragement of commercial negotiations, were met by an inclusive definition of the scope of subsection 137(1).

[97] One can accept the Agency's conclusion that the statutory regime seeks to encourage commercial negotiations without accepting the Agency's view of the scope of subsection 137(1). Railway companies are subject to common carrier obligations which require them to accept for carriage the goods of any person who pays the rate: subsections 113(1) and (2) of the Act. As a result, railway companies do not have the option of declining traffic which represents an unacceptable exposure to liability. This obligation is necessary for the simple reason that an efficient economic system cannot depend upon the vagaries of the good will of those who control the means of transporting goods to market.

[98] But not all goods present the same risks for railway companies. The transportation of dry bulk commodities such as coal or wheat represents a different

[95] Dans son analyse, l'Office a précisé l'objectif du paragraphe 137(1) comme étant celui de protéger les expéditeurs d'une limitation de la responsabilité sans vraiment comprendre et connaître les conditions de cette limitation (voir la décision n° 202, au paragraphe 67). Avec égards, la publication des tarifs des compagnies de chemin de fer et leur accessibilité à quiconque en demande une copie sont exigées pour que les expéditeurs puissent voir le prix et les conditions de transport que propose la compagnie de chemin de fer (paragraphe 117(1), (2) et (4) de la Loi). Cela sert d'avis public. Par ailleurs, l'objectif poursuivi par le paragraphe 137(1) n'est pas d'informer les expéditeurs, mais de leur donner des moyens lors de la négociation de toute limitation de responsabilité.

[96] L'analyse du régime légal entreprise par l'Office l'a amené à conclure que l'article 137 visait à protéger les expéditeurs des transferts de responsabilité non autorisés. Selon l'Office, cet objet ne pouvait être atteint en limitant l'application du paragraphe 137(1) à la responsabilité découlant des pertes ou des préjudices causés aux marchandises de l'expéditeur. L'Office a donc conclu qu'une interprétation inclusive de la portée du paragraphe 137(1) permettait d'atteindre les objectifs du régime légal, y compris la promotion des négociations commerciales.

[97] Il est possible d'accepter la conclusion de l'Office selon laquelle le régime légal cherche à promouvoir les négociations commerciales sans accepter son opinion sur la portée du paragraphe 137(1). Les compagnies de chemin de fer sont assujetties aux obligations des transporteurs publics qui leur imposent d'accepter le transport des marchandises de quiconque en paie le prix (paragraphe 113(1) et (2) de la Loi). Ainsi, les compagnies de chemin de fer n'ont pas le choix de refuser des marchandises qui présentent un risque inacceptable en matière de responsabilité. Cette obligation est nécessaire pour la simple raison qu'un système économique efficace ne peut reposer sur les caprices de la bonne volonté de ceux qui contrôlent les moyens de transport des marchandises vers les différents marchés.

[98] Toutes les marchandises ne présentent toutefois pas les mêmes risques pour les compagnies de chemin de fer. Le transport de marchandises sèches en vrac

level of risk than does the transportation of bulk industrial chemicals which in turn presents a different risk that does the transportation of finished manufactured goods. Railway companies have an obvious interest in limiting their exposure to the risks inherent in transporting certain kinds of goods. One of the ways in which they can limit their exposure is through the use of limitation clauses in their tariffs.

[99] Left unchecked, the power to set terms by the use of tariffs would leave the shippers of certain types of traffic at the mercy of the railway company. Subsection 137(1) is the means by which Parliament has chosen to strike a balance between the interests of the railway companies and shippers and to favour the negotiation of commercial agreements between shippers and railway companies.

[100] Requiring the shipper's signature (however defined) on contracts of carriage which limit the railway company's liability to shippers is, in effect, a way of forcing railway companies to either negotiate limitations of liabilities with shippers or to draft their limitation of liability clauses in such a way that they do not need to be signed to be enforceable. If the railway company chooses to limit its liability narrowly, so that it is not caught by subsection 137(1), then the limitation of liability clause is likely to be more balanced, which is to the advantage of the shipper. As we shall see when we examine item 54, it appears that CP has chosen the second option.

[101] To summarize, I conclude that subsection 137(1) constrains a railway company's ability to limit its liability to a shipper for loss of or damage to, or late delivery of, the shipper's goods. Subsection 137(1) also applies to limitations on the shipper's right to claim over against the railway company for losses suffered by a third party caused, in whole or in part, by the railway company's negligence.

comme le charbon ou le blé présente un niveau de risque différent de celui du transport de produits chimiques industriels en vrac qui, à son tour, présente un niveau de risque différent de celui du transport d'articles manufacturés finis. Les compagnies de chemin de fer ont un intérêt manifeste à limiter leur exposition aux risques inhérents au transport de certains types de marchandises. Un des moyens dont elles disposent pour limiter leur exposition est le recours aux clauses de limitation de responsabilité dans leurs tarifs.

[99] En l'absence de contrôle, le pouvoir de fixer des modalités au moyen des tarifs ferait en sorte que des expéditeurs de certains types de marchandises seraient à la merci des compagnies de chemin de fer. Le paragraphe 137(1) est le moyen que le législateur a choisi pour établir un équilibre entre les intérêts des compagnies de chemin de fer et ceux des expéditeurs ainsi que pour promouvoir la négociation d'accords commerciaux entre expéditeurs et compagnies de chemin de fer.

[100] Exiger que l'expéditeur signe (de quelque façon que ce soit) les contrats de transport qui limitent la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers l'expéditeur est, en fait, un moyen de forcer les compagnies de chemin de fer à négocier les limitations de responsabilité avec les expéditeurs ou à rédiger leurs clauses de limitation de responsabilité de manière à ce qu'il ne soit pas nécessaire de les signer pour qu'elles soient exécutoires. Si la compagnie de chemin de fer choisit de limiter sa responsabilité de façon étroite, de manière à ne pas être visée par le paragraphe 137(1), la clause de limitation de la responsabilité sera vraisemblablement plus équilibrée, ce qui est à l'avantage de l'expéditeur. Comme nous le verrons lors de l'examen du paragraphe 54, CP semble avoir choisi ce second moyen.

[101] En résumé, je conclus que le paragraphe 137(1) restreint la capacité d'une compagnie de chemin de fer de limiter sa responsabilité envers un expéditeur, quant aux marchandises, pour les pertes et les dommages, ainsi que pour les retards. Le paragraphe 137(1) s'applique également aux limitations du droit de l'expéditeur de mettre en cause la compagnie de chemin de fer pour le préjudice à un tiers qui découle en totalité ou en partie de la négligence de la compagnie de chemin de fer.

VII. THE INTERPRETATION OF ITEM 54

[102] Before embarking on the interpretation of item 54, I wish to address an issue which underlies the present application to which neither the parties nor the Agency appear to have addressed their minds. If item 54 contains terms which would otherwise limit or restrict CP's liability to shippers, the parties and the Agency appear to have assumed that item 54 would be enforceable according to its terms against the Shippers, a state of affairs which requires the Agency to intervene. However, the plain words of subsection 137(1) make it clear that item 54 cannot be enforceable against shippers unless it is contained in a signed contract.

[103] To that extent, the Shippers are not subject to a limitation or restriction of liability by the mere publication of item 54 in Tariff 8 or the incorporation by reference of its terms into an unsigned contract of carriage entered into by a course of conduct, such as requesting transportation services from CP. As a result, whether or not item 54, in its present form, is removed from Tariff 8 will have no impact on the Shippers, unless it has been incorporated into a signed contract of carriage.

[104] Turning now to the interpretation of item 54, as a general proposition, it is both an error of law and unreasonable to construe a legal instrument without considering it as a whole and giving meaning to all of its terms: see *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at paragraph 64; *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, at paragraph 36; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at paragraph 63; *Tower v. M.N.R.*, 2003 FCA 307, [2004] 1 F.C.R. 183, at paragraphs 15 and 16.

[105] As a starting step, it is perhaps useful to provide an overview of item 54 as an aid to its interpretation. Broadly speaking, item 54 consists of three elements: (a) a broad limitation of liability in favour of CP (the Broad Limitation) and a general obligation to indemnify, defend and hold harmless by the shipper (the General Obligation to Indemnify); (b) a specific limitation and

VII. L'INTERPRÉTATION DU PARAGRAPHE 54

[102] Avant d'entreprendre l'interprétation du paragraphe 54, je désire traiter d'une question sous-jacente à la présente demande, sur laquelle aucune des parties ni l'Office ne semblent s'être penchés. Si le paragraphe 54 comprend des modalités qui limitaient la responsabilité de CP envers les expéditeurs, les parties et l'Office semblent avoir supposé que le paragraphe 54 serait exécutoire conformément à ses modalités contre les expéditeurs, une situation qui requiert l'intervention de l'Office. Il ressort toutefois clairement du sens ordinaire des mots du paragraphe 137(1) que le paragraphe 54 ne peut être exécutoire contre les expéditeurs, à moins qu'un contrat signé ne le contienne.

[103] Ainsi, les expéditeurs ne sont pas assujettis à une limitation de responsabilité en raison de la simple publication du paragraphe 54 du tarif 8 ou de l'incorporation par renvoi de ses modalités dans un contrat de transport non signé conclu au moyen d'un acte, comme le fait de demander des services de transport à CP. Ainsi, la question de savoir si le paragraphe 54, en sa forme actuelle, sera ou non éliminé du tarif 8 n'aura aucune incidence sur les expéditeurs, à moins que le paragraphe n'ait été incorporé dans un contrat de transport signé.

[104] J'aborde maintenant l'interprétation du paragraphe 54. En règle générale, l'interprétation d'un document juridique sans l'examiner dans son ensemble et donner une signification à tous ses termes constitue à la fois une erreur de droit et une interprétation déraisonnable (voir *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, au paragraphe 64; *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388, au paragraphe 36; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, au paragraphe 63; *Tower c. M.R.N.*, 2003 CAF 307, [2004] 1 R.C.F. 183, aux paragraphes 15 et 16).

[105] Comme point de départ, il est peut-être utile de présenter un aperçu du paragraphe 54 pour faciliter son interprétation. De manière générale, le paragraphe 54 comporte trois éléments : a) une limitation générale de responsabilité en faveur de CP (la limitation générale) et une obligation générale imposée à l'expéditeur d'indemniser CP et de la dégager de toute responsabilité

obligation to indemnify in relation to contaminants and improper labelling; and (c) three specific limitations on the general obligation to indemnify with respect to loss or damage caused (i) solely by the negligence of CP; (ii) jointly by the negligence of CP and another; and (iii) in relation to loss, damage or delay to the shipper's goods.

[106] One of the issues which arise from the structure of item 54 is the relationship of the Broad Limitation to the General Obligation to Indemnify. At this point, it is useful to quote from item 54 itself:

... CP shall not be liable to Customer, and Customer shall fully indemnify, defend, and hold harmless CP, from and against any and all claims, lawsuits, actions ... (collectively "Liabilities") which are caused, arise from, or are associated in any way with the transportation of the commodities or anything done or failed to be done under this tariff.

[107] To the extent that CP's liability to a shipper is eliminated by the Broad Limitation, it cannot be the subject of the General Obligation to Indemnify. If CP's liability is eliminated, no amount is payable by CP with respect to that liability and if no amount is payable, there can be no right of indemnity from the Shippers. You cannot be indemnified for what you have not paid. This means that there is a tension between the General Obligation to Indemnify and the Broad Limitation.

[108] This tension could be resolved if it could be shown that the Broad Limitation applied to certain liabilities and the General Obligation to Indemnify applied to others. This line of analysis is foreclosed by the fact that both obligations are with respect to the defined term "Liabilities" which is broad enough to include both inter-party and third-party liabilities.

[109] This tension is compounded by the fact that the General Obligation to Indemnify is subject to exceptions.

(l'obligation générale d'indemniser); b) une limitation de responsabilité précise et une obligation d'indemniser en lien avec des contaminants et un étiquetage inapproprié; c) trois limitations précises à l'obligation générale d'indemniser en ce qui a trait aux préjudices causés i) exclusivement par la négligence de CP, ii) conjointement par la négligence de CP et d'une autre partie, iii) en lien avec les pertes ou les dommages causés aux marchandises de l'expéditeur ou leur retard.

[106] Une des questions que soulève le libellé du paragraphe 54 est le lien entre la limitation générale et l'obligation générale d'indemniser. À ce moment-ci, il est utile de citer un extrait du paragraphe 54 lui-même :

[TRADUCTION]

[...]

[...] CP n'est pas responsable envers le client, et celui-ci s'engage à indemniser CP et à la dégager de toute responsabilité, à l'égard des réclamations, des instances judiciaires [...] (collectivement, les « responsabilités »), attribuables au transport des marchandises, ou qui en découlent, de quelque façon que ce soit, ou à toute chose faite ou non faite en vertu du présent tarif.

[107] Si la limitation générale exclut la responsabilité de CP envers un expéditeur, cette responsabilité ne peut être l'objet de l'obligation générale d'indemniser. Si la responsabilité de CP est exclue, aucun montant n'est payable par CP à l'égard de cette responsabilité et, si aucun montant n'est payable, il ne peut y avoir de devoir d'indemnisation des expéditeurs. On ne peut être indemnisé de ce qu'on n'a pas payé. Cela signifie qu'il existe un conflit entre l'obligation générale d'indemniser et la limitation générale de responsabilité.

[108] On pourrait résoudre ce conflit s'il était possible de montrer que la limitation générale s'applique à certaines responsabilités et que l'obligation générale d'indemniser s'applique à d'autres. Cette analyse est exclue par le fait que les deux obligations visent le terme défini [TRADUCTION] « responsabilités », qui est suffisamment large pour inclure les responsabilités entre les parties et envers les tiers.

[109] Le fait que l'obligation générale d'indemniser est assujettie à des exceptions accroît ce conflit. Il y a

There are three such exceptions: for losses caused solely by CP's own negligence, for losses to the shipper's goods, and for the portion of any third party loss contributed to by CP's negligence. If there is an exception to the General Obligation to Indemnify, it can only be because the subject matter of the exception would otherwise be subject to that general obligation. These exceptions therefore help to delimit the scope of the Broad Limitation.

[110] The exception in favour of the shipper's goods reads as follows:

Customer's indemnity obligations under this Item do not include claims for alleged loss, damage or delay to the commodities.

[111] If the Broad Limitation covers loss or damage to the shipper's goods ("the commodities"), there can be no liability on CP's part for that loss or damage and therefore no shipper's obligation to indemnify CP. I conclude that the Broad Limitation does not apply to loss or damage to the shipper's goods. The reference to "alleged loss damage or delay" means that the exception would apply without the necessity of CP's liability having been adjudicated.

[112] The same question arises with respect to the claims for contribution by the shipper for loss or damage caused by the joint negligence of CP, the shipper and others. The exception is found in the Joint Liability clause:

Subject to Customer's obligations to defend and indemnify ..., should Customer believe that Liabilities are caused in whole, or in part, by the joint, contributory, or concurrent negligence or fault of CP, responsibility for Liabilities shall be adjudicated under principles of comparative fault in which the trier of fact shall determine the percentage of responsibility for CP, Customer and any other party. CP shall be liable only for the amount of such Liabilities allocated to CP in proportion to CP's percentage of responsibility. Customer shall be liable for all other Liabilities.

trois exceptions : les pertes causées par la seule négligence de CP, les pertes causées aux marchandises de l'expéditeur, et la part de tout préjudice subi par un tiers auquel a contribué la négligence de CP. S'il y a une exception à l'obligation générale d'indemniser, il ne peut en être ainsi que parce que l'objet de l'exception serait normalement assujéti à cette obligation générale. Ces exceptions aident donc à circonscrire la portée de la limitation générale de responsabilité.

[110] L'exception visant les marchandises d'un expéditeur est rédigée ainsi :

[TRADUCTION] Les obligations du client liées à l'indemnisation en vertu du présent paragraphe ne comprennent pas les réclamations pour les dommages présumés aux marchandises, ou pour les retards, ou pour la perte des marchandises.

[111] Si la limitation générale de responsabilité vise les dommages aux marchandises de l'expéditeur ou leur perte, CP ne peut être responsable de cette perte ou de ces dommages et, par conséquent, il n'y a pas pour l'expéditeur d'obligation d'indemniser CP. Je conclus que la limitation générale de responsabilité ne s'applique pas aux dommages causés aux marchandises de l'expéditeur ou à leur perte. La mention [TRADUCTION] « pour les dommages présumés aux marchandises, ou pour les retards, ou pour la perte des marchandises » signifie que l'exception s'appliquerait sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait un jugement au sujet de la responsabilité de CP.

[112] La même question survient à l'égard des réclamations de l'expéditeur pour les préjudices ou les pertes causés par la faute concourante de CP, de l'expéditeur et de tiers. L'exception est prévue par la clause de responsabilité conjointe :

[TRADUCTION] Sous réserve des obligations du client d'indemniser CP et de la dégager de toute responsabilité qui précèdent, si le client croit que les responsabilités sont attribuables, en tout ou en partie, à la négligence ou à la faute conjointe ou concourante de CP, la responsabilité sera établie selon le principe de la comparaison de la faute et le juge des faits déterminera la part de responsabilité de CP, du client et de toute autre partie. CP ne sera tenue responsable que de la responsabilité établie à son égard en proportion de sa part de responsabilité. Le client sera tenu responsable de toute autre responsabilité.

[113] The importance of the Joint Liability clause lies in CP's undertaking to pay its proportionate share of any third-party loss. This operates as an exception to the general obligation to indemnify found in the opening words of item 54. But it must also operate as an exception to the Broad Limitation clause. In a case where a shipper had satisfied a judgment for which CP had been adjudged partially liable, any attempt by a shipper to recover CP's proportionate share of the judgment would be caught by the Broad Limitation, since the amount claimed would be an amount owed to the shipper. The result would be that CP's undertaking to pay its proportionate share of the loss would be defeated. As a result, a claim by a shipper for CP's proportionate share of a loss caused jointly by the shipper and CP must be excluded from the scope of the Broad Limitation so as to give effect to the Joint Liability clause.

[114] On the other hand, if the claim for CP's proportionate share was advanced by the third party, it would not be caught by the Broad Limitation because the latter applies only to liabilities owed to the shipper. Nor would it be caught by the General Obligation to Indemnify since such a claim would be subject to the Joint Liability clause.

[115] The third exception to the obligation to indemnify is where a loss to a third party is caused solely by the negligence of CP or its agents or employees. Since the liability in question is owed to the third party, it is not caught by the Broad Limitation, though it would be caught by the General Obligation to Indemnify because it is a claim which is caused, arises from or is associated in any way with the transportation of the shipper's goods or anything done or failed to be done under Tariff 8, to paraphrase the opening words of item 54.

[116] However, this claim would be caught by the following exception to the General Obligation to Indemnify:

[113] L'importance de la clause de responsabilité conjointe repose sur l'engagement de CP de payer sa part proportionnelle de tout préjudice subi par des tiers. Cette clause constitue une exception à l'obligation générale d'indemniser, au début du paragraphe 54. Elle doit également constituer une exception à la clause de limitation générale de responsabilité. Si un expéditeur a versé des dommages-intérêts en vertu d'un jugement qui prononçait la responsabilité partielle de CP, toute tentative de l'expéditeur de recouvrer de CP la part des dommages-intérêts pour laquelle CP a été jugée responsable serait visée par la limitation générale de responsabilité, puisque le montant réclamé serait un montant dû à l'expéditeur. Ainsi, l'engagement de CP de payer sa part proportionnelle du préjudice ne tiendrait plus. Par conséquent, la réclamation d'un expéditeur de la part proportionnelle de CP à l'égard d'un préjudice causé conjointement par l'expéditeur et CP doit être exclue de la portée de la limitation générale de responsabilité pour donner effet à la clause de responsabilité conjointe.

[114] Par ailleurs, si la réclamation visant la part proportionnelle de CP était présentée par un tiers, elle ne serait pas visée par la limitation générale de responsabilité, parce que cette dernière s'applique uniquement aux responsabilités envers l'expéditeur. La réclamation du tiers ne serait pas non plus visée par l'obligation générale d'indemniser, parce qu'une telle réclamation serait assujettie à la clause de responsabilité conjointe.

[115] La troisième exception à l'obligation d'indemniser est le cas où un préjudice subi par un tiers est causé par la seule négligence de CP, de ses mandataires ou de ses employés. Puisque la responsabilité en cause est envers le tiers, elle n'est pas visée par la limitation générale de responsabilité, bien qu'elle soit visée par l'obligation générale d'indemniser, parce qu'il s'agit d'une réclamation attribuable au transport des marchandises de l'expéditeur, ou qui en découle de quelque façon que ce soit, ou à toute chose faite ou non faite au titre du tarif 8, pour reprendre le libellé du paragraphe 54.

[116] Cette réclamation serait toutefois visée par l'exception suivante à l'obligation générale d'indemniser :

However, the Customer shall have no such obligation to indemnify CP to the extent that Liabilities arise from the sole negligence or willful misconduct of CP, its agents, or employees.

[117] As a result, the cost of CP's own negligence or that of those for whom it is responsible in law will be borne by CP and not be the shipper.

[118] In the end, as a result of construing item 54 as whole, one is brought to the conclusion that the Broad Limitation does not have the effect attributed to it by the Agency.

[119] Notwithstanding the broad language used, the Broad Limitation cannot apply to loss or damage caused to the shipper's goods, nor to any claim over which a shipper might have against CP for its proportionate share of damage caused to a third party by the concurrent or contributory negligence of CP, the shipper and others, nor does it apply to any loss caused solely by CP's own negligence.

[120] That said, the obligation to give every term of an instrument meaning cuts both ways. If these liabilities are excluded, what subject matter is left for the Broad Limitation clause? Liabilities to third parties are excluded because the Broad Limitation deals only with CP's liability to the shipper. The categories of CP's potential liability to the shipper appear to have been exhausted in the sense that there are only two possibilities: liability for the shipper's own losses or liability to the shipper for third-party losses.

[121] One can pick individual items from within the list of possible claims which are subject to the Broad Limitation, such as attorney's fees, government oversight cost, or emergency response cost and ask if they are caught by the Broad Limitation. But both the "sole negligence" clause and the Joint Liability clause refer to the defined term "Liabilities" which includes all of the individual items enumerated in the first paragraph of item 54. The result is that those items are subject to the terms of the Joint Liability and "sole negligence"

[TRANSLATION] Le client n'est toutefois pas tenu d'indemniser CP si la responsabilité résulte de la seule négligence ou de l'inconduite délibérée de CP, de ses mandataires ou de ses employés.

[117] Par conséquent, le coût de la négligence de CP elle-même, ou de ceux dont elle est responsable en droit, sera assumé par CP, et non par l'expéditeur.

[118] En fin de compte, par suite de l'interprétation du paragraphe 54 dans son ensemble, on est amené à conclure que la limitation générale de responsabilité n'a pas l'effet que lui a attribué l'Office.

[119] Nonobstant le libellé général employé, la limitation générale de responsabilité ne peut pas s'appliquer aux dommages causés aux marchandises de l'expéditeur ou à leur perte. Elle ne s'applique pas non plus à la réclamation qu'un expéditeur pourrait avoir envers CP pour sa part proportionnelle du préjudice causé à un tiers en raison de la négligence conjointe ou concourante de CP, de l'expéditeur et d'autres parties. Enfin, elle ne s'applique pas à un préjudice causé par la seule négligence de CP.

[120] Cela dit, l'obligation de donner un sens à chaque terme d'un document joue dans les deux sens. Si ces responsabilités sont exclues, quel objet la clause de limitation générale de responsabilité peut-elle viser? Les responsabilités envers des tiers sont exclues parce que la limitation générale de responsabilité vise uniquement la responsabilité de CP envers l'expéditeur. Les responsabilités possibles de CP envers l'expéditeur semblent avoir été épuisées en ce qu'il existe seulement deux possibilités : la responsabilité pour les pertes de l'expéditeur même ou la responsabilité envers l'expéditeur pour des préjudices subis par des tiers.

[121] Il est possible de choisir des éléments individuels de la liste des réclamations possibles visées par la limitation générale de responsabilité, comme les honoraires d'avocats, les coûts de surveillance de l'État ou les coûts d'intervention d'urgence, et de se demander s'ils sont visés par la limitation générale de responsabilité. Toutefois, la clause concernant la « seule négligence » et la clause de responsabilité conjointe mentionnent toutes deux le terme défini « responsabilités », qui inclut tous les éléments individuels énumérés au premier alinéa

clauses and, as a result, must be considered as being excluded from the Broad Limitation to the same extent as all other liabilities.

[122] While this problem of interpretation is real, it is not necessary to solve it in order to deal with this appeal. The question which we must answer in this appeal is whether item 54 restricts or limits CP's liability to shippers, contrary to subsection 137(1). The Agency found such a limitation in the words "shall not be liable to Customer" and in the Joint Liability clause. However, in coming to that conclusion, the Agency did not consider item 54 as a whole and did not consider all of its terms in context. When item 54 is interpreted in the light of all its terms, it is clear that the terms on which the Agency relied in Decision 202 do not impermissibly limit or restrict CP's liability to shippers.

[123] In Decision 388, the Agency found that the obligation to hold harmless was also a limitation on CP's liability to shippers. In coming to that conclusion, the Agency relied on a definition from *Black's Law Dictionary* in concluding that the hold harmless clause could be construed "as a waiver by the shipper in respect of any claim that the shipper has or may have against CP in relation to third party liabilities": Decision 388, at paragraph 55. As a result, the Agency found that the obligation to hold harmless constituted a limitation on liability to a shipper which was caught by the terms of subsection 137(1).

[124] With respect, I do not understand the logic of this line of reasoning. A waiver is a voluntary relinquishment of certain rights by the party holding those rights. Waiver is, by definition, the voluntary act of a person who, in the knowledge of his or her rights, foregoes reliance on those rights: see *Saskatchewan River Bungalows Ltd. v. Maritime Life Assurance Co.*, [1994] 2 S.C.R.

du paragraphe 54. Ainsi, ces éléments sont assujettis aux modalités de la clause de responsabilité conjointe et de celle concernant la « seule négligence » et, par conséquent, ils doivent être considérés comme étant exclus de la limitation générale de responsabilité de la même façon que toutes les autres responsabilités.

[122] Bien que ce problème d'interprétation soit réel, il n'est pas nécessaire de le résoudre pour trancher le présent appel. La question à laquelle nous devons répondre dans le présent appel est de savoir si le paragraphe 54 limite la responsabilité de CP envers les expéditeurs, contrairement au paragraphe 137(1). L'Office a conclu à une telle limitation dans les mots « n'est pas responsable envers le client » et dans la clause de responsabilité conjointe. Cependant, pour en arriver à cette conclusion, l'Office n'a pas examiné le paragraphe 54 dans son ensemble et n'a pas examiné tous ses termes dans leur contexte. Lorsque le paragraphe 54 est interprété à la lumière de tous ses termes, il est clair que les termes sur lesquels l'Office s'est appuyé dans la décision n° 202 ne limitent pas indûment la responsabilité de CP envers les expéditeurs.

[123] Dans la décision n° 388, l'Office a conclu que l'obligation d'indemniser constituait également une limitation de la responsabilité de CP envers les expéditeurs. Pour en arriver à cette conclusion, l'Office s'est appuyé sur une définition tirée du dictionnaire *Black's Law Dictionary*, en concluant que l'obligation de l'expéditeur d'indemniser CP pourrait être interprétée « comme une exonération par l'expéditeur relativement à toute réclamation que l'expéditeur a déposée ou pourrait déposer contre CP en ce qui a trait aux responsabilités envers les tiers » (décision n° 388, au paragraphe 55). Ainsi, l'Office a conclu que l'obligation d'indemniser CP constituait une limitation de la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers un expéditeur qui était visée par le paragraphe 137(1).

[124] Avec égards, je ne comprends pas la logique de ce raisonnement. Une renonciation est un abandon volontaire de certains droits par la partie qui les détient. Par définition, une renonciation est l'acte volontaire d'une personne qui, connaissant ses droits, renonce à s'en prévaloir (voir *Saskatchewan River Bungalows Ltd. c. La Maritime, Compagnie d'assurance-vie*, [1994]

490, at paragraph 19. It follows that a unilateral act by a railway company cannot amount to a shipper's waiver of its rights. Those rights are for the shipper to waive, not the railway company. As a result, the obligation to hold harmless cannot be construed as a limitation on CP's liability to the Shippers.

[125] For all of these reasons, the Agency's interpretation of item 54 cannot stand.

[126] To summarize, the Broad Limitation found in the opening words of item 54 does not completely exclude CP's liability to the shipper, as found by the Agency. When that clause is read with the other clauses of item 54, a more nuanced view of its effect emerges. In particular:

- (a) CP retains liability to the shipper for loss of or damage to, or delay in delivery of, the shipper's goods.
- (b) CP retains liability for loss caused by its sole negligence or willful misconduct or that of its agents or employees.
- (c) CP retains liability for loss caused jointly by it and the shipper and others to the extent of its adjudicated share of the fault causing the damage. The shipper bears the risk of the insolvency of other tortfeasors.

[127] When subsection 137(1) is applied to this interpretation of item 54, there is no basis upon which to find that item 54 contains prohibited limitations of liability. The conclusion that the broad limitation of liability in the opening words of item 54 is a prohibited limitation of liability fails, as that broad limitation is subject to exceptions which preserve the railway company's liability to shippers for loss of or damage to the shipper's traffic and for losses caused in whole or in part by its own negligence. The conclusion that the Joint Liability

2 R.C.S. 490, au paragraphe 19). Il s'ensuit qu'un acte unilatéral de la part d'une compagnie de chemin de fer ne peut pas équivaloir à la renonciation de ses droits par un expéditeur. La renonciation à ces droits relève de l'expéditeur, non de la compagnie de chemin de fer. Par conséquent, l'obligation d'indemniser CP ne peut être interprétée comme une limitation de la responsabilité de CP envers les expéditeurs.

[125] Pour tous ces motifs, l'interprétation de l'Office du paragraphe 54 ne peut être maintenue.

[126] En résumé, la limitation générale de responsabilité que contiennent les premiers mots du paragraphe 54 n'exclut pas complètement la responsabilité de CP envers l'expéditeur, comme l'a conclu l'Office. Lorsque cette disposition est étudiée en regard des autres dispositions du paragraphe 54, il en émerge une vision plus nuancée de son effet. Plus particulièrement :

- a) CP demeure responsable envers l'expéditeur pour les dommages ou retards relatifs aux marchandises ainsi que pour la perte de celles-ci;
- b) CP demeure responsable pour la perte causée par sa seule négligence ou son inconduite délibérée ou celle de ses mandataires ou de ses employés;
- c) CP demeure responsable pour la perte causée conjointement par elle, l'expéditeur et d'autres parties dans la mesure établie à son égard, en proportion de sa part de responsabilité pour les dommages qui a été établie. L'expéditeur assume le risque de l'insolvabilité d'autres auteurs de délits.

[127] Lorsque le paragraphe 137(1) est appliqué à cette interprétation du paragraphe 54, il n'existe aucun fondement pour conclure que le paragraphe 54 contient des limitations de responsabilité interdites. La conclusion selon laquelle la limitation générale de responsabilité au début du paragraphe 54 est une limitation de responsabilité interdite ne tient pas, puisque cette limitation générale de responsabilité est assujettie aux exceptions qui maintiennent la responsabilité de la compagnie de chemin de fer envers l'expéditeur pour les

clause is an impermissible limitation of liability fails for the same reason. As noted above, the Joint Liability clause cannot be considered as a waiver of liability by the Shippers.

[128] As a result, there is no basis for an order under section 26 prohibiting CP from applying item 54 until the prohibited limitation had been removed. Simply put, item 54 does not contain prohibited limitations of liability.

[129] The questions which the Court directed to the parties after the case had been argued do not affect this conclusion. Whether one considers that Tariff 8 is enforceable against shippers by virtue of being a tariff, or whether one considers that item 54 is only enforceable against shippers if it is incorporated into a contract of carriage, as was decided in *Neptune Bulk Terminals*, cited above, at paragraph 107, the result is the same. In either case, item 54 does not impermissibly limit shippers' liability to CP.

[130] The conclusion to which I have come also rebuts Agrium's argument of unjust enrichment. Agrium argued that CP was unjustly enriched when shippers, without any juristic reason, made payments for which CP was liable. On my interpretation of item 54, shippers will not be bound to make payments for which CP is liable, as they will be able to recover from CP those amounts for which it is wholly or partly liable. To the extent that item 54 requires shippers to make specific payments that they would not otherwise be liable to make, the juristic reason for those payments can be found in item 54 which, on my interpretation of it, is not invalid or unlawful.

dommages causés aux marchandises de celui-ci ou pour leur perte, et pour les pertes causées en totalité ou en partie par la seule négligence de CP. La conclusion selon laquelle la disposition sur la responsabilité conjointe est une limitation de responsabilité interdite ne tient pas pour le même motif. Comme je l'ai mentionné plus haut, la disposition sur la responsabilité conjointe ne peut être considérée comme étant une renonciation de responsabilité de la part des expéditeurs.

[128] Par conséquent, il n'existe pas de fondement pour une ordonnance en vertu de l'article 26 interdisant à CP d'appliquer le paragraphe 54 jusqu'à l'élimination de la limitation de responsabilité interdite. En bref, le paragraphe 54 ne contient pas de limitation de responsabilité interdite.

[129] Les questions que la Cour a adressées aux parties après l'audition de l'affaire n'ont pas d'incidence sur cette conclusion. Qu'on estime que le tarif 8 est exécutoire contre des expéditeurs parce qu'il est un tarif, ou qu'on estime que le paragraphe 54 est uniquement exécutoire contre des expéditeurs s'il est incorporé dans un contrat de transport, comme en a décidé l'arrêt *Neptune Bulk Terminals*, précité, au paragraphe 107, le résultat est le même. Dans l'un ou l'autre cas, le paragraphe 54 ne limite pas de façon interdite la responsabilité d'un expéditeur envers CP.

[130] La conclusion à laquelle j'arrive réfute également l'argument d'Agrium fondé sur l'enrichissement sans cause. Agrium soutenait que CP s'enrichissait injustement lorsque les expéditeurs, sans motif juridique, versaient des paiements pour lesquels CP était responsable. Selon mon interprétation du paragraphe 54, les expéditeurs ne seront pas tenus de verser des paiements pour lesquels CP est responsable, puisqu'ils seront en mesure de recouvrer de CP les montants à l'égard desquels elle est entièrement ou partiellement responsable. Si le paragraphe 54 exige que des expéditeurs versent des paiements précis qu'ils ne seraient pas autrement tenus de verser, le motif juridique pour ces paiements se trouve au paragraphe 54 qui, selon mon interprétation de celui-ci, n'est pas invalide ni illégal.

VIII. THE INTERPRETATION OF SECTION 120.1

[131] The conclusion that item 54 is not prohibited by subsection 137(1) leaves open the question as to whether section 120.1 allows the Agency to intervene if it finds that item 54 is an unreasonable term or condition. On my interpretation of item 54, it would be difficult to argue that it is unreasonable. Nonetheless, I will deal with the Shippers' argument.

[132] As noted earlier in these reasons, the Agency's reasoning with respect to section 120.1 turned on whether item 54 dealt with "charges and associated terms and conditions for the movement of traffic or for the provision of incidental services". It concluded that it did not because item 54 was not "linked or related to a specific service to be performed or goods to be supplied by CP", that it was not "debundled from the rate": Decision No. 388, at paragraph 104. The Shippers attacked the Agency's conclusions with respect to section 120.1 by arguing that it does violence to the plain words of the section. According to the Shippers (Shippers' memorandum of fact and law, at paragraph 68):

In order for s. 120.1 to have the meaning derived by the Agency, the section would have to apply "to any charges [for the provision of incidental services] or terms and conditions [associated with] the movement of traffic that are found in the tariff". In other words, the Agency held that "incidental services" modifies "charges" and read out all the intervening language, including the conjunctive "and" which links "charges and associated terms and conditions for the movement of traffic". [Emphasis added.]

[133] To illustrate their position, the Shippers refer to item 53 of Tariff 8 which requires shippers to purchase liability insurance "for any and all liability and indemnity obligations assumed by the [shipper] under this Tariff", which the Shippers characterize as a charge. Given that the insurance must cover the indemnity and liability provisions of item 54, the Shippers argue that it is associated with item 54 and therefore caught by section 120.1.

VIII. L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 120.1

[131] La conclusion selon laquelle le paragraphe 137(1) n'interdit pas le paragraphe 54 laisse en suspens la question de savoir si l'article 120.1 autorise l'Office à intervenir s'il conclut que le paragraphe 54 est une condition déraisonnable. Selon mon interprétation du paragraphe 54, il serait difficile de soutenir qu'il est déraisonnable. Néanmoins, j'examinerai l'argument des expéditeurs.

[132] Comme je l'ai souligné plus tôt dans les présents motifs, le raisonnement de l'Office concernant l'article 120.1 reposait sur la question de savoir si le paragraphe 54 visait des « frais relatifs au transport ou aux services connexes ou des conditions afférents ». L'Office a conclu par la négative, parce que le paragraphe 54 n'était pas lié « à un service précis qui doit être effectué ou à des marchandises qui doivent être fournies par CP » et qu'il n'était pas séparé du prix (décision n° 388, au paragraphe 104). Les expéditeurs ont contesté la conclusion de l'Office concernant l'article 120.1 en soutenant qu'elle faisait violence aux termes clairs de l'article. Selon les expéditeurs (mémoire des faits et du droit des expéditeurs, au paragraphe 68) :

[TRADUCTION] Pour que l'article 120.1 ait la signification que lui donne l'Office, il serait nécessaire que l'article s'applique aux tarifs qui comprennent « des frais relatifs [aux services connexes] ou des conditions afférentes [au transport] ». En d'autres mots, l'Office a conclu que les « frais » visés étaient ceux des « services connexes », et il a exclu les mots entre ces deux termes, y compris la conjonction « ou » qui lie « des frais relatifs au transport ou aux services connexes ». [Non souligné dans l'original.]

[133] Pour illustrer leur position, les expéditeurs renvoient au paragraphe 53 du tarif 8, qui exige que les expéditeurs souscrivent une assurance responsabilité [TRADUCTION] « pour toute obligation en matière de responsabilité et d'indemnisation assumée par [l'expéditeur] en vertu du présent tarif », ce que les expéditeurs qualifient de frais. Étant donné que l'assurance doit viser les obligations sur l'indemnisation et la responsabilité au paragraphe 54, les expéditeurs soutiennent qu'elle est liée au paragraphe 54 et, par conséquent, qu'elle est visée par l'article 120.1.

[134] With respect, this reasoning is not persuasive. It is implicit in the Agency's entire discussion of charges that they are amounts payable to the railway company. For regulatory purposes, an amount payable to a third party cannot be a charge since the Agency has no control over such amounts. The term or condition which requires the payment of such an amount is not associated with a charge and therefore is not subject to section 120.1.

[135] Agrium takes the Shippers' argument one step further and suggests that if CP purchased the insurance itself and then billed the shipper for the premium, the conditions established by the Agency for the application of section 120.1 would be satisfied. It is illogical, it says, for the Agency's jurisdiction to depend upon the vagaries of how a purchase is made. The Agency should therefore look through the form to the substance of the transaction.

[136] Agrium's argument assumes that the charge-back of the insurance premium for the insurance to be provided by the shipper would be a charge. Since the insurance is not a specific service to be performed or goods to be supplied by CP, it is not obvious that the premium is a charge. In return for the payment of the premium, the shipper would not get anything more from CP than the movement of its traffic as required by section 113. Agrium's case is not advanced by arguing by analogy from a doubtful example.

[137] The same reasoning applies to the various other charges included under the definition of liabilities in item 54 such as defence costs, emergency response and evacuation costs, remediation and government oversight costs. These costs are not payable for additional or incidental services to be provided by CP. They are among the obligations which the Shippers assume in return for the carriage of their goods pursuant to subsection 113(2) of the Act upon payment of the rate. These liabilities are not charges and are not subject to review under section 120.1.

[138] The Agency's analysis leading to its conclusion with respect to section 120.1 was reviewed in detail

[134] Avec égards, ce raisonnement n'est pas convaincant. Il est implicite dans toute l'analyse de l'Office concernant les frais qu'il s'agit de montants payables à la compagnie de chemin de fer. À des fins de réglementation, un montant payable à un tiers ne peut pas être des « frais », puisque l'Office n'exerce aucun contrôle à l'égard de tels montants. La modalité qui exige le paiement d'un tel montant ne porte pas sur des frais et, par conséquent, n'est pas assujettie à l'article 120.1.

[135] Agrium pousse l'argument des expéditeurs un peu plus loin et indique que, si CP souscrivait elle-même l'assurance et facturait ensuite la prime à l'expéditeur, les conditions établies par l'Office pour l'application de l'article 120.1 seraient remplies. Selon Agrium, il est illogique que la compétence de l'Office dépende des différentes manières dont un achat peut être fait. L'Office devrait donc passer outre à la forme de l'opération pour en vérifier la substance.

[136] L'argument d'Agrium suppose que la facturation de la prime d'assurance à l'expéditeur constituerait des frais. Puisque l'assurance n'est pas un service précis que doit accomplir CP ni une marchandise à fournir, il n'est pas évident que la prime constitue des frais. En échange du paiement de la prime, l'expéditeur n'obtiendrait rien de plus de CP que le transport de ses marchandises, comme l'exige l'article 113. La thèse d'Agrium n'est pas bien servie par la présentation d'une analogie fondée sur un exemple douteux.

[137] Le même raisonnement s'applique aux divers autres frais inclus dans la définition des responsabilités au paragraphe 54, comme les frais de litige, les coûts d'intervention d'urgence et d'évacuation, les coûts des mesures correctives et les coûts de surveillance de l'État. Ces coûts ne sont pas payables pour des services supplémentaires ou connexes que doit fournir CP. Ils font partie des obligations que les expéditeurs assument en contrepartie du transport de leurs marchandises au titre du paragraphe 113(2) de la Loi sur paiement du prix. Ces responsabilités ne sont pas des frais et ne sont pas susceptibles de contrôle aux termes de l'article 120.1.

[138] L'analyse de l'Office menant à sa conclusion concernant l'article 120.1 a été examinée en détail pour

earlier in these reasons. That analysis was marked by “justification, transparency and intelligibility” and resulted in a conclusion which falls “within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”: see *Dunsmuir*, cited above, at paragraph 47. The fact that other outcomes are also reasonable does not make the Agency’s conclusion unreasonable.

[139] The recurring argument among those supporting the cross-appeal is that it cannot have been Parliament’s intention to leave shippers without recourse in the face of oppressive conditions imposed by near-monopolistic railway companies. Against this is the fact that the Act provides a series of remedies designed to reduce any shipper’s reliance on a single railway company such as interswitching (section 127), competitive line rates (section 129), Agency determination of joint rates, as well as final offer arbitration with respect to either the rate or the terms and conditions associated with the movement of goods. If the Shippers are persuaded that item 54, even when properly construed, is an oppressive and unreasonable condition, then they have a remedy in final offer arbitration where they can propose, as their final offer, Tariff 8 minus item 54. While this approach involves certain costs, one surmises that the amounts potentially at stake justify the expense.

[140] In light of the above, I would dismiss the cross-appeal.

IX. CONCLUSION

[141] For the reasons set out above, I would:

- (1) Allow the appeal with costs to CP;
- (2) Dismiss the cross-appeal with costs to CP;
- (3) Set aside the order of the Agency that CP refrain from applying item 54 of its Tariff 8 unless and until such time as it has been amended to expressly

tôt dans les présents motifs. Cette analyse possédait les attributs de la justification, de la transparence et de l’intelligibilité, et elle a donné lieu à une conclusion appartenant « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (voir *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47). Le fait que d’autres issues sont également raisonnables ne rend pas la conclusion de l’Office déraisonnable.

[139] Selon l’argument récurrent des parties appuyant l’appel incident, le législateur ne peut avoir eu l’intention de laisser les expéditeurs sans recours devant des conditions oppressives imposées par des compagnies de chemin de fer quasi monopolistes. Cependant, la Loi prévoit une série de recours pour réduire le risque qu’un expéditeur doive s’appuyer sur une seule compagnie de chemin de fer, comme l’interconnexion (article 127), les prix de ligne concurrentiels (article 129), la détermination par l’Office de prix communs, de même que l’arbitrage sur l’offre finale en ce qui concerne le prix pour le transport de marchandises ou les modalités de ce transport. Si les expéditeurs sont convaincus que le paragraphe 54, même s’il est interprété de façon appropriée, est une condition oppressive et déraisonnable, ils ont un recours en l’arbitrage sur l’offre finale, à l’occasion duquel ils peuvent proposer, en guise d’offre finale, le tarif 8 sans le paragraphe 54. Cette approche comporte certains coûts, mais on suppose que les montants qui peuvent être en jeu justifient la dépense.

[140] Compte tenu de ce qui précède, je rejetterais l’appel incident.

IX. CONCLUSION

[141] Pour les motifs énoncés ci-dessus :

- 1) j’accueillerais l’appel, avec dépens en faveur de CP;
- 2) je rejetterais l’appel incident, avec dépens en faveur de CP;
- 3) j’annulerais l’ordonnance de l’Office que CP n’applique pas le paragraphe 54 du tarif 8 jusqu’à ce qu’il soit modifié pour retirer expressément la

remove prohibited limitation of CP's liability to a shipper from the obligations that Tariff item imposes;

- (4) Return the matter to the Agency for redetermination with the instruction that the Shipper's application be dismissed.

GAUTHIER J.A.: I agree.

SCOTT J.A.: I agree.

limitation interdite de la responsabilité de CP envers un expéditeur des obligations que le paragraphe du tarif impose;

- 4) je renverrais l'affaire à l'Office pour nouvelle décision en lui donnant instruction de rejeter la demande des expéditeurs.

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

LE JUGE SCOTT, J.C.A. : Je suis d'accord.

Appendix A

CANADIAN PACIFIC RAILWAYS

Tariff 8 - Hazardous commodities

Indemnification and liability - Item 54

In addition to the provisions set out above, CP shall not be liable to Customer, and Customer shall fully indemnify, defend, and hold harmless CP, from and against any and all claims, lawsuits, actions, applications, demands, complaints, loss, harm, judgments, liens, awards, costs (including, without limitation, attorney's fees and other reasonable costs of litigation including litigation to enforce this indemnity, emergency response and evacuation costs, remediation costs, and government oversight costs), damages (including without limitation special and consequential damages), injury to or death of persons, or adverse effects on wildlife or the environment, and for any and all liability, claims, actions, fines, penalties, and associated costs and expenses (collectively "Liabilities") which are caused, arise from, or are associated in any way with transportation of the commodities or anything done or failed to be done under this tariff. Customer's indemnity shall include, but not be limited to, any liabilities arising from:

- Any failure of, release from, or defect in equipment tendered by customer for the transportation of commodity;

Annexe A

[TRADUCTION]

Chemin de fer Canadien Pacifique

Tarif 8 – Marchandises dangereuses

Indemnisation et responsabilité – Paragraphe 54

Outre les dispositions qui précèdent, CP n'est pas responsable envers le client, et celui-ci s'engage à indemniser CP et à la dégager de toute responsabilité, à l'égard des réclamations, des instances judiciaires, des plaintes, des pertes, des privilèges, des décisions, notamment arbitrales, des dépens (notamment les honoraires d'avocats et les autres frais raisonnables des litiges, notamment les litiges visant à faire exécuter la présente indemnisation, les coûts d'intervention d'urgence et d'évacuation, les coûts des mesures correctives et les coûts de surveillance de l'État), des dommages-intérêts (notamment les dommages-intérêts spéciaux et indirects), des blessures ou du décès de toute personne, ou de tout préjudice à la faune ou à l'environnement, et de toutes les responsabilités, les réclamations, les actions, les amendes et les pénalités, ainsi que les coûts et les frais qui y sont associés (collectivement, les « responsabilités »), attribuables au transport des marchandises, ou qui en découlent, de quelque façon que ce soit, ou à toute chose faite ou non faite en vertu du présent tarif. L'indemnisation assumée par le client vise notamment les responsabilités découlant :

- de toute défaillance ou de la défectuosité du matériel fourni par le client pour le transport des marchandises, ou de la libération des marchandises de ce matériel;

- Loading, sealing and/or securing commodity in such equipment;
 - Release, unloading, transfer, delivery, treatment, dumping, storage, or disposal of commodity;
 - Any fines, penalties, actions, or suits resulting from alleged or actual violation of Federal, State or Local environmental or other law, statute, ordinance, code, or regulation; and
 - Any loss caused by the sole negligence or fault of Customer.
- du chargement des marchandises dans ce matériel, ou du fait d'y fixer ou d'y arrimer les marchandises;
 - de la libération, du déchargement, du transfert, de la livraison, du traitement, du vidage, de l'entreposage ou de l'élimination des marchandises;
 - de toute amende, pénalité, action ou poursuite judiciaire résultant d'une violation présumée ou établie d'une loi, d'une ordonnance, d'un code ou d'un règlement fédéral, provincial ou local, notamment au sujet de l'environnement;
 - de toute perte causée par la seule négligence ou faute du client.

However, the Customer shall have no such obligation to indemnify CP to the extent that Liabilities arise from the sole negligence or willful misconduct of CP, its agents, or employees.

Customer is solely responsible for and will defend, indemnify, and hold CP harmless against any Liabilities due to the presence of chemicals or contaminants in the commodity which are not properly described in the commodity shipping document.

Customer's indemnity obligations under this Item do not include claims for alleged loss, damage, or delay to the commodities.

Joint liability

Subject to Customer's obligations to defend and indemnify CP as set forth above, should Customer believe that Liabilities are caused in whole, or in part, by the joint, contributory, or concurrent negligence or fault of CP, responsibility for Liabilities shall be adjudicated under principles of comparative fault in which the trier of fact shall determine the percentage of responsibility for CP, Customer, and any other party. CP shall be liable only for the amount of such Liabilities allocated to CP in proportion to CP's percentage of responsibility. Customer shall be liable for all other Liabilities.

Le client n'est toutefois pas tenu d'indemniser CP si la responsabilité résulte de la seule négligence ou de l'inconduite délibérée de CP, de ses mandataires ou de ses employés.

Le client assume l'entière responsabilité, et indemnise CP et la dégage de toute responsabilité, à l'égard de la présence de produits chimiques ou de contaminants dans les marchandises qui ne sont pas décrits de façon appropriée dans le document d'expédition des marchandises.

Les obligations du client liées à l'indemnisation en vertu du présent paragraphe ne comprennent pas les réclamations pour les dommages présumés aux marchandises, ou pour les retards, ou pour la perte des marchandises.

Responsabilité conjointe

Sous réserve des obligations du client d'indemniser CP et de la dégager de toute responsabilité qui précèdent, si le client croit que les responsabilités sont attribuables, en tout ou en partie, à la négligence ou à la faute conjointe ou concourante de CP, la responsabilité sera établie selon le principe de la comparaison de la faute et le juge des faits déterminera la part de responsabilité de CP, du client et de toute autre partie. CP ne sera tenue responsable que de la responsabilité établie à son égard en proportion de sa part de responsabilité. Le client sera tenu responsable de toute autre responsabilité.