

A-165-16
2018 FCA 69A-165-16
2018 CAF 69**Canadian Pacific Railway Company** (*Appellant*)**Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée** (*appelante*)

v.

c.

Attorney General of Canada, Canadian Transportation Agency, Her Majesty the Queen in Right of Alberta, as represented by the Minister of Transportation, and the City of Calgary (*Respondents*)**Le procureur général du Canada, l'Office des transports du Canada, Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, représentée par le ministre des Transports, et la Ville de Calgary** (*intimés*)**INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC RAILWAY COMPANY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)****RÉPERTORIÉ : CHEMIN DE FER CANADIEN PACIFIQUE LIMITÉE c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Rennie, Gleason and Laskin JJ.A.—Calgary, January 16; Ottawa, April 6, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Rennie, Gleason et Laskin, J.C.A.—Calgary, 16 janvier; Ottawa, 6 avril 2018.

Transportation — Appeal from 2015 Canadian Transportation Agency decision authorizing Alberta Transportation's application for reconstruction of existing grade separation between railway line owned by appellant, provincial highway; authorizing construction of new at-grade crossing — Agency apportioning costs of construction, maintenance of these works between appellant, Alberta Transportation (respondent) — In 2012, respondent submitting application to Agency under Transportation Act, s. 101(3) for order authorizing new crossing — Respondent also making reference to Agency under Railway Safety Act, s. 16 for apportionment of costs between itself, appellant — Project having two distinct phases, Phase 1, Phase 2 — In 2013, Agency finding that Phase 1 constituting reconstruction of existing grade separation on existing route; authorizing reconstruction, apportioning costs between respondent, appellant — In 2015, respondent submitting another application to Agency, in which application proposing major revisions to previously approved Phase 1 project — Appellant requesting that Agency suspend decision until related documents requested under freedom of information, access to information legislation received, but request refused — Whether Agency erring in law by rendering 2015 decision in manner that conflicted with 2013 decision; whether Agency erring in law by failing to conduct proper analysis as mandated by Railway Safety Act, s. 16(4); whether Agency's decision procedurally fair — Agency's determinations regarding traffic increases to meet present day needs by time Phase 2 completed were factual findings with which not open to Court to interfere — Furthermore, reading reasons as whole together with

Transports — Appel interjeté contre une décision rendue en 2015 par l'Office des transports du Canada, qui a autorisé la demande d'Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d'un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant à l'appelant et une autoroute provinciale; et la construction d'un nouveau passage à niveau — L'Office a réparti les coûts de construction et d'entretien de ces travaux entre l'appelant et Alberta Transportation (l'intimée) — En 2012, l'intimée a déposé une demande auprès de l'Office au titre de l'art. 101(3) de la Loi sur les transports afin d'obtenir une ordonnance autorisant la construction d'un nouveau franchissement — L'intimée a également saisi l'Office en vertu de l'art. 16 de la Loi sur la sécurité ferroviaire quant à la question de la répartition des coûts entre elle-même et l'appelant — Le projet comportait deux étapes distinctes, la phase 1 et la phase 2 — En 2013, l'Office a conclu que la phase 1 consistait en une reconstruction d'un saut-de-mouton existant sur une route existante; il a autorisé la reconstruction et réparti les coûts entre l'intimée et l'appelant — En 2015, l'intimée a déposé une autre demande à l'Office, dans laquelle elle a proposé des révisions importantes au projet de la phase 1 approuvé antérieurement — L'appelant a demandé à l'Office de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'il ait reçu les documents connexes en réponse à ses demandes d'accès à l'information de documents en vertu des lois sur l'accès à l'information, mais sa demande a été rejetée — Il s'agissait de savoir si l'Office a commis une erreur de droit en rendant la décision de 2015 d'une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013; si l'Office a commis une erreur de droit en ne procédant pas à l'analyse

outcome, Agency's calculation of traffic needs placing determination of seven lanes within range of reasonable outcomes — Once nuances of Agency's traffic findings clarified, clear no conflict existing between two decisions — Regarding analysis mandated by Railway Safety Act, s. 16(4), even though no evidence of increase in rail traffic arising from Phase 2 project, in particular, Agency's decision that appellant would benefit rested on second footing — continued benefit that appellant would have from grade separation — With respect to procedural fairness, appellant not establishing that Agency breaching right to procedural fairness by not delaying in its decision — Appellant's remedies not spent — Appellant also not establishing Agency breaching appellant's right to procedural fairness by failing to order production of documents — Finally, documents obtained through freedom of information request having material, direct impact on 2015 decision; having consequences for appellant; bearing directly on analysis required by Railway Safety Act, s. 16(4) — Given this, appellant free to make application under Transportation Act, s. 32 for reconsideration of 2015 decision — Appeal dismissed.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — In appeal from 2015 Canadian Transportation Agency decision authorizing, inter alia, Alberta Transportation's application for reconstruction of existing grade separation between railway line owned by appellant, provincial highway, appellant raising three separate grounds of appeal — Appellant arguing that Agency erring in rendering 2015 decision in manner that conflicted with 2013 decision; that Agency making three errors of law in consideration of Railway Safety Act, s. 16(4); that Agency, in refusing appellant's request for adjournment, breaching appellant's right to procedural fairness — What was standard of review for grounds of appeal — Reasonableness standard applicable standard of review for appellant's first, second grounds of appeal — Standard for determining whether decision maker complying with duty of procedural fairness is correctness — Content or degree of fairness required informed by five, non-exhaustive contextual factors identified in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) — Fifth factor, degree of deference accorded to decision maker, relevant here — In determining content of fairness, ultimate question

prévus à l'art. 16(4) de la Loi sur la sécurité ferroviaire; si la décision de l'Office était équitable sur le plan de la procédure — Les décisions de l'Office concernant l'augmentation de la circulation pour répondre aux besoins au moment où la phase 2 serait achevée étaient des conclusions de fait qu'il n'était pas loisible à la Cour de modifier — En outre, compte tenu de l'ensemble des motifs et du résultat, le calcul par l'Office des besoins portant qu'un tronçon de sept voies était requis appartenait aux issues possibles acceptables — Après que les nuances des conclusions de l'Office relatives à la circulation ont été précisées, il était clair qu'il n'existait aucun conflit entre les deux décisions — En ce qui concerne l'analyse prévue à l'art. 16(4) de la Loi sur la sécurité ferroviaire, même s'il n'y avait aucune preuve d'augmentation du trafic ferroviaire découlant du projet de la phase 2 en particulier, la décision de l'Office selon laquelle l'appellant en profiterait reposait sur un second fondement — l'avantage continu que pourrait retirer l'appellant du saut-de-mouton — En ce qui concerne l'équité sur le plan de la procédure, l'appellant n'a pas établi que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en ne reportant pas sa décision — Les recours de l'appellant n'étaient pas épuisés — L'appellant n'a pas établi non plus que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en omettant d'ordonner la production de documents — Enfin, les renseignements reçus à la suite de la demande d'accès à l'information ont eu une incidence importante et directe sur la décision de 2015; ils ont eu des conséquences pour l'appellant; ils ont eu une incidence directe sur l'analyse exigée par l'art. 16(4) de la Loi sur la sécurité ferroviaire — En conséquence, il était loisible à l'appellant, en vertu de l'art. 32 de la Loi sur les transports, de présenter une demande de réexamen de la décision de 2015 — Appel rejeté.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Dans un appel interjeté contre une décision rendue en 2015 par l'Office des transports du Canada, qui a autorisé notamment la demande d'Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d'un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant à l'appellant et une autoroute provinciale, l'appellant a invoqué trois moyens d'appel distincts — L'appellant a prétendu que l'Office avait commis une erreur en rendant la décision de 2015 d'une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013; que l'Office avait commis trois erreurs de droit dans son examen de l'art. 16(4) de la Loi sur la sécurité ferroviaire; que l'Office, en rejetant sa demande d'ajournement, avait porté atteinte à son droit à l'équité procédurale — La question en litige était celle de la norme de contrôle applicable aux moyens d'appel — La norme du caractère raisonnable était la norme de contrôle applicable au premier et au deuxième moyen d'appel de l'appellant — La norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale est celle de la décision

is whether party knew case they had to meet, had opportunity to respond, had impartial decision maker consider their case fully, fairly — Deference only one criterion amongst many that informs content of fairness but is irrelevant in answering question as to whether fairness met — Court's reviewing exercise best reflected in correctness standard — Procedural review, substantive review serving different objectives in administrative law — No compelling reasons why this distinction should be jettisoned.

This was an appeal from a 2015 Canadian Transportation Agency (Agency) decision authorizing Alberta Transportation's application for the reconstruction of an existing grade separation between a railway line owned by the appellant and a provincial highway and the construction of a new at-grade crossing. The Agency apportioned costs of construction and maintenance of these works between the appellant and Alberta Transportation (respondent).

On a specific highway in Alberta, a bridge crosses over Canadian Pacific Railway tracks. In June 2012, the respondent submitted an application to the Agency under subsection 101(3) of the *Transportation Act* for an order authorizing a new crossing. The respondent also made a reference to the Agency under section 16 of the *Railway Safety Act* for the apportionment of the costs between itself and the appellant. The respondent presented the project as having two distinct phases, Phase 1 and Phase 2. In its 2013 decision, the Agency found that Phase 1 constituted a reconstruction of an existing grade separation on an existing route. It authorized reconstruction and apportioned costs between the respondent and the appellant at 85 percent and 15 percent, respectively. The 2013 decision was not appealed.

In March 2015, the respondent submitted another application to the Agency seeking in particular an order authorizing and apportioning the costs of a revised and expanded Phase 2 of the project. The 2015 application proposed major revisions to the previously approved Phase 1 project. In the fall of 2015, the appellant learned that the respondent had secured federal infrastructure funding for a large south western road (SWCRR) and asked the Agency to suspend its decision

correcte — La teneur ou le degré d'équité requis est circonscrit par les cinq facteurs contextuels non exhaustifs énoncés dans l'arrêt Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — Le cinquième, soit le degré de déférence dont il faut faire preuve à l'égard du décideur, était pertinent en l'espèce — Pour déterminer le degré d'équité, la question fondamentale est celle de savoir si la partie connaissait la preuve à réfuter, si elle a eu la possibilité de répondre et si un décideur impartial a examiné sa preuve pleinement et équitablement — La déférence n'est qu'un des nombreux critères qui permet de déterminer le degré d'équité, mais elle ne s'applique pas lorsqu'il est question de répondre à la question de savoir si l'obligation d'équité a été satisfaite — L'exercice de révision est particulièrement bien reflété dans la norme de la décision correcte — L'examen portant sur la procédure et l'examen portant sur le fond visent différents objectifs en droit administratif — Il n'y avait aucune raison convaincante pour laquelle cette distinction devrait être abandonnée.

Il s'agissait d'un appel interjeté contre une décision rendue en 2015 par l'Office des transports du Canada (l'Office), qui a autorisé la demande d'Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d'un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant à l'appelant et une autoroute provinciale, et la construction d'un nouveau passage à niveau. L'Office a réparti les coûts de construction et d'entretien de ces travaux entre l'appelant et Alberta Transportation (l'intimée).

Sur une certaine autoroute de l'Alberta, un pont passe au-dessus des voies du Chemin de fer Canadien Pacifique. En juin 2012, l'intimée a déposé une demande auprès de l'Office au titre du paragraphe 101(3) de la *Loi sur les transports* afin d'obtenir une ordonnance autorisant la construction d'un nouveau franchissement. Elle a également saisi l'Office en vertu de l'article 16 de la *Loi sur la sécurité ferroviaire* quant à la question de la répartition des coûts entre elle-même et l'appelant. L'intimée a présenté le projet comme comportant deux étapes distinctes, la phase 1 et la phase 2. Dans la décision qu'il a rendue en 2013, l'Office a conclu que la phase 1 consistait en une reconstruction d'un saut-de-mouton existant sur une route existante. Il a autorisé la reconstruction et réparti les coûts entre l'intimée et l'appelant à 85 p. 100 et 15 p. 100, respectivement. Il n'a pas été interjeté appel de la décision de 2013.

En mars 2015, l'intimée a déposé une autre demande à l'Office en vue d'obtenir plus particulièrement une ordonnance autorisant et répartissant les coûts d'une phase 2 révisée et élargie du projet. La demande de 2015 proposait des révisions importantes au projet de la phase 1 approuvé antérieurement. À l'automne 2015, l'appelant a appris que l'intimée avait obtenu le financement fédéral pour les projets d'infrastructure pour le périphérique sud-ouest de Calgary

until it had received related documents it sought access to. However, its request to adjourn was refused. The Agency's 2015 decision in particular found that the westbound structure as described in the 2015 application was essentially the same as the one already authorized by the 2013 decision. The Agency authorized the proposed reconstruction to accommodate the fourth through-lane. Finally, it apportioned the reconstruction and construction of the new at-grade crossing to the appellant and respondent in the same proportion applied to the Phase 1 project in 2013.

The appellant raised three different grounds of appeal. It argued that the Agency erred in rendering the 2015 decision in a manner that conflicted with the 2013 decision; that the Agency made three errors of law in its consideration of subsection 16(4) of the *Railway Safety Act*; and that the Agency, in refusing the appellant's request for an adjournment and in proceeding in the absence of the requested documents, breached the appellant's right to procedural fairness.

At issue was the standard of review for the grounds of appeal; whether the Agency erred in law by rendering the 2015 decision in a manner that conflicted with the 2013 decision; whether the Agency erred in law by failing to conduct a proper analysis as mandated by subsection 16(4) of the *Railway Safety Act*; and whether the Agency's decision was procedurally fair.

Held, the appeal should be dismissed.

Reasonableness was the applicable standard of review for the appellant's first and second grounds of appeal. The standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness is correctness. The content or degree of fairness required is informed by the five non-exhaustive contextual factors identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. Of those factors, the fifth, the degree of deference accorded to the decision maker, was relevant here. In determining the content of fairness, the ultimate question is whether the party knew the case they had to meet, had an opportunity to respond, and had an impartial decision maker consider their case fully and fairly. Deference is but one criterion amongst many that informs the *content* of fairness, but it is irrelevant in answering the question as to *whether* fairness has been met. A court assessing a procedural fairness argument is required to ask whether the procedure was fair having regard to all of the circumstances, including the *Baker* factors. A court's reviewing exercise is best reflected in the correctness standard, even though no standard of review is being applied strictly

(PSOC) et il a demandé à l'Office de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'il ait reçu les documents connexes en réponse à ses demandes. Toutefois, sa demande d'ajournement a été rejetée. Dans sa décision de 2015, l'Office a conclu plus particulièrement que la structure en direction ouest décrite dans la demande de 2015 était essentiellement la même que celle déjà autorisée par la décision de 2013. L'Office a autorisé la reconstruction proposée afin d'accueillir la quatrième voie principale. Enfin, l'Office a attribué la reconstruction et la construction du nouveau saut-de-mouton à l'appellant et à l'intimée dans la même proportion qui a été appliquée au projet de la phase 1 en 2013.

L'appellant a interjeté appel de la décision sur trois plans. Il a prétendu que l'Office avait commis une erreur en rendant la décision de 2015 d'une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013; que l'Office avait commis trois erreurs de droit dans son examen du paragraphe 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*; et que l'Office, en rejetant sa demande d'ajournement et en procédant en l'absence des documents demandés, avait porté atteinte à son droit à l'équité procédurale.

La question en litige était celle de la norme de contrôle applicable aux moyens d'appel; si l'Office avait commis une erreur de droit en rendant la décision de 2015 d'une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013; si l'Office a commis une erreur de droit en ne procédant pas à l'analyse prévue au paragraphe 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*; et si la décision de l'Office était équitable sur le plan de la procédure.

Arrêt : L'appel doit être rejeté.

La norme du caractère raisonnable était la norme de contrôle applicable au premier et au deuxième moyen d'appel. La norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale était celle de la décision correcte. La teneur ou le degré d'équité requis est circonscrit par les cinq facteurs contextuels non exhaustifs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Parmi ces facteurs, le cinquième, soit le degré de déférence dont il faut faire preuve à l'égard du décideur, était pertinent en l'espèce. Pour déterminer le degré d'équité, la question fondamentale est celle de savoir si la partie connaissait la preuve à réfuter, si elle a eu la possibilité de répondre et si un décideur impartial a examiné sa preuve pleinement et équitablement. La déférence n'est qu'un des nombreux critères qui permet de déterminer le *degré* d'équité, mais elle ne s'applique pas lorsqu'il est question de répondre à la question de *savoir* si l'obligation d'équité a été satisfaite. La cour qui apprécie un argument relatif à l'équité procédurale doit se demander si la procédure était équitable eu égard à l'ensemble des circonstances, y compris

speaking. Procedural review and substantive review serve different objectives in administrative law. The former focuses on the nature of the rights involved and the consequences for affected parties, while the latter focuses on the relationship between the court and the administrative decision maker. This distinction, and the ability of a court to tailor remedies appropriate to each, is a useful tool in the judicial toolbox. There are no compelling reasons why this distinction should be jettisoned.

In the 2013 decision, the Agency found that six lanes were required to meet the present day needs of 26 000 average annual daily traffic (AADT) in 2012. In 2015, it found that the traffic would increase to 37 600 by the time Phase 2 finished and that seven lanes was required to meet the change in the present day needs. These determinations were factual findings with which it was not open to the Court to interfere. Reading the reasons as a whole together with the outcome, and considering the fact that the present day needs did in fact change and that the next category—over 50 000—warranted eight lanes, the increase to 37 600 placed the determination of seven lanes within the range of reasonable outcomes. Once the nuances of the Agency’s AADT findings were clarified, it was clear there was no conflict between the two decisions. This ground of appeal therefore failed.

Regarding the analysis mandated by subsection 16(4) of the *Railway Safety Act*, the appellant claimed in particular that the Agency erred in finding that the appellant would benefit due to an increase in rail traffic because this finding was made without any evidence. While there was no evidence before the Agency that there would be an increase in rail traffic, this did not mean that it was unreasonable to apportion costs to the appellant when it would not benefit from the construction. The Agency concluded that given the history of the parties’ shared responsibility at this crossing and that both parties would continue to benefit from the grade separation, the parties continue to share responsibility at this crossing. Thus, even though there was no evidence of an increase in rail traffic arising from the Phase 2 project in particular, the Agency’s decision that the appellant would benefit rested on a second footing—the continued benefit that the appellant would have from the grade separation. Thus, this particular error of law noted was of no consequence given the existence of a second basis for finding that the appellant would benefit. The appellant’s other assertions about the Agency’s alleged errors were also rejected.

à l’égard des facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker*. L’exercice de révision est particulièrement bien reflété dans la norme de la décision correcte, même si, à proprement parler, aucune norme de contrôle n’est appliquée. L’examen portant sur la procédure et l’examen portant sur le fond visent différents objectifs en droit administratif. Le premier porte sur la nature des droits concernés et les conséquences pour les parties touchées, alors que le dernier porte sur la relation entre la cour et le décideur administratif. Cette distinction et la capacité d’un tribunal à accorder des mesures de redressement adaptées à chacun est un outil utile dans la boîte à outils judiciaire. Il n’y avait aucune raison convaincante pour laquelle elle devrait être abandonnée.

Dans la décision de 2013, l’Office a conclu qu’un tronçon à six voies était nécessaire pour répondre au débit journalier moyen annuel (DJMA) de 26 000 en 2012. En 2015, il a conclu que la circulation augmenterait à 37 600 au moment où la phase 2 serait achevée et qu’un tronçon à sept voies était requis afin de répondre au changement dans les besoins à ce moment-là. Ces décisions étaient des conclusions de fait qu’il n’était pas loisible à la Cour de modifier. Compte tenu de l’ensemble des motifs et du résultat, et compte tenu du fait que les besoins à ce moment-là ont bel et bien changé et que la prochaine catégorie — plus de 50 000 — justifiait un tronçon à huit voies, l’augmentation à 37 600 a fait en sorte que la décision portant qu’un tronçon de sept voies était requis appartenait aux issues possibles acceptables. Après que les nuances des conclusions de l’Office relatives au DJMA ont été précisées, il était clair qu’il n’existait aucun conflit entre les deux décisions. Ce moyen d’appel a donc été rejeté.

En ce qui concerne l’analyse prévue au paragraphe 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*, l’appelant a prétendu plus particulièrement que l’Office avait commis une erreur en concluant qu’il profiterait d’une augmentation du trafic ferroviaire, car cette conclusion a été tirée sans aucun élément de preuve. L’Office n’était saisi d’aucun élément de preuve selon lequel il y aurait une augmentation du trafic ferroviaire, mais cela ne voulait pas dire qu’il était déraisonnable d’attribuer des coûts à l’appelant alors qu’il ne retirerait pas un avantage de la construction. L’Office a conclu que, compte tenu de l’historique de responsabilité partagée des parties à ce franchissement, et du fait que les deux parties continueraient de profiter du saut-de-mouton, il convenait que les parties continuent de partager la responsabilité à ce franchissement. Par conséquent, même s’il n’y avait aucune preuve d’augmentation du trafic ferroviaire découlant du projet de la phase 2 en particulier, la décision de l’Office selon laquelle l’appelant en profiterait reposait sur un second fondement — l’avantage continu que pourrait retirer l’appelant du saut-de-mouton. Donc, sur ce point, l’erreur de droit soulevée était sans conséquence, compte tenu de l’existence d’un deuxième fondement permettant de conclure que l’appelant retirerait un avantage.

With respect to procedural fairness, the appellant did not establish that the Agency breached its right to procedural fairness by not delaying in its decision. The appellant's remedies were not spent and the Agency itself, in refusing the adjournment, recognized the existence of other recourses available to the appellant. Moreover, the appellant did not establish that the Agency breached its right to procedural fairness by failing to order production of documents. The procedural fairness arguments therefore failed.

Finally, information received as a result of the appellant's freedom of information request indicated that the City of Calgary and the respondent may have kept the appellant and the Agency in the dark about their future plans. Documents obtained had a material and direct impact on the 2015 decision and had consequences for the appellant. The documents bore directly on the analysis required by subsection 16(4) of the *Railway Safety Act*. Given the new facts that could have a direct and material bearing on the 2015 decision, the appellant was free to make an application under section 32 of the *Transportation Act* to the Agency for reconsideration of the 2015 decision and any further ground that it wanted to advance.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 29, 32, 41, 101(3).
Canadian Transportation Agency Rules (Dispute Proceedings and Certain Rules Applicable to All Proceedings), SOR/2014-104, ss. 24, 41(1)(d).
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 27(3).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, c. F-25.
Railway Safety Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 16.

CASES CITED

APPLIED:

Mission Institution v. Khela, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Kelly v. Nova Scotia Police Commission*,

Les autres prétentions de l'appelant concernant les erreurs que l'Office aurait commises ont été rejetées également.

En ce qui concerne l'équité sur le plan de la procédure, l'appelant n'a pas établi que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en ne reportant pas sa décision. Les recours de l'appelant n'étaient pas épuisés et l'Office lui-même, en refusant l'ajournement, a reconnu que d'autres recours étaient offerts à l'appelant. En outre, l'appelant n'a pas établi que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en omettant d'ordonner la production de documents. Les arguments fondés sur l'équité procédurale ont donc été rejetés.

Enfin, les renseignements reçus à la suite de la demande d'accès à l'information faite par l'appelant indiquaient que la ville de Calgary et l'intimée pourraient avoir tenu l'appelant et l'Office dans l'ignorance à propos de leurs futurs plans. Les documents obtenus ont eu une incidence importante et directe sur la décision de 2015 et ont eu des conséquences pour l'appelant. Les documents ont eu une incidence directe sur l'analyse exigée par le paragraphe 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*. Étant donné les faits nouveaux qui pourraient avoir une incidence directe et importante sur la décision de 2015, il était loisible à l'appelant, en vertu de l'article 32 de la *Loi sur les transports*, de présenter à l'Office une demande de réexamen de la décision de 2015 et de tout autre motif qu'il souhaitait faire valoir.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.A. 2000, ch. F-25.
Loi sur la sécurité ferroviaire, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 32, art. 16.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 27(3).
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 29, 32, 41, 101(3).
Règles de l'Office des transports du Canada (Instances de règlement des différends et certaines règles applicables à toutes les instances), DORS/2014-104, art. 24, 41(1)(d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Établissement de Mission c. Khela, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Kelly v. Nova Scotia Police Commission*, 2006 NSCA 27,

2006 NSCA 27, 241 N.S.R. (2d) 300; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Brooks v. Ontario Racing Commission*, 2017 ONCA 833, 33 Admin. L.R. (6th) 316.

DISTINGUISHED:

Rogers Communications Canada Inc. v. Metro Cable T.V. Maintenance, 2017 FCA 127.

CONSIDERED:

Application by Alberta Transportation pursuant to section 101(3) of the Canada Transportation Act, S.C., 1996, c. 10, as amended and section 16 of the Railway Safety Act, R.S.C., 1985, c. 32, (4th Supp.), Decision No. 137-R-2013 (March 28, 2013, Canadian Transportation Agency); *Re: Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170, 72 Admin. L.R. (5th) 1; *Maritime Broadcasting System Limited v. Canadian Media Guild*, 2014 FCA 59, 70 Admin. L.R. (5th) 1; *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75, 465 N.R. 152; *Vavilov v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 132, [2018] 3 F.C.R. 75, 52 Imm. L.R. (4th) 1; *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 99 Admin. L.R. (5th) 1; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Eagle's Nest Youth Ranch Inc. v. Corman Park (Rural Municipality #344)*, 2016 SKCA 20, 476 Sask. R. 18; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249.

REFERRED TO:

Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City), 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Canadian National Railway Company v. Viterra Inc.*, 2017 FCA 6, 410 D.L.R. (4th) 128; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Wsáneč School Board v. British Columbia*, 2017 FCA 210; *Johnny v. Adams Lake Indian Band*, 2017 FCA 146; *Therrien v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 14, 24 Admin. L.R. (6th) 46; *Miakanda-Batsika v. Bell Canada*, 2016 FCA 278; *El-Helou v. Canada (Courts Administration Service)*, 2016 FCA 273; *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 179, 11 Admin. L.R. (6th) 187; *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 480 N.R. 365; *Abi-Mansour v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 135, 474 N.R. 193; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990]

241 N.S.R. (2d) 300; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Brooks v. Ontario Racing Commission*, 2017 ONCA 833, 33 Admin. L.R. (6th) 316.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Rogers Communications Canada Inc. c. Metro Cable T.V. Maintenance, 2017 CAF 127.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Demande présentée par Alberta Transportation conformément au paragraphe 101(3) de la Loi sur les transports au Canada, L.C. (1996), ch. 10, modifiée et à l'article 16 de la Loi sur la sécurité ferroviaire, L.R.C. (1985), ch. 32 (4^e suppl.), décision n° 137-R-2013 (28 mars 2013, Office des transports du Canada); *Ré : Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170; *Maritime Broadcasting System Ltd. c. La Guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59; *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75; *Vavilov c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 132, [2018] 3 R.C.F. 75; *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Eagle's Nest Youth Ranch Inc. v. Corman Park (Rural Municipality #344)*, 2016 SKCA 20, 476 Sask. R. 18; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249.

DÉCISIONS CITÉES :

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville), 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Compagnie des chemins de fer nationaux c. Viterra Inc.*, 2017 CAF 6; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Wsáneč School Board c. British Columbia*, 2017 CAF 210; *Johnny c. Bande indienne d'Adams Lake*, 2017 CAF 146; *Therrien c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 14; *Miakanda-Batsika c. Bell Canada*, 2016 CAF 278; *El-Helou c. Canada (Service administratif des tribunaux judiciaires)*, 2016 CAF 273; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 179; *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38; *Abi-Mansour c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 135; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197; *Canada (Procureur général)*

1 S.C.R. 653, 69 D.L.R. (4th) 489; *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager; Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; *Boeing Canada Operations Ltd. v. Winnipeg (City) Assessor*, 2017 MBCA 83, 23 Admin. L.R. (6th) 87; *Spinks v. Alberta (Law Enforcement Review Board)*, 2011 ABCA 162, 46 Alta. L.R. (5th) 84; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *Johnson v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 76, 414 N.R. 321; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488.

c. Mavi, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager; Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Boeing Canada Operations Ltd. v. Winnipeg (City) Assessor*, 2017 MBCA 83, 23 Admin. L.R. (6th) 87; *Spinks v. Alberta (Law Enforcement Review Board)*, 2011 ABCA 162, 46 Alta. L.R. (5th) 84; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Johnson c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 76; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488.

AUTHORS CITED

Canadian Transportation Agency. *Apportionment of Costs of Grade Separations: A Resource Tool*, Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2011.

Clark, Edward, “Reasonably Unified: The Hidden Convergence of Standards of Review in the Wake of Baker” (2018) 31 Can. J. Admin. L. & Prac. 1.

Evans, John M. “View from the Top: Administrative Law in the Supreme Court of Canada 2016–2017” in Donald J. M. Brown & John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf, Toronto: Thomson Reuters Canada Limited, 2017.

Ruel, The Honourable Simon, “What is the Standard of Review to Be Applied to Issues of Procedural Fairness?” (2016) 29 Can. J. Admin. L. & Prac. 259.

APPEAL from a 2015 decision (*Application by Alberta Transportation pursuant to section 101 of the Canada Transportation Act, S.C., 1996, c. 10, as amended, and section 16 of the Railway Safety Act, R.S.C., 1985, c. 32, (4th Supp.)*, Decision No. 397-R-2015) of the Canadian Transportation Agency authorizing Alberta Transportation’s application for the reconstruction of an existing grade separation between a railway line owned by the appellant and a provincial highway and the construction of a new at-grade crossing. Appeal dismissed.

DOCTRINE CITÉE

Clark, Edward, “Reasonably Unified : The Hidden Convergence of Standards of Review in the Wake of Baker” (2018) 31 Can. J. Admin. L. & Prac. 1.

Evans, John M. “View from the Top : Administrative Law in the Supreme Court of Canada 2016–2017” dans Donald J. M. Brown & John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Thomson Reuters Canada Limited, 2017.

Office des transports du Canada. *Réparations des coûts des sauts-de-mouton : Un outil d’information*, Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2011.

Ruel, l’honorable Simon, “What is the Standard of Review to Be Applied to Issues of Procedural Fairness?” (2016) 29 Can. J. Admin. L. & Prac. 259.

APPEL interjeté contre une décision rendue en 2015 (*Demande présentée par Alberta Transportation conformément à l’article 101 de la Loi sur les transports au Canada, L.C. (1996), ch. 10, modifiée et à l’article 16 de la Loi sur la sécurité ferroviaire, L.R.C. (1985), ch. 32 (4^e suppl.)*, décision n° 397-R-2015) par l’Office des transports du Canada autorisant la demande d’Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d’un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant à l’appelant et une autoroute provinciale, et la construction d’un nouveau passage à niveau. Appel rejeté.

APPEARANCES

J. Raymond Chartier and Elizabeth Fashler for appellant.
Todd J. Burke, Phuong T.V. Ngo and Matthew Estabrooks for respondent Her Majesty the Queen in Right of Alberta, as represented by the Minister of Transportation.
Kevin Shaar for respondent Canadian Transportation Agency.

SOLICITORS OF RECORD

Norton Rose Fullbright Canada LLP, Calgary, for appellant.
Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa, for respondent Her Majesty the Queen in Right of Alberta, as represented by the Minister of Transportation.
Canadian Transportation Agency, Gatineau, for respondent Canadian Transportation Agency.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

RENNIE J.A.:

I. Introduction

[1] The Canadian Pacific Railway Company [CP or CPR] appeals Decision No. 397-R-2015 (the 2015 Decision) of the Canadian Transportation Agency [Agency] under section 41 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 [Transportation Act]. In this decision, the Agency authorized Alberta Transportation's application for the reconstruction of an existing grade separation between a railway line owned by CP and a provincial highway and the construction of a new at-grade crossing. It apportioned costs of construction and of maintenance of these works between CP and Alberta Transportation.

[2] A detailed review of the facts is required in order to understand the issues in this appeal and their disposition.

ONT COMPARU :

J. Raymond Chartier et Elizabeth Fashler pour l'appellant.
Todd J. Burke, Phuong T.V. Ngo et Matthew Estabrooks pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta représentée par le ministre des Transports.
Kevin Shaar pour l'intimé l'Office des transports du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Norton Rose Fullbright Canada LLP, Calgary, pour l'appellant.
Gowling WLG (Canada) LLP, Ottawa, pour l'intimée, Sa Majesté la Reine de l'Alberta, représentée par le ministre des Transports.
Office des transports du Canada, Gatineau, pour l'intimé, l'Office des transports du Canada.

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

LE JUGE RENNIE, J.C.A. :

I. Introduction

[1] Le Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée [CP ou CFCP] interjette appel de la décision n° 397-R-2015 (la décision de 2015) de l'Office des transports du Canada [L'Office] en vertu de l'article 41 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 [Loi sur les transports]. Dans cette décision, l'Office a autorisé la demande d'Alberta Transportation en ce qui concerne la reconstruction d'un saut-de-mouton existant entre une voie ferrée appartenant au CP et une autoroute provinciale, et la construction d'un nouveau passage à niveau. Il a réparti les coûts de construction et d'entretien de ces travaux entre le CP et Alberta Transportation.

[2] Un examen détaillé des faits est requis pour comprendre les questions soulevées dans le présent appel et leur décision.

II. Background

[3] Three kilometres south of Midnapore, Alberta on Highway 22X, a bridge crosses over Canadian Pacific Railway tracks. The bridge has two eastbound lanes and two westbound lanes. It has been there since 1957.

[4] In June 2012, Alberta Transportation submitted an application to the Agency under subsection 101(3) of the Transportation Act for an order authorizing a new crossing. Approval was sought for construction of a new overhead bridge crossing the single CP track. It also made a reference to the Agency under section 16 of the *Railway Safety Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32 for the apportionment of the costs between CP and Alberta Transportation.

[5] Alberta Transportation presented the project as having two distinct phases. Phase 1 would expand the existing three lane bridge to six lanes by twinning the bridge. This would be done by building a new bridge, adjacent to the existing bridge, with the result that there would be three eastbound and three westbound lanes. Phase 2 contemplated future expansion of the bridge to accommodate the South West Calgary Ring Road (SWCRR). The SWCRR is of critical importance to Alberta Transportation and the City of Calgary in the management of future traffic in and around Calgary.

[6] The SWCRR would cross the lands of the Tsuut'ina. Until agreement was reached with the Tsuut'ina, the SWCRR could not proceed. Negotiations between Alberta Transportation and the Tsuut'ina Nation were proceeding contemporaneous to the proceedings before the Agency.

[7] CP submitted that the project was a “new route” and, as such, CP should bear no responsibility for any of the costs under Agency guidelines. In response, Alberta Transportation withdrew Phase 2, and limited its application for approval and apportionment of Phase 1 only. CP maintained its position that the Phase 1 project was also a “new route”.

II. Les faits

[3] Trois kilomètres au sud de Midnapore (Alberta), sur l'autoroute 22X, un pont passe au-dessus des voies du Chemin de fer Canadien Pacifique. Le pont compte deux voies en direction est et deux voies en direction ouest. Il y est depuis 1957.

[4] En juin 2012, Alberta Transportation a déposé une demande auprès de l'Office au titre du paragraphe 101(3) de la Loi sur les transports afin d'obtenir une ordonnance autorisant la construction d'un nouveau franchissement. Elle a demandé l'approbation pour la construction d'un nouveau passage supérieur croisant l'unique voie du CP. Elle a également saisi l'Office en vertu de l'article 16 de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*, L.R.C (1985) (4^e suppl.), ch. 32 quant à la question de la répartition des coûts entre le CP et Alberta Transportation.

[5] Alberta Transportation a présenté le projet comme comportant deux étapes distinctes. La phase 1 consisterait en l'élargissement à six voies du pont à trois voies existant. Pour ce faire, un nouveau pont, adjacent au pont existant, serait construit de sorte qu'il y aurait trois voies en direction est et trois voies en direction ouest. La phase 2 prévoyait une expansion du pont qui permettrait d'accueillir le South West Calgary King Road (ci-après le périphérique sud-ouest de Calgary (PSOC)). Le PSOC revêt une importance capitale pour Alberta Transportation et la ville de Calgary en ce qui concerne la gestion du trafic futur à l'intérieur et autour de Calgary.

[6] Le PSOC traverserait les terres de la nation Tsuut'ina. Il était impossible de donner suite au PSOC avant de conclure une entente avec la nation Tsuut'ina. Les négociations entre Alberta Transportation et la nation Tsuut'ina se déroulaient en même temps que les procédures devant l'Office.

[7] Le CP a fait valoir que le projet constituait une « nouvelle route » et que, par conséquent, selon les lignes directrices de l'Office, le CP ne devrait assumer aucune responsabilité en ce qui concerne les coûts. En réponse, Alberta Transportation a retiré la phase 2 et a limité sa demande d'approbation et de répartition à la phase 1 uniquement. Le CP a maintenu sa position selon

[8] In the result, the specific project before the Agency for which approval was sought in 2012 involved the construction of the three through-lane westbound structure with a provision for a future facility lane, and some deck work on the existing structure to make it a three through-lane eastbound structure.

[9] In March 2013, the Agency released its decision [Decision No. 137-R-2013] (the 2013 Decision).

[10] The Agency found that Phase 1 constituted a reconstruction of an existing grade separation on an existing route. The “new route” argument was rejected, although no reasons were given. The argument that it was part of the SWCRR was not addressed. It fell to the wayside with the withdrawal of Phase 2.

[11] In submissions to the Agency, Alberta Transportation contended that six lanes met “present day needs”, a term used by the Agency in the exercise of its specialised role. Present day needs refers to the capacity required to accommodate the volume of traffic at the crossing upon completion of the project.

[12] The average annual daily traffic (AADT) at the crossing in 2012 was 26 000, which, according to the Alberta Infrastructure’s Highway Geometric Design Guide (the Alberta Transportation Guide to projecting future highway needs) warranted a four-lane bridge. After acknowledging the time required to reconstruct the existing grade separation, the Agency was “satisfied that the 2012 vehicular traffic volume [was] sufficiently close” to 31,000—the threshold for a six-lane section—for six lanes to be considered part of the work required to meet present day needs (2013 Decision, at paragraphs 26–28). The Agency authorized reconstruction on the basis that six lanes (three in each direction) were needed to meet present day needs of 26 000 AADT.

laquelle le projet de la phase 1 constituait également une « nouvelle route ».

[8] En conséquence, le projet précis présenté à l’Office et pour lequel une approbation a été demandée en 2012 portait sur la construction d’une structure constituée de trois voies principales en direction ouest qui comprenait un aménagement pour une future voie de desserte ainsi que sur des travaux sur le tablier de la structure existante qui permettraient d’en faire une structure constituée de trois voies principales en direction est.

[9] En mars 2013, l’Office a rendu sa décision [décision n° 137-R-2013] (la décision de 2013).

[10] L’Office a conclu que la phase 1 consistait en une reconstruction d’un saut-de-mouton existant sur une route existante. L’argument de « nouvelle route » a été rejeté, même si aucun motif n’a été fourni. L’argument selon lequel le saut-de-mouton fait partie du PSOC n’a pas été abordé. Le projet a été abandonné avec le retrait de la phase 2.

[11] Dans les arguments qu’elle a soumis à l’Office, Alberta Transportation a fait valoir que six voies répondaient aux « besoins actuels », une expression utilisée par l’Office dans l’exercice de son rôle spécialisé. Les besoins actuels renvoient à la capacité requise pour répondre au volume du trafic au franchissement une fois le projet achevé.

[12] Le débit journalier moyen annuel (DJMA) au franchissement en 2012 était de 26 000 véhicules, ce qui, selon le guide de conception géométrique d’Alberta Transportation (le guide d’Alberta Transportation servant à prévoir les besoins futurs en matière d’autoroute), justifiait la construction d’un pont à quatre voies. Après avoir reconnu le délai requis pour reconstruire le saut-de-mouton existant, l’Office était « convaincu que le volume de circulation routière de 2012 [était] suffisamment proche » du chiffre de 31 000 — le seuil exigé pour justifier un tronçon à six voies — pour que la construction de six voies soit envisagée dans le cadre de l’ouvrage exigé pour répondre aux besoins actuels (décision de 2013, au paragraphes 26 à 28). L’Office a autorisé la reconstruction au motif que six voies (trois dans chaque direction)

[13] It apportioned costs (save for the costs of a future facility lane, which was found not to form part of the basic grade separation) between Alberta and CP at 85 percent and 15 percent, respectively (2013 Decision, at paragraphs. 30, 49 and 59–60). This is the usual apportionment applied by the Agency when proposed construction is characterized as reconstruction of an existing grade separation as opposed to new construction.

[14] CP did not appeal the 2013 Decision.

[15] On November 27, 2013 the province and the Tsuut'ina Nation reached an agreement for the construction of portions of the SWCRR on their traditional lands.

[16] On March 24, 2015, Alberta submitted another application under subsection 101(3) of the Transportation Act. It sought an order authorizing and apportioning the costs of a revised and expanded Phase 2 of the project. Phase 2, characterized by Alberta as a “reconstruct[ion of] the existing overhead bridge to carry the Southwest Calgary Ring Road over the existing CPR track”, had become viable due to the agreement with the First Nation which allowed for the construction of the SWCRR.

[17] The 2015 application proposed major revisions to the previously approved Phase 1 project. Instead of only completing some deck work on the existing bridge to make it an entirely three-lane eastbound bridge, the revised Phase 2, sometimes described as “the 2015 Work” in the record, involved the demolition of the existing bridge, the construction of an entirely new eastbound bridge and the construction of the separate, westbound bridge that was approved in the 2013 Decision. Together they would accommodate seven lanes of through-lane traffic over the CP track instead of six.

étaient requises pour satisfaire aux besoins actuels d'un DJMA de 26 000 véhicules.

[13] L'Office a réparti les coûts (à l'exception des coûts d'une future voie de desserte, qui a été jugée ne pas faire partie du saut-de-mouton de base) entre l'Alberta et le CP à 85 p. 100 et 15 p. 100, respectivement (décision de 2013, aux paragraphes 30, 49, 50 et 60). Il s'agit de la répartition habituelle appliquée par l'Office lorsqu'une construction proposée est qualifiée de reconstruction d'un saut-de-mouton existant par opposition à une nouvelle construction.

[14] Le CP n'a pas interjeté appel de la décision de 2013.

[15] Le 27 novembre 2013, la province et la nation Tsuut'ina ont conclu une entente concernant la construction des tronçons du PSOC sur leurs terres traditionnelles.

[16] Le 24 mars 2015, l'Alberta a déposé une autre demande au titre du paragraphe 101(3) de la Loi sur les transports. La province a demandé une ordonnance autorisant et répartissant les coûts d'une phase 2 révisée et élargie du projet. La phase 2, qualifiée par l'Alberta de [TRADUCTION] « reconstruc[tion du] passage supérieur pour faire passer le périphérique sud ouest de Calgary au-dessus de la voie existante du CFCP », était devenue viable en raison de l'accord avec la Première Nation, qui permettait la construction du PSOC.

[17] La demande de 2015 proposait des révisions importantes au projet de la phase 1 approuvé antérieurement. Au lieu de simplement effectuer des travaux sur le tablier du pont existant pour en faire entièrement un pont à trois voies en direction est, la phase 2 révisée, parfois décrite comme [TRADUCTION] « l'ouvrage de 2015 » dans le dossier, comportait la démolition du pont existant, la construction d'un pont à trois voies en direction est entièrement nouveau et la construction du pont distinct en direction ouest qui a été approuvée dans la décision de 2013. Ensemble, ils permettraient d'accueillir sept voies de circulation de voies principales au-dessus de la voie du CP au lieu de six.

[18] The revised Phase 2 would also include adding two ramp lanes onto the westbound bridge that was approved in 2013, adding two ramp lanes and a provision for a future facility lane onto the new eastbound bridge, a provision for a future second CPR track, two future light rail transit (LRT) tracks and a future municipal two-lane roadway.

[19] In the fall of 2015, CP learned Alberta secured federal infrastructure funding for the SWCRR, and asked the Agency to suspend its decision until it had received related documents in response to applications made under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25 and the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. CP contended that the documents had a material bearing on the issues of who would benefit from the project, the scope of the project and the cost allocation.

[20] The Agency refused to adjourn (2015 Decision, at paragraph 45) and on December 24, 2015, issued its decision. It is the Agency's 2015 Decision that is the subject of this appeal.

III. Canadian Transportation Agency Decision No. 397-R-2015

[21] The Agency made five main determinations.

[22] The Agency denied CP's request to defer rendering its decision pending CP's pursuit of additional documents relevant to the 2015 application. The Agency held that to postpone would be unfair to Alberta which was "entitled to a timely decision", and contrary to section 29 of the Transportation Act which requires the Agency to render decisions within 120 days. However, and important to the disposition of this appeal, the Agency left the door open to CP to apply under section 32 of the Transportation Act. This section provides for a review of decisions where there has been "a change in the facts or circumstances pertaining to the decision" (2015 Decision, at paragraphs. 39–45).

[18] La phase 2 révisée comprendrait également l'ajout, approuvé en 2013, de deux voies d'accès extérieur sur le pont en direction ouest, l'ajout de deux voies d'accès extérieur et d'un aménagement pour une future voie de desserte sur le nouveau pont en direction est, un aménagement pour une future deuxième voie du CFPC, deux voies pour un futur système léger sur rail ainsi qu'une future route municipale à deux voies.

[19] À l'automne 2015, le CP a appris que l'Alberta avait obtenu le financement fédéral pour les projets d'infrastructure pour le PSOC; il a demandé à l'Office de suspendre sa décision jusqu'à ce qu'il ait reçu les documents connexes en réponse aux demandes formulées en vertu de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. F-25 et de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. Le CP faisait valoir que les documents avaient une incidence importante sur les questions liées à l'identité des personnes qui bénéficieraient du projet, à la portée du projet et à la répartition des coûts.

[20] L'Office a refusé d'ajourner (décision de 2015, au paragraphe 45) et, le 24 décembre 2015, a rendu sa décision. C'est la décision de 2015 de l'Office qui fait l'objet du présent appel.

III. Décision n° 397-R-2015 de l'Office des transports du Canada

[21] L'Office a tiré cinq conclusions principales.

[22] L'Office a rejeté la demande du CP de reporter le prononcé de sa décision pendant que le CP cherchait à obtenir des documents supplémentaires pertinents pour la demande de 2015. L'Office a conclu que le fait de reporter le prononcé de la décision serait injuste pour l'Alberta, qui avait « droit à une décision en temps opportun » et irait à l'encontre de l'article 29 de la Loi sur les transports, qui dispose que l'Office doit rendre ses décisions dans les 120 jours. Cependant, et cela est important pour la disposition du présent appel, l'Office a laissé la porte ouverte au CP pour lui permettre de présenter une demande au titre de l'article 32 de la Loi sur les transports. Cet article dispose qu'il peut y avoir révision de décisions « en raison de faits nouveaux ou en cas

[23] Secondly, it found that the westbound structure as described in the 2015 application was essentially the same as the one already authorized by the 2013 Decision. Therefore, with respect to the westbound structure, the 2015 Decision only addressed the addition of two outside ramp lanes (2015 Decision, at paragraphs 28–31) which had not been included in the 2013 Decision (2015 Decision, at paragraphs 28, 31 and 34).

[24] Thirdly, the Agency rejected CP's argument that Alberta's proposed changes in Phase 2 constituted new construction of a new route. In its view, the proposed demolition and reconstruction of the existing bridge, which would change it to an entirely eastbound, four through-lane structure, and the proposed construction of two new outside ramp lanes on the westbound structure that was authorized in the 2013 Decision, constituted a reconstruction of the existing grade separation. This reconstruction functioned to update the existing route, Highway 22X, to meet the increase in vehicular traffic (2015 Decision, at paragraphs 60–68).

[25] Fourthly, the Agency authorized the proposed reconstruction (that is, the demolition of the existing bridge and construction of a new eastbound bridge) to accommodate the fourth through-lane. This construction would bring the total number of through-lanes to seven, which the Agency found was "required for present day needs upon completion of the grade separation construction" (2015 Decision, at paragraphs 86–87, 90 and 94). Further, the two outside ramp lanes were required to make the westbound structure that was approved in the 2013 Decision functional (2015 Decision, at paragraph 67).

[26] Finally, the Agency apportioned 85 percent of the reconstruction and construction of the new at-grade crossing to Alberta and 15 percent to CP, the same proportion

d'évolution [...] des circonstances de l'affaire visée par ces décisions » (décision de 2015, aux paragraphes 39 à 45).

[23] Deuxièmement, il a conclu que la structure en direction ouest décrite dans la demande de 2015 était essentiellement la même que celle déjà autorisée par la décision de 2013. Par conséquent, en ce qui concerne la structure en direction ouest, la décision de 2015 n'a traité que de l'ajout de deux voies d'accès extérieures (décisions de 2015, aux paragraphes 28 à 31) qui n'avait pas été inclus dans la décision de 2013 (décision de 2015, aux paragraphes 28, 31 et 34).

[24] Troisièmement, l'Office a rejeté l'argument du CP selon lequel les modifications proposées par l'Alberta dans le cadre de la phase 2 constituaient une construction d'une nouvelle route. À son avis, la démolition et la reconstruction proposées du pont existant, qui le transformerait en une structure à quatre voies entièrement en direction est, et la construction proposée de deux nouvelles voies d'accès extérieures sur la structure en direction ouest qui a été autorisée dans la décision de 2013, constituaient une reconstruction du saut-de-mouton existant. La vocation de cette reconstruction était de mettre à jour la route existante, l'autoroute 22X, afin de répondre à l'augmentation du volume de la circulation routière (décision de 2015, aux paragraphes 60 à 68).

[25] Quatrièmement, l'Office autorisait la reconstruction proposée (à savoir, la démolition du pont existant et la construction d'un nouveau pont en direction est) afin d'accueillir la quatrième voie principale. Cette construction amènerait à sept le nombre total de voies principales, ce qui, selon la conclusion tirée par l'Office, était « nécessaire pour répondre aux besoins actuels une fois la construction du saut-de-mouton terminée » (décision de 2015, aux paragraphes 86, 87, 90 et 94). En outre, les deux voies d'accès extérieures étaient nécessaires pour rendre fonctionnelle la structure en direction ouest qui a été approuvée dans la décision de 2013 (décision de 2015, au paragraphe 67).

[26] Enfin, l'Office a attribué 85 p. 100 de la reconstruction et de la construction du nouveau saut-de-mouton à l'Alberta et 15 p. 100 au CP, la même répartition

applied to the Phase 1 project in 2013. Contemplating future developments, the Agency also ordered that any other works constituted additional facilities, the cost of which, and the cost of any change in the width or length of either structure to accommodate those additional facilities, would be paid by the party requesting them (2015 Decision, at paragraphs 97–102).

IV. Issues on appeal

[27] CP does not contest the authorization of any of the work. Rather, CP contests the Agency’s apportionment of costs, arguing that it has no obligation to pay any costs in excess of the 2013 Decision. CP seeks an order quashing the apportionment determination and that its apportionment be reduced to zero percent or, in the alternative, an order remitting the application to the Agency for redetermination with the direction that a portion of the costs be apportioned to the City of Calgary and the federal grant funding Alberta received be applied before apportioning costs.

[28] CP advances three challenges to the decision.

[29] CP argues first that the Agency erred in rendering the 2015 Decision in a manner that conflicted with the 2013 Decision. This ground of appeal focuses on the alleged discrepancies between the Agency’s 2013 and 2015 decisions as to the AADT and present day needs.

[30] CP secondly contends that the Agency made three errors of law in its consideration of subsection 16(4) of the *Railway Safety Act*. By rendering a decision that did not consider the extent to which the City of Calgary would benefit from Phase 2, CP says that the Agency erred in law in not conducting the analysis mandated by subsection 16(4). That subsection requires “the Agency [consider] ... the relative benefits that each person who has, or who might have, referred the matter stands to gain from the work”. CP asserts that the Agency also erred in finding that CP stood to benefit from the provision of a

qui a été appliquée au projet de la phase 1 en 2013. Envisageant des projets d’expansion, l’Office a également statué que tous les autres ouvrages constituaient des installations supplémentaires, dont le coût, ainsi que le coût associé à tout allongement ou élargissement de l’une ou l’autre des structures en prévision de l’aménagement de ces installations supplémentaires, seraient supportés par la partie qui les demandera (décision de 2015, aux paragraphes 97 à 102).

IV. Les questions en litige dans le présent appel

[27] Le CP ne conteste pas l’autorisation de l’un ou l’autre de ces travaux. Le CP conteste plutôt la répartition des coûts par l’Office, soutenant qu’il n’a aucune obligation de payer des coûts excédentaires à ceux prévus dans la décision de 2013. Le CP sollicite une ordonnance annulant la décision quant à la répartition et demande que sa part des coûts soit réduite à zéro pour cent ou, subsidiairement, sollicite une ordonnance renvoyant la demande à l’Office afin qu’il rende une nouvelle décision avec la directive qu’une partie des coûts soit attribuée à la ville de Calgary et que la subvention fédérale reçue par l’Alberta soit appliquée avant la répartition des coûts.

[28] Le CP conteste la décision sur trois plans.

[29] Le CP prétend d’abord que l’Office a commis une erreur en rendant la décision de 2015 d’une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013. Ce moyen d’appel est axé sur les divergences alléguées entre les décisions de l’Office de 2013 et de 2015 quant à la DJMA et les besoins actuels.

[30] Le CP prétend en second lieu que l’Office a commis trois erreurs de droit dans son examen du paragraphe 16(4) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*. En rendant une décision qui ne tenait pas compte de la mesure dans laquelle la ville de Calgary bénéficierait de la phase 2, le CP affirme que l’Office a commis une erreur de droit en ne procédant pas à l’analyse prévue au paragraphe 16(4). Ce paragraphe dispose que « [l]’Office [tient compte] [...] des avantages respectifs que retirerait des installations la personne qui l’a saisi ou qui aurait pu le faire ». Le CP fait valoir que l’Office a également

second track when there was no evidence to that effect. The third error in the subsection 16(4) analysis arose from the failure to consider Alberta's true costs in light of the infrastructure funding.

[31] CP's third ground of appeal is that the Agency, in refusing its request for an adjournment and in proceeding in the absence of the requested documents, breached its right to procedural fairness.

A. *Standard of review*

[32] I turn first to the question of the standard of review.

[33] Although this is a statutory appeal, administrative law principles apply (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at paragraph 38), and the parties are correct in identifying reasonableness as the applicable standard of review for the first and second grounds of appeal (*Canadian National Railway v. Viterra Inc.*, 2017 FCA 6, 410 D.L.R. (4th) 128, at paragraphs 35–38; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at paragraph 100). I do not agree, however, that reasonableness applies to the question of whether the Agency breached CP's right to procedural fairness.

[34] Procedural fairness is a matter for the reviewing court to determine and, in so doing, “the standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness will continue to be ‘correctness’” (*Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502 (*Khela*), at paragraph 79). The use of the word “continues” is instructive. *Khela* did not change what Evans J.A. previously characterized as “[t]he black-letter rule” that allegations of procedural fairness are reviewed on a standard of correctness (*Re: Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170, 72 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraph 34).

commis une erreur en concluant qu'il était susceptible de retirer un avantage de l'aménagement d'une deuxième voie, alors qu'il n'y a aucune preuve en ce sens. La troisième erreur dans l'analyse prévue au paragraphe 16(4) résultait du défaut d'examiner les coûts réels pour l'Alberta à la lumière du financement en infrastructure.

[31] Le troisième moyen d'appel du CP est que l'Office, en rejetant sa demande d'ajournement et en procédant en l'absence des documents demandés, a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale.

A. *Norme de contrôle*

[32] Je me penche dans un premier temps sur la question de la norme de contrôle.

[33] Bien qu'il s'agisse d'un appel prévu par la loi, les principes du droit administratif s'appliquent (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 38), et les parties ont raison d'affirmer que la norme du caractère raisonnable est la norme de contrôle applicable au premier et au deuxième moyen d'appel (*Compagnie des chemins de fer nationaux c. Viterra Inc.*, 2017 CAF 6, aux paragraphes 35 à 38; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, au paragraphe 100). Je ne suis pas d'accord, toutefois, pour dire que la norme du caractère raisonnable s'applique à la question de savoir si l'Office a porté atteinte au droit à l'équité procédurale du CP.

[34] L'équité procédurale est une question que doit trancher la cour de révision et, ce faisant, « la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l'équité procédurale sera toujours celle de la “décision correcte” » (*Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502 (*Khela*), au paragraphe 79). L'utilisation du mot « toujours » est révélatrice. L'arrêt *Khela* n'a pas modifié ce que le juge Evans a affirmé précédemment, à savoir que « [l]e droit est bien fixé » : les allégations en matière d'équité procédurale sont examinées selon la norme de la décision correcte (*Re: Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170, au paragraphe 34).

[35] What “correctness” means in the context of procedural fairness is a question which I will address shortly.

[36] Judgments of this Court subsequent to *Khela* have confirmed that the standard of review with respect to procedural fairness matters is correctness (see e.g. *Wsáneć School Board v. British Columbia*, 2017 FCA 210, at paragraphs 22–23; *Johnny v. Adams Lake Indian Band*, 2017 FCA 146, at paragraph 19; *Therrien v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 14, 24 Admin. L.R. (6th) 46, at paragraph 2; *Miakanda-Batsika v. Bell Canada*, 2016 FCA 278, at paragraph 14; *El-Helou v. Canada (Courts Administration Service)*, 2016 FCA 273, at paragraph 43; *Arsenault v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 179, 11 Admin L.R. (6th) 187, at paragraph 11; *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 480 N.R. 365, at paragraph 16; *Abi-Mansour v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 135, 474 N.R. 193, at paragraph 6).

[37] There is commentary in some decisions of this Court that the law on this question is unsettled. Closer examination, however, reveals that this is not the case.

[38] In *Maritime Broadcasting System Limited v. Canadian Media Guild*, 2014 FCA 59, 70 Admin L.R. (5th) 1 (*Maritime Broadcasting*) decided before *Khela*, a reasonableness standard was expressed, but only in dissent. *Re: Sound* is, on occasion, incorrectly relied on for assertion of the reasonableness standard. There, a correctness standard was applied, albeit with an emphasis on the discretion administrative decision makers have in making procedural choices. *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75, 465 N.R. 152 (*Forest Ethics*), also relied on as support for the reasonableness standard, was decided seven months after *Khela*. It does not mention *Khela*. The comments of the majority in *Vavilov v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 132, [2018] 3 F.C.R. 75, 52 Imm. L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), at paragraphs 11–14, on this issue are, as Gleason J.A. pointed out in her dissenting reasons (at paragraph 92), *obiter*. *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 99 Admin. L.R. (5th) 1 (*Bergeron*), although

[35] Ce que signifie l’expression « décision correcte » dans le contexte de l’équité procédurale est une question que j’aborderai sous peu.

[36] Les jugements que la Cour a rendus après l’arrêt *Khela* ont confirmé que la norme de contrôle applicable en ce qui concerne les questions d’équité procédurale est la norme de la décision correcte (voir, p. ex., *Wsáneć School Board c. Colombie-Britannique*, 2017 CAF 210, aux paragraphes 22 et 23; *Johnny c. Bande indienne d’Adams Lake*, 2017 CAF 146, au paragraphe 19; *Therrien c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 14, au paragraphe 2; *Miakanda-Batsika c. Bell Canada*, 2016 CAF 278, au paragraphe 14; *El-Helou c. Canada (Service administratif des tribunaux judiciaires)*, 2016 CAF 273, au paragraphe 43; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 179, au paragraphe 11; *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38, au paragraphe 16; *Abi-Mansour c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 135, au paragraphe 6).

[37] Selon certaines décisions de la Cour, le droit sur cette question n’est pas fixé. Un examen plus approfondi révèle toutefois que ce n’est pas le cas.

[38] Dans l’arrêt *Maritime Broadcasting System Ltd. c. La Guilde canadienne des médias*, 2014 CAF 59 (*Maritime Broadcasting*), rendu avant l’arrêt *Khela*, la norme de la décision raisonnable a été mentionnée, mais seulement dans les motifs dissidents. On s’appuie parfois, à tort, sur la décision *Ré: Sonne* pour alléguer que c’est la norme de la décision raisonnable qui s’applique. Dans cette affaire, la norme de la décision correcte a été appliquée, même si la Cour a mis l’accent sur le pouvoir discrétionnaire des décideurs administratifs de faire des choix de procédure. L’arrêt *Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l’énergie)*, 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75 (*Forest Ethics*), également invoqué à l’appui de la norme de la décision raisonnable, a été rendu sept mois après l’arrêt *Khela*. Cet arrêt ne fait aucune mention de l’arrêt *Khela*. Les commentaires des juges majoritaires dans l’arrêt *Vavilov c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 132, [2018] 3 R.C.F. 75 (*Vavilov*), aux paragraphes 11 à 14 sur cette question sont, comme la juge Gleason l’a

decided subsequent to *Khela*, relies on *Forest Ethics* and the dissent in *Maritime Broadcasting*.

[39] The argument advanced before this Court is that procedural fairness is assessed on a correctness basis with considerable deference to the tribunal's procedural choices. As long as the procedural choices are reasonable, the correctness standard is met. The assertion, which is not infrequently heard, is circular and in my view, confuses two separate parts in the analysis of an alleged breach of procedural fairness.

[40] I return to the core principles of procedural fairness. It is understood that the answer to what fairness requires in any particular circumstance is highly variable and contextual (*Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, 69 D.L.R. (4th) 489, at page 682). The content or degree of fairness required is informed by the five, non-exhaustive contextual factors identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R. (4th) 193 (*Baker*), at pages 837–841 [paragraphs 21–28] (see also *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504 (*Mavi*), at paragraph 42). Of those factors, the fifth, the degree of deference accorded to the decision maker, is relevant here.

[41] We know from *Baker* that the deference paid to a tribunal's choice of procedure is *one* factor which assists in calibrating the degree of procedural fairness required. It assists, but it does not control. The deference that may be shown to tribunals to make procedural choices does not mean that the ultimate question of whether the proceedings were, on a whole, fair is assessed on a reasonableness standard. This argument equates the contextual factors which are directed to determining *the content* of fairness (e.g., the sufficiency of a written versus an oral hearing) with the ultimate question—*whether* the party knew the case they had to meet, had an opportunity to

signalé dans ses motifs dissidents (au paragraphe 92), des opinions. L'arrêt *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160 (*Bergeron*), même s'il a été rendu après l'arrêt *Khela*, se fonde sur l'arrêt *Forest Ethics* et les motifs dissidents formulés dans l'arrêt *Maritime Broadcasting*.

[39] L'argument avancé devant la Cour est que l'équité procédurale est évaluée selon la norme de la décision correcte, et ce, en faisant preuve d'une grande déférence à l'égard des choix faits par le tribunal en matière de procédure. Tant que les choix de procédure sont raisonnables, la norme de la décision correcte est satisfaite. Cette affirmation, qu'il n'est pas peu fréquent d'entendre, est circulaire et, à mon avis, confond deux parties distinctes de l'analyse d'un manquement allégué à l'équité procédurale.

[40] Je reviens aux principes fondamentaux de l'équité procédurale. Il est convenu que la réponse à ce qu'exige l'équité dans une circonstance particulière est très variable et tributaire du contexte (*Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la page 682). La teneur ou le degré d'équité requis est circonscrit par les cinq facteurs contextuels non exhaustifs énoncés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), aux pages 837 à 841 [paragraphes 21 à 28] (voir aussi l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504 (*Mavi*), au paragraphe 42). Parmi ces facteurs, le cinquième, soit le degré de déférence dont il faut faire preuve à l'égard du décideur, est pertinent en l'espèce.

[41] Il ressort de l'arrêt *Baker* que la déférence dont il faut faire preuve à l'égard du choix fait par le tribunal en matière de procédure est un facteur qui permet de mesurer le degré d'équité procédurale requis. Ce facteur est utile, mais il n'est toutefois pas déterminant. La déférence dont on peut faire preuve à l'égard des tribunaux en ce qui concerne leurs choix en matière de procédure ne signifie pas que la question fondamentale de savoir si les procédures étaient, dans l'ensemble, équitables, est appréciée selon la norme de la décision raisonnable. Cet argument assimile les facteurs contextuels qui visent à déterminer le degré d'équité (p. ex., le caractère adéquat

respond and had an impartial decision maker consider their case fully and fairly. To contend that the standard of review is correctness with an element of deference thus marries two discrete questions.

[42] Paragraph 89 of *Khela* is, at times, cited for the proposition that reasonableness should apply to procedural fairness:

Section 27(3) authorizes the withholding of information when the Commissioner has “reasonable grounds to believe” that should the information be released, it might threaten the security of the prison, the safety of any person or the conduct of an investigation. The Commissioner, or his or her representative, is in the best position to determine whether such a risk could in fact materialize. As a result, the Commissioner, or the warden, is entitled to a margin of deference on this point. Similarly, the warden and the Commissioner are in the best position to determine whether a given source or informant is reliable. Some deference is accordingly owed on this point as well. If, however, certain information is withheld without invoking s. 27(3), deference will not be warranted, and the decision will be procedurally unfair and therefore unlawful.

[43] But *Khela* must be read in light of the statutory scheme under consideration by the Court. Subsection 27(3) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, authorized the Commissioner of Corrections to withhold documents which would otherwise be relevant and pertinent to the fairness of the proceedings where there were “reasonable grounds to believe” (emphasis added) that disclosing information would threaten the safety or security of the institution or its residents. Consistent with *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, the focus of the Court’s consideration was the effect of the statutory language in framing the content of the duty of procedural fairness. It was not directed to the question of the standard of review.

d’une audience sur dossier par opposition à une audience tenue de vive voix) à la question fondamentale, soit de savoir si la partie connaissait la preuve à réfuter, si elle a eu la possibilité de répondre et si un décideur impartial a examiné sa preuve pleinement et équitablement. L’argument que la norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte, assortie d’un élément de déférence, combine donc deux questions distinctes.

[42] On cite parfois le paragraphe 89 de l’arrêt *Khela* à l’appui de la thèse selon laquelle la norme de la décision raisonnable devrait s’appliquer à l’équité procédurale :

Aux termes du par. 27(3), le commissaire peut refuser la communication de renseignements s’il a des « motifs raisonnables de croire » que la communication de ces renseignements pourrait mettre en danger la sécurité du pénitencier, la sécurité d’une personne, ou pourrait compromettre la tenue d’une enquête. Le commissaire, ou son représentant, est le mieux en mesure de décider si ce risque pourrait effectivement se concrétiser. Par conséquent, il faut, dans une certaine mesure, faire preuve de déférence sur ce point envers le commissaire ou le directeur. De même, ces derniers sont mieux en mesure de déterminer la fiabilité de certaines sources ou de certains informateurs. Par conséquent, il faut, sur ce point également, faire preuve d’une certaine déférence. Toutefois, si le par. 27(3) n’est pas invoqué et que certains renseignements ne sont pas communiqués, la déférence ne sera pas justifiée et la décision sera inéquitable sur le plan procédural et, par conséquent, illégale.

[43] Cependant, l’arrêt *Khela* doit être interprété à la lumière du régime législatif examiné par la Cour. Le paragraphe 27(3) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, autorisait le commissaire du Service correctionnel à retenir des documents qui par ailleurs seraient pertinents pour ce qui est de l’équité des procédures lorsqu’il y avait des « motifs raisonnables de croire » (la Cour souligne) que la communication des renseignements mettrait en danger la sécurité de l’établissement ou de ses résidents. Conformément à l’arrêt *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, l’examen de la Cour était axé sur l’effet du texte législatif en ce qui concerne la formulation de la teneur de l’obligation d’équité procédurale. Il ne visait pas la question de la norme de contrôle applicable.

[44] The suggestion that procedural fairness is reviewed on a correctness standard with some deference is both confusing and unhelpful. It is confusing because the standard of review is applied to consideration of outcomes, and, as a doctrine, is not applied to the procedure by which they are reached. This is neither a new, nor startling observation. The point was made by Binnie J. in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539 [at paragraph 102]:

The content of procedural fairness goes to the manner in which the Minister went about making his decision, whereas the standard of review is applied to the end product of his deliberations.

[45] In *Kelly v. Nova Scotia Police Commission*, 2006 NSCA 27, 241 N.S.R. (2d) 300, at paragraphs 20–21 Cromwell J. (then at the Nova Scotia Court of Appeal) observed, to the same effect, that deference is owed to the decision maker’s choice of procedure in determining the content of the duty of fairness but none is owed in determining whether the decision maker fulfilled that duty. Again, this reasoning recognizes that references to deference in the context of procedural fairness arise not in considering the standard of review, but in considering the fifth factor from *Baker*, informing the content of the duty of fairness.

[46] Procedural fairness has been described as “a cornerstone of modern Canadian administrative law” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 79) and whether that duty has been fulfilled has, for decades, been treated as a legal question for the Court to answer (*Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311, (1978), 88 D.L.R. (3d) 671 (*Nicholson*); *Knight*, at page 682; *Baker* at pages 837–841 [paragraphs 21–28]; *Mavi*, at paragraph 42). Deference is but one criterion amongst many that informs the *content* of fairness, but it is irrelevant in

[44] La thèse selon laquelle la norme de contrôle qui s’applique en matière d’équité procédurale est la norme de la décision correcte, assortie d’une certaine déférence, prête à confusion et est inutile. Elle porte à confusion, car la norme de contrôle s’applique à l’examen des résultats et, en tant que thèse, elle ne s’applique pas à la procédure par laquelle ces résultats sont atteints. Il s’agit d’une remarque qui n’est ni nouvelle ni surprenante. Ce point a été souligné par le juge Binnie dans l’arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539 [au paragraphe 102]:

L’équité procédurale concerne la manière dont le ministre est parvenu à sa décision, tandis que la norme de contrôle s’applique au résultat de ses délibérations.

[45] Dans l’arrêt *Kelly c. Nova Scotia Police Commission*, 2006 NSCA 27, 241 N.S.R. (2d) 300, aux paragraphes 20 et 21, le juge Cromwell (alors juge à la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse) a fait remarquer, dans le même sens, qu’on doit faire preuve de déférence à l’égard du choix fait par le décideur en matière de procédure au moment de décider du degré de l’obligation d’équité, mais qu’il n’est pas nécessaire de faire preuve de déférence lorsqu’il est question de décider si le décideur s’est acquitté de cette obligation. La Cour le rappelle, ce raisonnement reconnaît que les mentions relatives à la déférence qui sont faites dans le contexte de l’équité procédurale ne sont pas faites lorsqu’il est question de déterminer la norme de contrôle applicable, mais elles sont faites dans le cadre de l’examen du cinquième facteur énoncé dans l’arrêt *Baker*, soit le facteur qui aide à déterminer le degré de l’obligation d’équité.

[46] L’équité procédurale a été décrite comme « un fondement du droit administratif canadien moderne » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 79) et la question de savoir si cette obligation a été satisfaite a, pendant des décennies, été traitée comme une question juridique que la Cour devait trancher (*Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311 (*Nicholson*); *Knight*, à la page 682; *Baker*, aux pages 837 à 841 [paragraphes 21 à 28]; *Mavi*, au paragraphe 42). La déférence n’est qu’un des nombreux critères qui permet de déterminer le degré

answering the question as to *whether* fairness has been met. *Dunsmuir* itself is an authority for the point.

[47] It is useful to recall that in *Dunsmuir* there were two issues before the Court. The first concerned the adjudicator's decision as to whether provincial legislation permitted an inquiry into the employer's reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice. It was in relation to this issue that the Court considered the standard of review and determined that it should be reasonableness. But there was a second issue in *Dunsmuir*, long lost in the decade long debate precipitated by that decision. This orphaned issue concerned the nature of procedural fairness to be given to a public office holder when dismissed. The analysis of the procedural fairness question was considered discretely, hermetically sealed from the discussion of the standard of review. The standard of review played no role in answering the second question.

[48] The point is made more clearly if reference is made to the measures of reasonableness articulated in *Dunsmuir*—justification, transparency and intelligibility. Those criteria allow a reviewing court to test the reasonableness of a decision and whether it falls “within a range of reasonable outcomes”. They are devices by which a reviewing court conducts substantive review. As tools, they are of no avail in assessing whether the duty of fairness has been met. The reasonableness of a decision is of no consequence if it was reached in a procedurally unfair manner.

[49] I note, parenthetically, the observation of Binnie J. in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), at paragraph 102 that *Dunsmuir* says procedural fairness issues are

d'équité, mais elle ne s'applique pas lorsqu'il est question de répondre à la question de savoir si l'obligation d'équité a été satisfaite. L'arrêt *Dunsmuir* lui-même est un précédent en ce qui concerne ce point.

[47] Il est utile de rappeler que, dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour était saisie de deux questions. La première question portait sur la décision de l'arbitre quant à savoir si les lois provinciales autorisaient la tenue d'une enquête sur la raison pour laquelle l'employeur décidait de congédier un employé avec préavis ou indemnité en tenant lieu. C'était relativement à cette question que la Cour s'est penchée sur la question de la norme de contrôle applicable et a décidé que c'était la norme de la décision raisonnable. Cependant, dans l'arrêt *Dunsmuir*, une deuxième question a été soulevée et celle-ci a été perdue de vue pendant le débat de dix ans qui a été suscité par cette décision. Cette question oubliée portait sur la nature de l'équité procédurale devant être accordée au titulaire d'une charge publique lorsqu'il fait l'objet d'un congédiement. L'analyse de la question de l'équité procédurale a été examinée dans le cadre d'une analyse complètement distincte de l'analyse portant sur la question de la norme de contrôle applicable. L'analyse portant sur la question de la norme de contrôle applicable n'a joué aucun rôle dans la réponse à la deuxième question.

[48] Cette observation est formulée plus clairement si on fait mention des critères permettant d'évaluer le caractère raisonnable énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir*, soit la justification, la transparence et l'intelligibilité. Ces critères permettent à une cour de révision de vérifier le caractère raisonnable d'une décision et de savoir si elle appartient « aux issues possibles acceptables ». Il s'agit d'outils qui permettent à une cour de révision de procéder à un examen approfondi. Comme outils, ils ne sont d'aucune utilité dans l'appréciation de la question de savoir si l'obligation d'équité a été satisfaite. Le caractère raisonnable d'une décision est sans conséquence si on est arrivé à celle-ci d'une manière qui contrevient à l'équité procédurale.

[49] Je souligne, entre parenthèses, la remarque formulée par le juge Binnie dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), au paragraphe 102, à savoir que, selon l'arrêt

determined on a correctness basis. As was observed in *Maritime Broadcasting*, at paragraph 79, this comment was made in passing and is *obiter*. There has also been academic commentary that this statement is in error, and that nothing in *Dunsmuir* merges the standard of review of decisions into procedural fairness (Edward Clark, “Reasonably Unified: The Hidden Convergence of Standards of Review in the Wake of Baker” (2018) 31 Can. J. Admin. L. & Prac. 1, at pages 8–9; The Hon. Simon Ruel, “What is the Standard of Review to Be Applied to Issues of Procedural Fairness?” (2016) 29 Can. J. Admin. L. & Prac. 259 (The Hon. Simon Ruel), at page 268). Nonetheless, the substance of the point, as opposed to its provenance, is consistent with the observation in *Khela* that correctness in the context of procedural fairness simply means a court must be satisfied that the right to procedural fairness has been met. Nor do I understand Binnie J. to be departing from the distinction he drew in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, between substantive and procedural review.

[50] This is why the Ontario Court of Appeal has recognized that “no standard of review analysis is necessary” in assessing procedural fairness (*Brooks v. Ontario Racing Commission*, 2017 ONCA 833, 33 Admin. L.R. (6th) 316, at paragraph 5). This conclusion is consistent with the observation that issues of procedural fairness have not been entangled in standard of review analysis (The Hon. John M. Evans, “View from the Top: Administrative Law in the Supreme Court of Canada 2016–2017” in Donald J. M. Brown & the Hon. John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf (Toronto: Thomson Reuters Canada Limited, 2017), at page 2017VT–14).

[51] Other appellate courts have also, appropriately, questioned the role, if any, of the standard of review analysis in assessing procedural fairness. They have, in the end, used correctness to express the measure of

Dunsmuir, c’est la norme de la décision correcte qui s’applique aux questions d’équité procédurale. Comme on l’a fait remarquer dans l’arrêt *Maritime Broadcasting*, au paragraphe 79, ce commentaire a été fait en passant et constitue une opinion. Un certain nombre d’auteurs ont dit que cette affirmation constitue une erreur et que l’arrêt *Dunsmuir* n’a pas fusionné la norme de contrôle pour ce qui est de l’équité procédurale (Edward Clark, « Reasonably Unified : The Hidden Convergence of Standards of Review in the Wake of Baker » (2018) 31 Can. J. Admin. L. & Prac. 1, aux pages 8 et 9; l’honorable Simon Ruel, « What is the Standard of Review to Be Applied to Issues of Procedural Fairness? » (2016) 29 Can. J. Admin. L. & Prac. 259 (l’honorable Simon Ruel), à la page 268). Néanmoins, l’essence de ce point, par opposition à sa provenance, est conforme à l’observation formulée dans l’arrêt *Khela* selon laquelle la décision correcte dans le contexte de l’équité procédurale signifie simplement qu’une cour doit être convaincue que le droit à l’équité procédurale été respecté. Je n’interprète pas non plus la remarque du juge Binnie comme s’écartant de la distinction qu’il a faite dans l’arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, entre un examen portant sur le fond et un examen portant sur la procédure.

[50] C’est la raison pour laquelle la Cour d’appel de l’Ontario a reconnu que [TRADUCTION] « aucune analyse quant à la norme de contrôle applicable n’est nécessaire » en matière d’appréciation de l’équité procédurale (*Brooks c. Ontario Racing Commission*, 2017 ONCA 833, 33 Admin. L.R. (6th) 316, au paragraphe 5). Cette conclusion est conforme à l’observation selon laquelle les questions d’équité procédurale n’ont pas été mêlées à la question de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable (l’honorable John M. Evans, « View from the Top : Administrative Law in the Supreme Court of Canada 2016–2017 », dans Donald J. M. Brown et l’honorable John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Thomson Reuters Canada Limited, 2017, à la page 2017VT-14).

[51] D’autres cours d’appel se sont également, à juste titre, interrogées sur le rôle, le cas échéant, de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable dans le cadre de l’appréciation de l’équité procédurale. En fin de compte,

whether the duty to provide procedural fairness has been met (*Boeing Canada Operations Ltd. v. Winnipeg (City) Assessor*, 2017 MBCA 83, 23 Admin. L.R. (6th) 87, at paragraphs 31–36; *Eagle’s Nest Youth Ranch Inc. v. Corman Park (Rural Municipality #344)*, 2016 SKCA 20, 476 Sask. R. 18 (*Eagle’s Nest*), at paragraphs 21 and 26–29; *Spinks v. Alberta (Law Enforcement Review Board)*, 2011 ABCA 162, 46 Alta. L.R. (5th) 84 (*Spinks*), at paragraphs 23 and 27.

[52] In *Khela*, the Supreme Court did not subsume or collapse a discrete doctrine of administrative law, the law of procedural fairness, into the standard of review applicable to substantive review. To do so it would have had to depart from its decision in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), where it applied a deferential standard of review to the substance of the Minister’s decision and found it to be reasonable, but nonetheless set the decision aside on the basis that the underlying statutory mechanisms by which the decision was reached were procedurally unfair. It would also have entailed a departure from its ruling in *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249, at paragraph 74, where the Court explicitly stated that an evaluation of procedural fairness “requires no assessment of the appropriate standard of judicial review.”

[53] In the same vein, the Court in *Khela* is very clear about the demarcation between the principles that govern substantive as opposed to procedural review (at paragraphs 79–80), in holding that reasonableness has no relevance to the question whether the duty of procedural fairness has been met:

Third, the ability to challenge a decision on the basis that it is unreasonable does not necessarily change the standard of review that applies to other flaws in the decision or in the decision-making process. For instance, the standard for determining whether the decision maker complied with the duty of procedural fairness will continue to be “correctness”.

elles ont eu recours à la norme de la décision correcte pour évaluer si l’obligation en matière d’équité procédurale avait été satisfaite (*Boeing Canada Operations Ltd. v. Winnipeg (City) Assessor*, 2017 MBCA 83, 23 Admin. L.R. (6th) 87, aux paragraphes 31 à 36; *Eagle’s Nest Youth Ranch Inc. v. Corman Park (Rural Municipality #344)*, 2016 SKCA 20, 476 Sask. R. 18 (*Eagle’s Nest*), aux paragraphes 21 et 26 à 29; *Spinks v. Alberta (Law Enforcement Review Board)*, 2011 ABCA 162, 46 Alta. L.R. (5th) 84 (*Spinks*), aux paragraphes 23 et 27.

[52] Dans l’arrêt *Khela*, la Cour suprême n’a pas fondu une doctrine distincte du droit administratif, à savoir le droit de l’équité procédurale, dans la norme de contrôle applicable à l’examen portant sur le fond. Pour ce faire, il aurait fallu qu’elle s’écarte de la décision qu’elle a rendue dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*), où elle a appliqué une norme de contrôle faisant appel à la déférence au fond de la décision du ministre et a conclu qu’elle était raisonnable, mais a néanmoins annulé la décision au motif que les mécanismes sous-jacents prévus par la loi par lesquels on est arrivé à la décision étaient inéquitables sur le plan de la procédure. Elle se serait ainsi écartée de la décision qu’elle a rendue dans l’arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249, au paragraphe 74, où elle a explicitement déclaré qu’une évaluation de l’équité procédurale « n’exige pas qu’on détermine la norme de révision judiciaire applicable ».

[53] Dans le même ordre d’idées, la Cour, dans l’arrêt *Khela*, a été très claire en ce qui concerne la demarcation entre les principes qui régissent un examen portant sur le fond par rapport à un examen portant sur la procédure (aux paragraphes 79 et 80) en concluant que la norme de la décision raisonnable n’est aucunement pertinente en ce qui a trait à la question de savoir si l’obligation d’équité procédurale a été satisfaite :

Troisièmement, la possibilité de contester une décision au motif qu’elle est déraisonnable ne change pas nécessairement la norme de révision applicable aux autres lacunes de la décision ou du processus décisionnel. Par exemple, la norme applicable à la question de savoir si la décision a été prise dans le respect de l’équité procédurale sera toujours celle de la « décision correcte ».

It will not be necessary to determine whether the decision made by the Warden in the instant case was unlawful on the basis of unreasonableness. As I will explain below, the decision was unlawful because it was procedurally unfair.

[54] A court assessing a procedural fairness argument is required to ask whether the procedure was fair having regard to all of the circumstances, including the *Baker* factors. A reviewing court does that which reviewing courts have done since *Nicholson*; it asks, with a sharp focus on the nature of the substantive rights involved and the consequences for an individual, whether a fair and just process was followed. I agree with Caldwell J.A.'s observation in *Eagle's Nest* (at paragraph 20) that, even though there is awkwardness in the use of the terminology, this reviewing exercise is "best reflected in the correctness standard" even though, strictly speaking, no standard of review is being applied.

[55] Attempting to shoehorn the question of procedural fairness into a standard of review analysis is also, at the end of the day, an unprofitable exercise. Procedural review and substantive review serve different objectives in administrative law. While there is overlap, the former focuses on the nature of the rights involved and the consequences for affected parties, while the latter focuses on the relationship between the court and the administrative decision maker. Further, certain procedural matters do not lend themselves to a standard of review analysis at all, such as when bias is alleged. As *Suresh* demonstrates, the distinction between substantive and procedural review and the ability of a court to tailor remedies appropriate to each is a useful tool in the judicial toolbox, and, in my view, there are no compelling reasons why it should be jettisoned.

[56] No matter how much deference is accorded administrative tribunals in the exercise of their discretion to make procedural choices, the ultimate question remains whether the applicant knew the case to meet and

Il n'est pas nécessaire de savoir si la décision qu'a prise la directrice dans la présente affaire était illégale parce qu'elle était déraisonnable. Comme je l'expliquerai plus loin, la décision était illégale parce qu'elle était inéquitable sur le plan procédural.

[54] La cour qui apprécie un argument relatif à l'équité procédurale doit se demander si la procédure était équitable eu égard à l'ensemble des circonstances, y compris à l'égard des facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker*. Une cour de révision fait ce que les cours de révision ont fait depuis l'arrêt *Nicholson*; elle demande, en mettant nettement l'accent sur la nature des droits substantiels concernés et les conséquences pour la personne, si un processus juste et équitable a été suivi. Je souscris à l'observation du juge Caldwell dans l'arrêt *Eagle's Nest* (au paragraphe 20) selon laquelle, même s'il y a une certaine maladresse dans l'utilisation de la terminologie, cet exercice de révision est [TRADUCTION] « particulièrement bien reflété dans la norme de la décision correcte », même si, à proprement parler, aucune norme de contrôle n'est appliquée.

[55] Tenter de caser la question de l'équité procédurale dans une analyse relative à la norme de contrôle applicable est aussi, en fin de compte, un exercice non rentable. L'examen portant sur la procédure et l'examen portant sur le fond visent différents objectifs en droit administratif. Bien qu'il y ait un chevauchement, le premier porte sur la nature des droits concernés et les conséquences pour les parties touchées, alors que le dernier porte sur la relation entre la cour et le décideur administratif. En outre, certaines questions de procédure ne se prêtent pas du tout à une analyse relative à la norme de contrôle applicable, par exemple lorsque la partialité est alléguée. Comme le démontre l'arrêt *Suresh*, la distinction entre l'examen portant sur le fond, l'examen portant sur la procédure et la capacité d'un tribunal à accorder des mesures de redressement adaptées à chacun est un outil utile dans la boîte à outils judiciaire et, à mon avis, il n'y a aucune raison convaincante pour laquelle elle devrait être abandonnée.

[56] Peu importe la déférence qui est accordée aux tribunaux administratifs en ce qui concerne l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de faire des choix de procédure, la question fondamentale demeure celle de savoir

had a full and fair chance to respond. It would be problematic if an *a priori* decision as to whether the standard of review is correctness or reasonableness generated a different answer to what is a singular question that is fundamental to the concept of justice—was the party given a right to be heard and the opportunity to know the case against them? Procedural fairness is not sacrificed on the altar of deference.

[57] I now circle back to the facts of this case.

B. *Did the Agency err in law by rendering the 2015 Decision in a manner that conflicts with the 2013 Decision?*

[58] The essence of CP’s argument is that there was not a sufficient change in the projected AADT between the 2013 Decision and the 2015 Decision to warrant a change in the amount of work required to meet present day needs regarding vehicular traffic. In particular, CP alleges that since the Agency ruled in the 2013 Decision that six lanes was sufficient to meet the 31 000–50 000 AADT category of Alberta’s Highway Geometric Design Guide, it was inconsistent to rule, as it did in the 2015 Decision, that seven lanes were required to meet the same 31 000–50 000 AADT category. CP submits this inconsistency constitutes an error of law and, on that basis, the works authorized in the 2015 Decision, including the construction of the second lane, should be classified as additional facilities, and not as part of the basic grade separation required to meet the present day needs.

[59] As Alberta notes, the present day needs did change. In arguing that the present day needs in both 2013 and in 2015 fell in the 31 000–50 000 AADT category, CP mischaracterizes the present day needs. Rather, in 2013 the AADT was 26 000; in 2015 it was 37 600. That the Agency found, in 2013, that 26 000 was “sufficiently close” to 31 000 to warrant six lanes does not

si le demandeur connaissait la preuve à réfuter et s’il a eu possibilité complète et équitable d’y répondre. Cela pourrait s’avérer problématique si une décision *a priori* sur la question de savoir si la norme de contrôle applicable est la norme de la décision correcte ou la norme de la décision raisonnable donnait une réponse différente à ce qui est une question singulière fondamentale à la notion de justice — a-t-on accordé à la partie le droit d’être entendue et la possibilité de connaître la preuve qu’elle doit réfuter? L’équité procédurale n’est pas sacrifiée sur l’autel de la déférence.

[57] Je reviens maintenant aux faits de l’espèce.

B. *L’Office a-t-il commis une erreur en rendant la décision de 2015 d’une manière qui ne concordait pas avec la décision de 2013?*

[58] L’essence de l’argument du CP est que le changement dans le DJMA prévu entre la décision de 2013 et la décision de 2015 ne suffisait pas à justifier un changement dans le volume de travail requis pour répondre aux besoins actuels concernant la circulation routière. Plus particulièrement, le CP allègue que puisque l’Office a statué dans la décision de 2013 que six voies étaient suffisantes pour satisfaire à la catégorie du DJMA de 31 000 à 50 000 du guide de conception géométrique de l’Alberta, il était illogique de statuer, comme il l’a fait dans la décision de 2015, que sept voies étaient requises afin de satisfaire à la même catégorie du DJMA de 31 000 à 50 000. Le CP soutient que cette incompatibilité constitue une erreur de droit et que, pour ce motif, les travaux autorisés dans la décision de 2015, y compris la construction de la deuxième voie, devraient être considérés comme ayant trait à des installations supplémentaires et non pas comme ayant trait au saut-de-mouton requis pour répondre aux besoins actuels.

[59] Comme le fait remarquer l’Alberta, les besoins actuels ont changé. En faisant valoir que les besoins de 2013 et de 2015 entraient dans la catégorie du DJMA de 31 000 à 50 000, le CP qualifie mal les besoins actuels. En 2013, le DJMA était plutôt de 26 000; en 2015, il était de 37 600. Le fait que l’Office a conclu, en 2013, que ce DJMA de 26 000 était « suffisamment proche »

mean that the Agency made a finding that the AADT in 2013 was in fact 31 000, not 26 000.

[60] The Agency found that six lanes were required to meet the present day needs of 26 000 AADT in 2012 (2013 Decision, at paragraphs 26–28). In 2015, it found that the traffic would increase to 37 600—above the Design Guide threshold for six lanes—by the time Phase 2 finished and that seven lanes was required to meet the change in the present day needs (2015 Decision, at paragraphs 86–90 and 94).

[61] These determinations are factual findings with which it is not open to the Court to interfere. An appeal to this Court may only be made on a question of law or jurisdiction; Transportation Act, section 41. Regardless, reading the reasons as a whole together with the outcome, and considering the fact that the present day needs did in fact change and that the next category—“over 50 000”—warranted eight lanes, the increase to 37 600 places the determination of seven lanes within the range of reasonable outcomes.

[62] Once the nuances of the Agency’s AADT findings are clarified, it is clear there is no conflict between the two decisions. This ground of appeal therefore fails.

C. Did the Agency err in law by failing to conduct a proper analysis as mandated by subsection 16(4) of the Railway Safety Act?

[63] As noted, CP submits the Agency made three legal errors in its analysis of subsection 16(4).

[64] To recapitulate, it contends that the Agency erred in finding that CP would benefit due to an increase in rail traffic because this finding was made without any evidence. Indeed, CP says the only evidence on this point was to the opposite—that CP did not foresee an increase in traffic, thus, it was an error of law to make a contrary finding.

de 31 000 pour justifier un tronçon à six voies ne signifie pas que l’Office a tiré la conclusion que le DJMA en 2013 était en fait de 31 000 et non de 26 000.

[60] L’Office a conclu qu’un tronçon à six voies était nécessaire pour répondre aux DJMA de 26 000 de 2012 (décision de 2013, aux paragraphes 26 à 28). En 2015, il a conclu que la circulation augmenterait à 37 600 — au-delà du seuil du guide de conception pour six voies — au moment où la phase 2 serait achevée et qu’un tronçon à sept voies était requis afin de répondre au changement dans les besoins actuels (décision de 2015, aux paragraphes 86 à 90 et 94).

[61] Ces décisions sont des conclusions de fait qu’il n’est pas loisible à la Cour de modifier. Il ne peut être interjeté appel devant la Cour que relativement à une question de droit ou de compétence; Loi sur les transports, article 41. Peu importe, compte tenu de l’ensemble des motifs et du résultat, et compte tenu du fait que les besoins actuels ont bel et bien changé et que la prochaine catégorie — [TRADUCTION] « plus de 50 000 » — justifiait un tronçon à huit voies, l’augmentation à 37 600 fait en sorte que la décision portant qu’un tronçon de sept voies est requis appartient aux issues possibles acceptables.

[62] Maintenant que les nuances des conclusions de l’Office relatives au DJMA ont été précisées, il est clair qu’il n’existe aucun conflit entre les deux décisions. Ce moyen d’appel est donc rejeté.

C. L’Office a-t-il commis une erreur de droit en ne procédant pas à l’analyse prévue au paragraphe 16(4) de la Loi sur la sécurité ferroviaire?

[63] Comme je l’ai déjà indiqué, le CP fait valoir que l’Office a commis trois erreurs de droit dans l’analyse prévue au paragraphe 16(4).

[64] Pour récapituler, le CP prétend que l’Office a commis une erreur en concluant qu’il profiterait d’une augmentation du trafic ferroviaire, car cette conclusion a été tirée sans aucun élément de preuve. En effet, le CP affirme que le seul élément de preuve sur ce point démontre le contraire — le CP ne prévoyait pas une augmentation du trafic, et, par conséquent, tirer une conclusion contraire constituait une erreur de droit.

[65] Secondly, CP asserts that, since the City of Calgary is a beneficiary, subsection 16(4) required the Agency to apportion some costs to Calgary. It also argues that, once Calgary's future facilities are constructed, Calgary will be partially responsible for the traffic increase at the crossing, a consideration which also required the Agency to apportion costs to Calgary. CP submits the Agency erred in failing to apportion costs on either basis.

[66] Thirdly, CP asserts subsection 16(4) mandates the Agency to take into account federal funding Alberta received before apportioning costs and erred in failing to do so.

[67] Turning to the first ground, I agree with CP that the Agency did not explain why there would be an increase in rail traffic (2015 Decision, at paragraph 91). Indeed, the only evidence on this point was from CP, which said, at two points during the proceedings, that it did not foresee or contemplate a requirement for a second track. There was thus no evidence before the Agency that there would be an increase in rail traffic and CP may well be correct that it is an error of law to make a finding of fact for which there is no supporting evidence: *R. v. J.M.H.*, 2011 SCC 45, [2011] 3 S.C.R. 197, at paragraph 25.

[68] However, this does not mean that it was unreasonable to apportion costs to CP when it would not benefit from the construction.

[69] In the application before it, the Agency was asked to apportion costs of the reconstruction of an existing grade separation primarily due to road development. As it was an existing grade separation the Agency apportioned costs 85:15 to the road authority and the railway authority, respectively, reflecting the normal position set out in the Agency's publication, *Apportionment of Costs of Grade Separations: A Resource Tool* (the Resource Tool).

[65] Deuxièmement, le CP prétend que, puisque la ville de Calgary est une bénéficiaire, le paragraphe 16(4) exigeait que l'Office attribue une partie des coûts à Calgary. Il prétend également que, une fois que les futures installations de Calgary seront construites, Calgary sera partiellement responsable de l'augmentation du trafic au franchissement, une considération qui exigeait également que l'Office attribue des coûts à Calgary. Le CP prétend que, pour ces deux motifs, l'Office a commis une erreur dans la répartition des coûts.

[66] Troisièmement, le CP prétend que le paragraphe 16(4) oblige l'Office à tenir compte du financement fédéral reçu par l'Alberta avant de répartir les coûts et a commis une erreur en omettant de le faire.

[67] En ce qui concerne le premier moyen, je conviens avec le CP que l'Office n'a pas expliqué la raison pour laquelle il y aurait une augmentation du trafic ferroviaire (décision de 2015, au paragraphe 91). En effet, le seul élément de preuve sur ce point provenait du CP, qui a affirmé, à deux reprises pendant les procédures, qu'il ne prévoyait ou n'envisageait pas qu'une deuxième voie serait nécessaire. Par conséquent, l'Office n'était saisi d'aucun élément de preuve selon lequel il y aurait une augmentation du trafic ferroviaire et il se peut bien que le CP ait raison d'affirmer qu'il s'agit d'une erreur de droit que de tirer une conclusion de fait qui n'est étayée par aucune preuve à l'appui : *R. c. J.M.H.*, 2011 CSC 45, [2011] 3 R.C.S. 197, au paragraphe 25.

[68] Cependant, cela ne veut pas dire qu'il était déraisonnable d'attribuer des coûts au CP alors qu'il ne retirait pas un avantage de la construction.

[69] Dans la demande dont il était saisi, il était demandé à l'Office de répartir les coûts de la reconstruction d'un saut-de-mouton attribuable principalement à un aménagement routier. Puisqu'il s'agissait d'un saut-de-mouton existant, l'Office a réparti les coûts selon un ratio de 85 :15 entre l'administration routière et l'administration ferroviaire, respectivement, en tenant compte de la position normale énoncée dans la publication de l'Office, *Répartition des coûts des sauts-de-mouton : Un outil d'information* (l'outil d'information).

[70] Consistent with the Resource Tool, the Agency concluded at paragraph 93 in the 2015 Decision, “[g]iven the history of parties’ shared responsibility at this crossing and that both parties will continue to benefit from the grade separation, the Agency finds it appropriate that the parties continue to share responsibility at this crossing” (emphasis added).

[71] Thus, even though there was no evidence of an increase in rail traffic arising from the Phase 2 project in particular, the Agency’s decision that CP would benefit rested on a second footing—the continued benefit that CP would have from the grade separation.

[72] To conclude on this point, the error of law noted in paragraph 63 above is of no consequence given the existence of a second basis for finding that CP would benefit.

[73] I turn now to CP’s next argument, that is, the failure to consider whether Calgary was a party which would benefit within the meaning of subsection 16(4).

[74] The Agency did not discuss whether Calgary qualified as a beneficiary or whether it would be responsible for the future increase in traffic. However, CP did not argue in its submissions to the Agency that Calgary was a beneficiary or had a responsibility such that it should share in the costs (see appeal book, Vol. 1, Tab IV(4) for its May 29, 2015 submissions; see appeal book, Vol. 2, Tab IV(11) in its October 13, 2015 submissions; see appeal book, Vol. 2, Tab IV(13) for its final submissions of October 19, 2015). CP only asserted that the Phase 2 bridges were in part required to meet the City of Calgary’s needs and that CP did not benefit (see e.g., May 29, 2015 submissions, at page 4, appeal book, Vol. 1, Tab IV(4), at page 119).

[75] It is apparent that CP had some inclination to believe that Calgary stood to benefit from the 2015 project,

[70] Conformément à l’outil d’information, l’Office a conclu au paragraphe 93 de la décision de 2015 que, « [c]ompte tenu de l’historique de responsabilité partagée des parties à ce franchissement, et du fait que les deux parties continueront de profiter du saut-de-mouton, l’Office conclut qu’il convient que les parties continuent de partager la responsabilité à ce franchissement » (non souligné dans l’original).

[71] Par conséquent, même s’il n’y avait aucune preuve d’augmentation du trafic ferroviaire découlant du projet de la phase 2 en particulier, la décision de l’Office selon laquelle le CP en profiterait reposait sur un second fondement — l’avantage continu que pourrait retirer le CP du saut-de-mouton.

[72] Pour conclure sur ce point, l’erreur de droit soulevée au paragraphe 63 ci-dessus est sans conséquence, compte tenu de l’existence d’un deuxième fondement permettant de conclure que le CP retirerait un avantage.

[73] Je me penche maintenant sur le prochain argument du CP, c’est-à-dire, le défaut d’examiner si Calgary était une partie qui retirerait un avantage de l’ouvrage au sens du paragraphe 16(4).

[74] L’Office n’a pas abordé la question de savoir si Calgary était une bénéficiaire des installations ou si elle serait responsable de l’augmentation future de la circulation. Cependant, le CP n’a pas fait valoir dans ses observations auprès de l’Office que Calgary était une bénéficiaire ou qu’elle était responsable de telle sorte qu’elle devait assumer une partie des coûts (voir dossier d’appel, vol. 1, onglet IV(4) pour ses observations du 29 mai 2015; voir dossier d’appel, vol. 2, onglet IV(11) pour ses observations du 13 octobre 2015; voir dossier d’appel, vol. 2, onglet IV(13) pour ses observations finales du 19 octobre 2015). Le CP a seulement fait valoir que les ponts de la phase 2 étaient en partie requis pour répondre aux besoins de la ville de Calgary et que le CP n’en profitait pas (voir p. ex., les observations du 29 mai 2015, à la page 4, dossier d’appel, vol. 1, onglet IV(4), à la page 119).

[75] Il est manifeste que le CP avait une certaine tendance à croire que Calgary allait profiter du projet de

although the nature, scope and extent of Calgary's involvement were unknown to CP. This only became clear following the disclosure to CP of the communications between Alberta and Calgary pursuant to its access to information requests.

[76] The Agency's subsection 16(4) analysis has to be assessed in light of the circumstances before it. At that time, Calgary was not a party before the Agency and no party had requested that it be joined. The parties agree that either CP or Alberta could have joined Calgary as a party to the proceedings. The parties also agree that the Agency could apportion costs to Calgary had it been before the Agency. The failure to factor in Calgary's benefit, in light of the positions of the parties, cannot be said to be an error.

[77] Under the Transportation Act, this Court cannot receive further evidence about who is a beneficiary or who has responsibility at the crossing or make factual determinations on this issue. We can only assess decisions of the Agency after it has reviewed the evidence and made determinations, and even then, only if the Agency made an error of law or jurisdiction in doing so. I will not, therefore, consider CP's request that this Court re-allocate the costs. But this does not leave CP without remedy.

[78] The doctrine of exhaustion of remedies mandates that absent exceptional circumstances, courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed, or until the available, effective remedies are exhausted: *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, at paragraph 31.; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at paragraphs 40–42. Section 32 of the Transportation Act is one such remedy. It provides that a party may ask the Agency to review a decision if, since the decision was rendered, "there has been a change in the facts or circumstances pertaining to the decision".

2015, même si le CP ne connaissait pas la nature, la portée et l'étendue de la participation de Calgary. Cette tendance n'est devenue manifeste qu'après la divulgation au CP des communications entre l'Alberta et Calgary suite à ses demandes d'accès à l'information.

[76] L'analyse effectuée par l'Office au titre du paragraphe 16(4) doit faire l'objet d'une appréciation à la lumière des circonstances dont il était saisi. À l'époque Calgary n'était pas une partie devant l'Office et aucune partie n'a demandé son intervention. Les parties conviennent que le CP ou l'Alberta aurait pu se joindre à Calgary à titre de partie aux procédures. Les parties conviennent également que l'Office pourrait attribuer des coûts à Calgary si elle avait comparu devant l'Office. On ne peut pas dire, à la lumière des thèses des parties, que le défaut de tenir compte de l'avantage retiré par Calgary, constitue une erreur.

[77] Selon la Loi sur les transports, la Cour ne peut pas recevoir d'autres éléments de preuve quant à savoir qui est bénéficiaire ou responsable en ce qui concerne le franchissement, ou tirer des conclusions de fait sur cette question. La Cour ne peut que procéder à l'évaluation des décisions de l'Office après qu'il a examiné la preuve et qu'il a rendu des décisions, et même là, uniquement si, ce faisant, l'Office a commis une erreur de droit ou de compétence. Je n'examinerai donc pas la demande du CP voulant que la Cour modifie la répartition des coûts. Cependant, cela ne prive pas le CP de tout recours.

[78] La doctrine de l'épuisement des recours prescrit que, à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent pas intervenir dans un processus administratif tant qu'il n'a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces possibles n'ont pas été épuisés : *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, au paragraphe 31.; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, au paragraphes 40 et 42. L'article 32 de la Loi sur les transports constitue un tel recours. Il dispose qu'une partie peut demander à l'Office de réviser une décision, « en raison de faits nouveaux ou en cas d'évolution [...] des circonstances de l'affaire visée par ce[tte] décision ».

[79] If, however, CP believes it has received information that demonstrates such a change, the proper recourse is to commence a section 32 application. In the circumstances of this case, the availability of this remedy that CP has yet to exhaust means that the administrative process is ongoing. The Agency cannot be faulted for not deciding in CP's favour when it did not have the evidence that CP obtained from the access to information requests. This case is markedly different from *Rogers Communications Canada Inc. v. Metro Cable T.V. Maintenance*, 2017 FCA 127 (*Rogers Communications*). Here, and in contrast to that case, the Agency was aware of CP's efforts to obtain relevant documents and chose to proceed regardless. It pointed to the availability of a section 32 application as a justification for proceeding.

[80] CP's argument that the Agency erred in failing to consider the federal funding falls prey to the same concerns. The Agency did not have information about the funding before it and, understandably, did not make a determination on its relevancy to the apportionment of costs. Alberta agrees that the effect of the federal funding on the cost apportionment exercise is also a new matter that could be addressed under section 32, which again, sets this apart from *Rogers Communications*.

D. *Was the Agency's decision procedurally fair?*

[81] CP alleges the Agency breached CP's right to procedural fairness in two ways: by denying CP's request to suspend its 2015 Decision pending its pursuit of documents under the freedom of information legislation, and by refusing to order that Alberta produce certain documents relevant to the extent to which Calgary would benefit and to the question of Alberta's actual costs. CP says that failing to take either of these actions precluded CP from presenting its case fairly and fully.

[79] Si, toutefois, le CP estime qu'il a reçu des renseignements qui démontrent une telle évolution, le recours approprié consiste à introduire une demande au titre de l'article 32. Dans les circonstances de l'espèce, l'existence du présent recours dont le CP ne s'est pas encore servi signifie que le processus administratif est en cours. On ne saurait reprocher à l'Office de ne pas avoir décidé en faveur du CP, alors qu'il ne disposait d'aucun des éléments de preuve que le CP avait obtenus suite à ses demandes d'accès à l'information. La présente espèce est nettement différente de l'arrêt *Rogers Communications Canada Inc. c. Metro Cable T.V. Maintenance*, 2017 CAF 127 (*Rogers Communications*). En l'espèce, contrairement à cette affaire, l'Office était conscient des efforts déployés par le CP en vue d'obtenir les documents pertinents et a décidé de procéder sans égard à ceux-ci. Il a fait mention de la possibilité de présenter une demande au titre de l'article 32 pour justifier de procéder.

[80] L'argument du CP que l'Office a commis une erreur en omettant de tenir compte du financement fédéral fait l'objet des mêmes préoccupations. L'Office ne disposait d'aucun renseignement à propos du financement et, à juste titre, n'a rendu aucune décision sur sa pertinence quant à la répartition des coûts. L'Alberta convient que l'effet du financement fédéral sur l'exercice de répartition des coûts constitue également une nouvelle question qui aurait dû être traitée au titre de l'article 32, et qui, je le répète, distingue la présente espèce de l'arrêt *Rogers Communications*.

D. *La décision de l'Office était-elle équitable sur le plan de la procédure?*

[81] Le CP allègue que l'Office a contrevenu au droit du CP à l'équité procédurale de deux façons : en rejetant la demande du CP de suspendre sa décision de 2015 pendant sa quête de documents en vertu des lois sur l'accès à l'information et en refusant d'ordonner à l'Alberta de produire certains documents pertinents en ce qui concerne la mesure dans laquelle Calgary profitera de l'ouvrage et en ce qui concerne la question des coûts réels pour l'Alberta. Le CP affirme que le défaut de prendre l'une ou l'autre de ces mesures a empêché le CP de présenter sa preuve complètement et équitablement.

[82] With respect to the production of documents, Alberta offered to provide CP with the information it sought if it made a formal request under the Agency's rules. CP did not accept the offer. Alberta's offer was also conditional on CP identifying specific documents, a condition which CP contends it could not fulfill. At the same time, Alberta opposed CP's request for a delay.

[83] Alberta also submits that, although it was public knowledge in September 2015 that up to \$583 million in federal funding had been allotted for the SWCRR project, no formal agreement had been reached and the funding was uncertain at the time of the Agency's decision. Alberta contends that this uncertainty, coupled with the Agency's statutory obligation to render decisions no later than 120 days after receiving the originating documents and the availability of a section 32 application, renders the Agency's decision procedurally fair.

[84] Under paragraph 41(1)(d) of the *Canadian Transportation Agency Rules (Dispute Proceedings and Certain Rules Applicable to All Proceedings)*, SOR/2014-104 (the Agency's Dispute Proceedings Rules), the Agency can stay a proceeding where "the Agency considers it just and reasonable to do so." This express statutory provision is akin to that considered in *Khela*, which stated that information could be withheld "when the Commissioner has reasonable grounds to believe that should the information be released, it might threaten the security of the prison, the safety of any person or the conduct of an investigation." Because "[t]he Commissioner ... is in the best position to determine whether such a risk could in fact materialize", the Supreme Court held that "the Commissioner ... is entitled to a margin of deference on this point" (*Khela*, at paragraph 89; [emphasis added]).

[85] When the Agency made its decision, it was not in dispute that CP was able to present all of the information it had available to it at that time, and no specific

[82] En ce qui concerne la production de documents, l'Alberta a offert de fournir au CP les renseignements demandés s'il présentait une demande officielle en vertu des règles de l'Office. Le CP n'a pas accepté l'offre. L'offre de l'Alberta était conditionnelle à la mention par CP des documents précis demandés, une condition que le CP prétend ne pas avoir pu remplir. En même temps, l'Alberta s'est opposée à la demande du CP pour raison de retard.

[83] L'Alberta a fait valoir que, même s'il était de notoriété publique en septembre 2015 qu'un financement fédéral pouvant atteindre 583 millions de dollars avait été affecté au projet du PSOC, aucune entente officielle n'avait été conclue et l'octroi du financement était incertain au moment de la décision de l'Office. L'Alberta fait valoir que cette incertitude, jumelée à l'obligation imposée par la loi à l'Office de rendre des décisions au plus tard dans les 120 jours après avoir reçu les documents introductifs et la possibilité de présenter une demande au titre de l'article 32, rend la décision de l'Office équitable sur le plan de la procédure.

[84] Selon l'alinéa 41(1)d des *Règles de l'Office des transports du Canada (Instances de règlement des différends et certaines règles applicables à toutes les instances)*, DORS/2014-104 (les Règles de l'Office sur les instances de règlement des différends), l'Office peut suspendre une instance lorsqu'il « l'estime juste et raisonnable ». Cette disposition législative expresse est semblable à ce qui a été examiné dans l'arrêt *Khela* où il a été déclaré que les renseignements pouvaient être retenus si le commissaire « a des "motifs raisonnables de croire" que la communication de ces renseignements pourrait mettre en danger la sécurité du pénitencier, la sécurité d'une personne, ou pourrait compromettre la tenue d'une enquête ». Étant donné que « [l]e commissaire [...] est le mieux en mesure de décider si ce risque pourrait effectivement se concrétiser », la Cour suprême a conclu qu'« il faut, dans une certaine mesure, faire preuve de déférence sur ce point envers le commissaire » (*Khela*, au paragraphe 89; [soulignement ajouté]).

[85] Lorsque l'Office a rendu sa décision, il n'était pas contesté que le CP était en mesure de présenter tous les renseignements qui étaient à sa disposition à l'époque, et

document or group of documents relevant to the issues had yet been identified or obtained by CP. Further, the Agency was entitled to take at least some account of its duty under section 29 of the Transportation Act to make a decision within 120 days, if possible. At the time of CP's request, it had been five months since the Agency received Alberta's application originating documents.

[86] However, I share CP's concern about the degree of the Agency's reliance on the 120 day obligation. As CP notes, it is a rule more breached than honoured. The 2013 Decision, involving Phase 1, a project of less cost and complexity, was rendered over nine months after Alberta Transportation filed its application. Counsel for CP also directed the Court's attention to over 25 decisions of the Agency, only two of which were rendered within the 120-day limit while only a handful of others were rendered outside of the limit based on an agreement by the parties.

[87] CP draws the inference, which I accept as reasonable, that the Agency moved with uncharacteristic speed in order to ensure that Alberta had the approvals necessary to secure infrastructure funding. It notes that only some of the work authorised by the 2013 Decision had been started, which reinforces the argument that there was no prejudice to Alberta from the delay.

[88] However, these considerations alone do not establish that the Agency breached CP's right to procedural fairness by not delaying in its decision.

[89] I reach this conclusion by reason of the existence of CP's right to make an application under section 32. This is a critical element in the landscape against which the decision to refuse an adjournment needs to be considered. CP's remedies are not spent. The Agency itself in refusing the adjournment recognised that this recourse was available to CP.

[90] I turn now to the Agency's failure to order production of documents. CP did not ask the Agency to order

aucun document précis ou groupe de documents pertinents en ce qui concerne les questions n'avait pas encore été relevé ou obtenu par le CP. En outre, l'Office avait le droit de tenir compte à tout le moins de son obligation, prévue à l'article 29 de la Loi sur les transports, de rendre une décision dans les 120 jours, si possible. À l'époque de la demande du CP, il s'était écoulé cinq mois depuis que l'Office avait reçu les documents introductifs d'instance de l'Alberta.

[86] Cependant, je partage la préoccupation du CP concernant le degré d'importance accordée par l'Office à l'obligation relative aux 120 jours. Comme le souligne le CP, il s'agit d'une règle plus souvent violée que respectée. La décision de 2013, portant sur la phase 1, un projet moins coûteux et moins complexe, a été rendue plus de neuf mois après le dépôt de la demande d'Alberta Transportation. L'avocat du CP a également attiré l'attention de la Cour sur plus de 25 décisions de l'Office. Seulement deux ont été rendues dans le délai prescrit de 120 jours et un petit nombre ont été rendues hors délai suite à une entente entre les parties.

[87] Le CP tire la conclusion, raisonnable selon moi, que l'Office a agi avec une rapidité peu commune afin de veiller à ce que l'Alberta ait les approbations nécessaires pour obtenir le financement en infrastructure. Il souligne que seulement un certain nombre des travaux autorisés par la décision de 2013 avaient été commencés, ce qui renforce l'argument selon lequel le retard ne cause aucun préjudice à l'Alberta.

[88] Toutefois, ces considérations n'établissent pas à elles seules que l'Office a porté atteinte au droit à l'équité procédurale du CP en ne reportant pas sa décision.

[89] Je tire cette conclusion en raison de l'existence du droit du CP de présenter une demande au titre de l'article 32. Il s'agit d'un élément essentiel du contexte dans lequel la décision de refuser un ajournement doit être examinée. Les recours du CP ne sont pas épuisés. L'Office lui-même, en refusant l'ajournement, a reconnu que ce recours était offert au CP.

[90] Je me penche maintenant sur le défaut de l'Office d'ordonner la production de documents. Le CP n'a pas

that Alberta produce the information sought. This was in spite of the option available to make such a request under section 24 of the Agency's Dispute Proceedings Rules and of Alberta's offer to provide the information sought should CP make such a request. In these circumstances, by failing to ask the Agency to make the order, it can be said that CP waived any right to such an order. A party who has waived a right to procedural fairness cannot subsequently challenge an administrative decision on the basis of a breach of that waived right (*Johnson v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 76, 414 N.R. 321, at paragraph 25; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488, at paragraph 48).

[91] Thus, CP has not established that the Agency breached its right to procedural fairness by failing to order production of documents. CP had available to it the necessary mechanisms to ensure that its interests were protected in the proceedings before the Agency. It could have moved under section 24 of the Agency's Dispute Proceedings Rules to compel disclosure of the additional documents. It also could have moved to join Calgary as a party. It can also now make an application under section 32 [of the Transportation Act].

[92] The procedural fairness arguments therefore fail.

[93] This, however, does not conclude the matter.

[94] On September 7, 2016, this Court granted a motion by CP for an order to adduce fresh evidence in this appeal. On the basis of this evidence, CP contends that Alberta Transportation obscured from the Agency the full nature and scope of Calgary's future facilities to be placed under the new bridges. Based on the evidence before this Court, this argument has some merit.

demandé à l'Office d'ordonner que l'Alberta produise les renseignements demandés, et cela en dépit de la possibilité de présenter une telle demande au titre de l'article 24 des Règles de l'Office sur les instances de règlement des différends et de l'offre de l'Alberta de fournir les renseignements demandés dans l'éventualité où le CP formulerait une telle demande. Dans ces circonstances, on peut dire que, en omettant de demander à l'Office de délivrer l'ordonnance, le CP a renoncé à tout droit à l'égard d'une telle ordonnance. Une partie qui a renoncé à un droit à l'équité procédurale ne peut pas ensuite contester une décision administrative au motif que cette dernière a été prise en violation de ce droit auquel il a été renoncé (*Johnson c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 76, au paragraphe 25; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488, au paragraphe 48).

[91] Par conséquent, le CP n'a pas établi que l'Office a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en omettant d'ordonner la production de documents. Le CP disposait des mécanismes nécessaires pour veiller à ce que ses intérêts soient protégés dans les instances devant l'Office. Il aurait pu présenter au titre de l'article 24 des Règles de l'Office sur les instances de règlement des différends une demande visant à forcer la communication des documents supplémentaires. Il aurait pu également demander à se joindre à Calgary à titre de partie. Il peut également maintenant présenter une demande au titre de l'article 32 [de la Loi sur les transports].

[92] Les arguments fondés sur l'équité procédurale sont donc rejetés.

[93] Cela ne met toutefois pas un terme à l'affaire.

[94] Le 7 septembre 2016, la Cour a fait droit à une requête présentée par le CP en vue d'obtenir une ordonnance l'autorisant à présenter de nouveaux éléments de preuve dans le cadre du présent appel. Sur la foi de ces éléments de preuve, le CP fait valoir qu'Alberta Transportation a caché à l'Office la nature et la portée complètes des futures installations de Calgary devant être placées sous les nouveaux ponts. Compte tenu des éléments de preuve dont la Cour est saisie, cet argument a un certain bien fondé.

[95] There is no doubt that CP was aware of plans for a future two-lane road and two LRT tracks. What was not disclosed, either to CP or the Agency, was the plan to build a four-lane road, a pedestrian walkway, and the extent of the encroachment onto CP's right of way. These could all have implications for the Agency's analysis under subsection 16(4).

[96] Information received as a result of its freedom of information request indicates that the City and Alberta Transportation may have kept CP, and the Agency, in the dark about their future plans:

December 5, 2011, Wayne Krause to Garry Lamb et al.:

With respect to drawing CPR-01, copy attached, I would recommend that we do not include the future ultimate four lane stage roadway on the drawing. However, the ultimate four lane [option] will still be available by obtaining approval to encroach onto CPR right-of-way.

Since time is of the essence to obtain CPR's approval, it seems to me that presenting CPR with only the two lane option [i.e.,] the two lane option shifted off the CPR right-of-way will receive CP's approval without any hang ups. Who knows if the four lane option will ever be constructed. If it is required sometime in the future, then the City or A.T. will need to negotiate approval to access CPR's right-of-way. ...

March 28, 2012, Wayne Krause to Garry Lamb and Alan Dixon:

... From A.T.'s perspective, it would make our negotiations a lot simpler at this stage if we only showed the future two lane stage beyond the CPR right-of-way and indicated that the City may approach CP in the future regarding the four lane option....

[95] Il ne fait aucun doute que le CP était au courant des plans de construction d'une route à deux voies et de deux voies de système léger sur rails. Ce qui n'a pas été communiqué, que ce soit au CP ou à l'Office, c'était le plan de construire une route à quatre voies, un passage pour piétons et l'étendue de l'empiètement sur l'emprise de chemin de fer du CP. Tous ces ouvrages pourraient avoir des répercussions sur l'analyse faite par l'Office au titre du paragraphe 16(4).

[96] Les renseignements reçus à la suite de la demande d'accès à l'information faite par le CP indiquent que la ville de Calgary et Alberta Transportation pourraient avoir tenu le CP et l'Office dans l'ignorance à propos de leurs futurs plans :

[TRADUCTION]

Le 5 décembre 2011, de Wayne Krause à Garry Lamb et autres :

En ce qui concerne le plan CPR-01, copie ci-jointe, je recommanderais de ne pas inclure la future route finale à quatre voies dans le plan. Cependant, il sera toujours possible de construire une route à quatre voies en obtenant l'autorisation d'empiéter sur l'emprise de chemin de fer du CFCP.

Étant donné que le temps presse pour obtenir l'autorisation du CFCP, il me semble que le fait de présenter au CFCP seulement l'option à deux voies, [c.-à-d.] l'option à deux voies, présentée sans qu'il soit question de l'emprise de chemin de fer du CFCP, recevra l'approbation du CP sans problème. Qui sait si la route à quatre voies ne sera jamais construite. Si cela est requis un jour, alors la Ville ou A.T. devra négocier l'autorisation d'avoir accès à l'emprise de chemin de fer du CFCP. [...]

Le 28 mars 2012, de Wayne Krause à Garry Lamb et Alan Dixon :

[...] Du point de vue d'A.T., cela simplifierait grandement nos négociations à ce stade si nous montrions uniquement l'étape à deux voies en faisant abstraction de l'emprise de chemin de fer du CFCP et si nous indiquions que la Ville peut ultérieurement communiquer avec le CP en ce qui concerne l'option à quatre voies [...]

March 30, 2012, Wayne Krause to Garry Lamb and Alan Dixon:

Since Doug is aware that the City is looking at a future 4 lane roadway through the east headslope, we should probably be up front and indicate that the long term stage may be a four lane facility.

I know we had decided to only show a possible two lane ultimate stage because the four lane facility would involve negotiating an easement, etc[.] from CPR since two lanes would be on CPR right-of-way. Garry, are you aware if the City would be constructing a two lane or four lane facility in the future initial stage of their roadway facility?

I believe adding the two “future” LRT tracks on the west headslope of the CPR-01 cross-section drawing prior to resubmitting the section to Doug should be ok. If I remember correctly, we decided not to indicate any future roadway facilities that encroached onto CPR right of way since there is always a possibility that it could delay the approval process for the present stage. [Emphasis added.]

[97] The drawings provided to CP, and upon which the Agency predicated its decision, did not show the four-lane and pedestrian walkway option (see Drawings STR-02 and STR-03 in Appendix A to Alberta Transportation’s 2015 application, AB, Vol. 1, Tab IV(1), at pages 62–63).

[98] These documents had a material and direct impact on the 2015 Decision and had consequences for CP. CP was deprived of exploring, with the City [of Calgary] and Alberta Transportation, the extent to which Calgary stood to benefit from the proposal. The documents bear directly on the analysis required by subsection 16(4).

[99] The record also indicates considerable discussion between Alberta Transportation and the City of Calgary with respect to the extent to which Calgary stood to benefit from the project, and the associated costs. I note parenthetically, that the argument that Calgary’s costs were subsumed in Alberta Transportation’s because Calgary’s

Le 30 mars 2012, de Wayne Krause à Garry Lamb et Alan Dixon :

Étant donné que Doug est informé que la Ville étudie la possibilité de construction d’une route à quatre voies passant par le talus du côté est, nous devrions probablement indiquer d’emblée que l’étape à long terme pourrait être une installation à quatre voies.

Je sais que nous avons décidé de montrer uniquement une étape finale à deux voies, car l’installation à quatre voies comprendrait la négociation d’une servitude, entre autres, avec le CFCP, puisque deux voies empièteraient sur l’emprise de chemin de fer du CFCP. Garry, savez-vous si la Ville pourrait procéder à la construction d’une installation à deux voies ou à quatre voies dans la future étape initiale de sa route?

Je crois qu’il serait bon d’ajouter les deux « futures » voies de système léger sur rail sur le talus du côté ouest du plan du profil en travers du CFCP-01 avant de soumettre à nouveau la section à Doug. Si je me souviens bien, nous avons décidé de ne pas indiquer toutes les routes qui pourraient empiéter sur l’emprise de chemin de fer du CFCP, puisque’il y a toujours une possibilité que cela puisse retarder le processus d’approbation de l’étape actuelle. [Non souligné dans l’original.]

[97] Les plans présentés au CP, sur lesquels l’Office a fondé sa décision, ne montraient pas l’option comprenant les quatre voies et le passage pour piétons (voir les plans STR-02 et STR-03 à l’annexe A de la demande de 2015 d’Alberta Transportation, dossier d’appel, vol. 1, onglet IV(1), aux pages 62 et 63).

[98] Ces documents ont eu une incidence importante et directe sur la décision de 2015 et ont eu des conséquences pour le CP. Le CP a été privé de la possibilité d’analyser, en collaboration avec la ville [de Calgary] et Alberta Transportation, dans quelle mesure Calgary était susceptible de profiter de la proposition. Les documents ont une incidence directe sur l’analyse exigée par le paragraphe 16(4).

[99] Le dossier indique également qu’il y a eu de longues discussions entre Alberta Transportation et la ville de Calgary au sujet de la mesure dans laquelle Calgary pourrait profiter du projet et des coûts connexes. Je fais remarquer, entre parenthèses, que l’argument selon lequel les coûts de Calgary ont été incorporés aux coûts

works were “additional facilities” for which CP would bear no responsibility obscures CP’s main point. CP’s point, which is well founded, is that its overall share of project cost could have been less had the extent to which Calgary was to benefit been considered by the Agency.

[100] The Agency invited CP to make an application for reconsideration should new facts come to light. It appears as though such facts have come to light, and that they could have a direct and material bearing on several aspects of the 2015 Decision, including the threshold decision as to whether Phase 2 was a new route. Should it wish to do so, CP is free to make an application under section 32 to the Agency, for reconsideration of the 2015 Decision and any further ground that it may wish to advance.

[101] I would dismiss the appeal. In light of these reasons, I would make no order as to costs.

GLEASON J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

d’Alberta Transportation, car les travaux de Calgary correspondaient à des « installations supplémentaires » pour lesquels le CP n’assumerait aucune responsabilité embrouille l’argument principal du CP. L’argument du CP, qui est bien fondé, est que sa part totale des coûts du projet aurait pu être moindre si l’Office avait tenu compte de la mesure dans laquelle Calgary était susceptible d’en profiter.

[100] L’Office a invité CP à présenter une demande de réexamen si des faits nouveaux étaient découverts. Il semble que, même si de tels faits ont été découverts et qu’ils pourraient avoir une incidence directe et importante sur plusieurs aspects de la décision de 2015, y compris la décision préliminaire quant à savoir si la phase 2 constituait une nouvelle route. Dans l’éventualité où il le souhaiterait, il est loisible au CP, en vertu de l’article 32 [de la Loi sur les transports], de présenter à l’Office une demande de réexamen de la décision de 2015 et de tout autre motif qu’il souhaite faire valoir.

[101] Je rejetterais l’appel. Compte tenu des présents motifs, je ne rendrais aucune ordonnance concernant les dépens.

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

LE JUGE LASKIN, J.C.A. : Je suis d’accord.