

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

TSHIQUETIN ÉNERGIE S.E.C.

No : R-3827-2012

et

HYDROMÉGA SERVICES INC.

Co-demandereses/Intimées

c.

HYDRO-QUÉBEC

Mise en cause/Requérante

DELOITTE INC.

Mise en cause

AUTORITÉS DE LA MISE EN CAUSE/REQUÉRANTE HYDRO-QUÉBEC

TABLE DES MATIÈRES

ONGLET	DÉCISION
1.	D-2006-17 (R-3588-2005) rendue le 28 janvier 2006
2.	D-2002-219 (R-3486-2002) rendue le 21 octobre 2002
3.	D-2003-040 (R-3506-2002) rendue le 27 février 2003
4.	D-2008-062 (R-3658-2008) rendue le 30 mai 2008
5.	D-2000-120 (R-3442-2000) rendue le 22 juin 2000
6.	D-2003-49 (R-3496-2002) rendue le 7 mars 2003
7.	D-2004-92 (R-3528-2004) rendue le 7 mai 2004
8.	D-2012-090 (R-3792-2012) rendue le 25 juillet 2012
9.	D-2001-191 (R-3462-2001) rendue le 24 juillet 2001
10.	D-2009-073 (R-3685-2009) rendue le 5 juin 2009
11.	D-2011-175 (R-3774-2011) rendue le 18 novembre 2011, jumelée au Rapport de constatations quant à la surveillance de la procédure d'appel d'offres daté du 11 juillet 2011)

12. *Groupe Bio Services inc. c. Ville de Terrebonne*, 2010 QCCA 1152
13. *Groupe Bio-services inc. c. Terrebonne (Ville de)*, 2008 QCCS 1158 (confirmé par la Cour d'appel, 2010 QCCA 1152)
14. *Groupe Financier Lévesque inc. c. Société des alcools du Québec*, 2006 QCCS 6583 (confirmé par la Cour d'appel dans 2008 QCCA 756)
15. *Boisclair & Fils inc. c. Malartic (Ville de)*, 9 mai 1997, AZ-97026204 (C.S.)
16. *Tembec inc. c. Régie de l'énergie*, 2007 QCCS 2068 (CanLII)
17. **D-2012-162 (R-3820-2012)** rendue le 30 novembre 2012
18. *ISSALYS, Pierre et LEMIEUX, Denis*, « *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives* », 3^e édition, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2009
19. *Dunsmuir c. R.*, [2008] 1 R.C.S. 190
20. *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4
21. *Société de l'assurance automobile du Québec c. Hamel*, REJB 2001-23793 (C.A)
22. *Morin c. Québec (T.A.Q.)*, REJB 2001-25333 (C.S.)
23. *L'Immobilière, Société d'évaluation conseil inc. c. Évaluation BTF inc.*, 2009 QCCA 1844
24. *Prud'homme & Frères Ltée. c. Montréal (Ville de)*, EYB 1990-83664 (C.S.)
25. *Raymond Nadeau c. Société québécoise d'Assainissement des eaux (SQAÉ)*, 25 septembre 2001, AZ-50100834 (C.A.)
26. *Domtar inc. c. Productis Kruger Ltée.*, 2010 QCCA 1934
27. *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929

Le 28 mars 2013



MILLER THOMSON SENCRL

Procureurs de la mise en cause/requérante Hydro-Québec



Texte intégral

Document 32 de 34

[Documents et formats](#)[Télécharger](#)

Boisclair & Fils inc. c. Malartic (Ville de), (C.S., 1997-05-09), SOQUIJ AZ-97026204, B.E. 97BE-487

MUNICIPAL (DROIT) — contrat — travaux — égout et puisard — « appel d'offres » — fournisseur de matériaux — injonction interlocutoire — intérêt juridique.

INJONCTION — circonstances d'application — injonction interlocutoire ou provisoire — municipal (droit) — travaux — égout et puisard — « appel d'offres » — fournisseur de matériaux — « irrecevabilité » — intérêt juridique.

Suivi

Cette décision n'a fait l'objet d'aucun appel ou révision judiciaire à ce jour.

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT D'ABITIBI

N°: 615-05.000260-970

COUR SUPÉRIEURE

VAL D'OR, le 9 mai 1997

PRÉSIDENT: L'HONORABLE
IVAN ST-JULIEN, J.C.S.

BOISCLAIR & FILS INC.,

Demanderesse

c.

VILLE DE MALARTIC,

Défenderesse

et

SOPRIN EXPERTS CONSEILS INC..

Mise en cause

JUGEMENT

Il s'agit d'une requête en injonction interlocutoire amendée présentée par BOISCLAIR & FILS INC.

Préalablement, soit le 29 avril 1997, une ordonnance en injonction provisoire a été accordée par notre collègue, le juge Pierre Jasmin. Le dossier a été transféré à Val d'Or pour la suite des procédures.

Cette ordonnance provisoire demeure en vigueur jusqu'au 9 mai 1997 à minuit. Elle ordonne de surseoir à l'ouverture de toute soumission ayant pu être reçue ou à recevoir relativement aux travaux suivants:

"VILLE DE MALARTIC
PROGRAMME D'ASSAINISSEMENT DES EAUX
LOT N° 2
(INTERCEPTEUR HOCHELAGA ET RÉHABILITATION
SECTEUR SUD EN PARTIE)

DOSSIER N° 0821-A/B"

Au cours de la présente audition, il y a eu admission que les tuyaux fabriqués par BOISCLAIR & FILS INC., dont fait état la procédure amendée, sont conformes à la norme BNQ 2622400.

Le Tribunal a pris connaissance des différents affidavits au soutien des prétentions de chaque partie.

Il est important de noter que par sa procédure amendée, l'injonction interlocutoire vise aussi:

"VILLE DE MALARTIC
PROGRAMME D'ASSAINISSEMENT DES EAUX
LOT N° 5
(STATION D'ÉPURATION. POSTE DE POMPAGE PRINCIPAL
ET CONDUITE DE REFOULEMENT)

Dossier n° 0821-A"

et "tout autre document d' « appel d'offres » relativement aux autres lots relatifs au programme d'assainissement des eaux de la Ville de Malartic, et ce, de la même façon qu'indiqué précédemment".

Les procureurs sont tous d'accord à ce que jugement soit rendu concernant ces différents lots qui font partie du programme d'assainissement des eaux de la Ville de Malartic.

En tout premier lieu, le Tribunal a entendu une requête en « irrecevabilité » présentée par la VILLE DE MALARTIC et SOPRIN EXPERTS CONSEILS INC. et par la suite, la requête amendée en injonction interlocutoire.

LES FAITS:

BOISCLAIR & FILS INC. est une entreprise qui œuvre dans le domaine de la fabrication et la fourniture de produits de béton, notamment pour les puisards et regards d'égouts qui sont utilisés principalement dans les infrastructures municipales.

VILLE DE MALARTIC a mis sur pied un programme d'assainissement des eaux et a procédé à des « appels d'offres. » Ces travaux sont compartimentés en lots.

Le 17 mars 1997, VILLE DE MALARTIC, par l'intermédiaire de SOPRIN EXPERTS CONSEILS INC. a procédé à un nouvel « appel » « d'offres » visant les travaux suivants (pièce R-1):

"VILLE DE MALARTIC

PROGRAMME D'ASSAINISSEMENT DES EAUX

LOT N° 2

(INTERCEPTEUR HOCHELAGA ET RÉHABILITATION SECTEUR SUD EN PARTIE)

DOSSIER N° 0821-A/B"

Le document d' « appel d'offres » (R-1) contient au niveau des clauses techniques particulières (ÉGOUT ET AQUEDUC), Section F, pages F10-3 et F-10-4, les dispositions suivantes:

"10.6 REGARDS PRÉFABRIQUÉS EN BÉTON ARMÉ

Tous les regards projetés dans le cadre du présent projet devront être du type indiqué aux plans et fabriqués par "L'ÉCUYER ET FILS"...

"10.7 PUISARDS PRÉFABRIQUÉS EN BÉTON ARMÉ

Tous les puisards projetés dans le cadre du présent projet devront être du type indiqué aux plans et fabriqués par "L'ÉCUYER ET FILS"...

Ce document d' « appel d'offres » (R-1) contient à la section B, Division 2, les clauses 9.0 et 10.0, lesquelles se lisent comme suit:

"9.0 LISTE DES CRÉDITS ET/OU SUPPLÉMENTS POUR OPTIONS DE MATÉRIAUX

La formule de soumission comporte, à la suite du bordereau de soumission, une liste de crédits et suppléments pour options de matériaux que le soumissionnaire doit obligatoirement remplir, sans quoi sa soumission peut être rejetée.

Ainsi, à côté de chaque option de matériaux présentés sur cette liste, le soumissionnaire doit inscrire en pourcentage le crédit ou le supplément qu'il s'engage à appliquer en tout ou en partie, au gré de la Municipalité, à l'ensemble des articles correspondants du bordereau de soumission, si la Ville de Malartic choisit ladite option de matériaux plutôt que celle spécifiée au document d' « appel d'offres » et pour laquelle il a basé les prix apparaissant dans sa soumission.

Ce crédit ou supplément doit inclure le coût de tous les accessoires et/ou travaux compensatoires tels adaptateurs pour regards, puisards et sellettes d'égout,

raccords, manchons, etc., qu'ils soient indiqués ou non aux plans et devis, et nécessaires pour rendre le système présenté en option complet et équivalent au système de base demandé aux plans et devis, et entièrement compatible avec les autres infrastructures projetées ou existantes du présent contrat.

La Ville de Malartic reste libre de choisir la ou les options de matériaux qu'elle désire, après l'adjudication du contrat, pour la réalisation de ses travaux, et ce même si cette option est plus coûteuse. Il est entendu que les différents crédits ou suppléments n'entreront d'aucune façon dans le calcul de l'ordonnancement des soumissions et que le contrat sera adjugé strictement sur la base des montants apparaissant au bordereau de soumission, sans égard aux crédits ou suppléments pour options de matériaux.

Aux endroits où il ne désire pas accorder de crédit ni de supplément, le soumissionnaire doit indiquer "0" ou "nil" à l'endroit prévu; les cases restées vides peuvent constituer un motif de « rejet » de la soumission."

10.0 ÉQUIVALENCE

Afin que la base de soumission soit la même pour tous les soumissionnaires le soumissionnaire doit obligatoirement présenter sa soumission avec les produits spécifiés au document d' « appel d'offres », à défaut de quoi sa soumission pourrait être rejetée. En plus de sa soumission de base et seulement en même temps que celle-ci, le soumissionnaire peut toutefois proposer par écrit, en annexe de sa soumission, des produits qu'il estime équivalents à ceux spécifiés au document d' « appel d'offres, » dans la mesure où les conditions suivantes sont respectées:

- * Le choix de ces produits se traduit par une économie (crédit) pour la Ville de Malartic, par rapport au montant soumissionné, laquelle est quantifiée de façon précise et garantie par écrit par le soumissionnaire dans sa proposition.
- * Les propositions d'équivalence doivent être conformes aux exigences de l'article intitulé "SUBSTITUTION PAR DES MATÉRIAUX ÉQUIVALENTS" de la section "CLAUSES ADMINISTRATIVES PARTICULIÈRES" du document d' « appel d'offres. »

- * Le soumissionnaire s'engage à rendre accessibles à l'ingénieur les pièces justificatives de la valeur des produits qu'il estime équivalents;
- * Le soumissionnaire s'engage, si sa proposition d'équivalence n'est pas retenue, à réaliser les travaux au montant soumissionné, mais obligatoirement avec les produits spécifiés au document d' « appel d'offres. »

Il est entendu que les différentes équivalences proposées n'entreront d'aucune façon dans le calcul de l'ordonnancement des soumissions et que le contrat sera adjugé strictement sur la base des montants apparaissant au bordereau de soumission, sans égard aux propositions d'équivalence.

La Ville de Malartic est libre d'accepter et de refuser toute demande d'équivalence."

Les clauses 9.0 et 10.0 du document d' « appel d'offres » (Page B-2-4 et B2-5) réfèrent obligatoirement au formulaire de soumission contenu à la section C du document d' « appel d'offres, » laquelle formule prévoit, à partir de la page C-137, une rubrique intitulée "LISTE DES CRÉDITS ET/OU SUPPLÉMENTS POUR OPTIONS DE MATÉRIAUX".

Les pages C-140 et C-141 de la formule de soumission mentionnent ce qui suit:

"3. REGARDS D'ÉGOUT POURCENTAGE APPLICABLE⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

a) ÉGOUT SANITAIRE (joints à garnitures de caoutchouc entre les section):

- **Types M-1200 et M-1600:**

- **Option 1: Modèles RC. 1200 et RC-1600 "G.LOK" de Boisclair et Fils inc.** _____ %

- **Option 2: Autre**⁽¹³⁾ _____ %

b) ÉGOUT PLUVIAL (joints à garnitures de caoutchouc entre les sections):

- **Types M-900, M-1200 et M-1600:**

- **Option 1: Modèles RC-915, RC-1200 et RC-1600 "G-LOK" de Boisclair et Fils inc.** _____%

- (Option 2: Autre⁽³⁾): _____
_____%

c) DRAIN PLUVIAL (joints à garniture de caoutchouc entre les sections):

- **Type M-900:**

- **Option 1: Modèle RC-915 "G-LOC" (sic) de Boisclair & Fils inc.** _____%

- Option 2: Autre
(³): _____
_____%

4. PUISARDS (joints à garnitures de butyle entre les sections):

- **Type P-4:**

- **Option 1: Modèle P-610 "G-LOK" de Boisclair et Fils inc.** _____%

- (Option 2: Autres⁽³⁾)
_____ %

L'Écuyer et Fils, nommée dans les « appels d'offres, » œuvre également dans le domaine de la fabrication de divers produits de béton.

BOISCLAIR & FILS INC. prétend être désavantagée et elle soutient qu'il s'agit d'un « appel d'offres » dirigé, c'est pourquoi elle demande, par le biais de son injonction, que soient rayées certaines mentions apparaissant à l' « appel d'offres » et propose des rédactions alternatives. Elle demande d'émettre une injonction interlocutoire, ordonnant à l'intimée VILLE DE MALARTIC, ainsi qu'à SOPRIN EXPERTS CONSEILS INC. de même que leurs officiers, administrateurs, employés, représentants et toute autre personne agissant sous leur directive ou contrôle, ainsi qu'à toute autre personne mise au courant d'une telle ordonnance sous toute peine que de droit, de:

- "A) **SURSEoir** à l'ouverture de toute soumission ayant pu être reçue ou à recevoir relativement aux travaux suivants:

VILLE DE MALARTIC

PROGRAMME D'ASSAINISSEMENT DES EAUX

LOT N° 2

(INTERCEPTEUR HOCHELAGA

ET RÉHABILITATION SECTEUR SUD EN PARTIE)

Dossier n° 0821-A/B"

- B) **MODIFIER** les pages F-10-3 et F-10-4 des clauses techniques particulières (ÉGOUT ET AQUEDUC) du document de soumission afin de rayer la mention suivante:

"ET FABRIQUÉS PAR L'ÉCUYER & FILS"

SUBSIDIAIREMENT, rajouter les mots "OU ÉQUIVALENT après la mention "FABRIQUÉS PAR L'ÉCUYER ET FILS":

- C) **MODIFIER** la clause numéro 10.0 (ÉQUIVALENCE) contenue à la page B-2-5 des clauses particulières, Section B, Division 2, du document d' « appel d'offres, » afin de rayer la mention suivante:

"*Le choix de ces produits se traduit par une économie (crédit) pour la Ville de Malartic, par rapport au montant soumissionné, laquelle est quantifiée de façon précise et

garantie par écrit par le soumissionnaire dans sa proposition."

- D) **MODIFIER** les pages C-140 et C-141 de la formule de soumission (section C) afin de rayer les mentions "**de Boisclair et Fils inc.**", à voir:
- i) ÉGOUT SANITAIRE (joints à garnitures de caoutchouc entre les sections): "**G-LOK**" **de Boisclair et Fils inc.**
 - ii) ÉGOUT PLUVIAL (joints à garnitures de caoutchouc entre le sections): "**G-LOK**" **de Boisclair et Fils inc.**
 - iii) DRAIN PLUVIAL (joints à garniture de caoutchouc entre les sections): "**G-LOK**" **de Boisclair et Fils inc.**
- E) **DONNER** avis à tous les entrepreneurs ayant soumissionner (sic) à la date de fermeture du processus d' « appel d'offres, » soit le 29 avril 1997 à 15h00 précises, des modifications ci-avant décrites et transmettre copie des nouvelles pages F-10-3 et F-10- 4 des clauses techniques particulières (ÉGOUT ET AQUEDUC) du document de soumission, B-2-5 des clauses particulières, Section B, Division 2, et C-140 et C-141 de la formule de soumission (section C);
- F) **EXTENTIONNER** la période d'ouverture des soumissions jusqu'au 15 mai 1997, à 15h00, afin que les entrepreneurs soumissionnaires puissent déposer une nouvelle soumission, s'il y a lieu;"

Par sa requête interlocutoire amendée, la requérante demande entre autres:

"ÉMETTRE une ordonnance d'injonction interlocutoire selon les termes que ci-haut pour valoir jusqu'à ce que jugement final intervienne;

ORDONNER à l'intimée, Ville de Malartic, ainsi qu'à la mise en cause, Soprin Experts Conseils Inc., de même qu'à leurs officiers, administrateurs, employés,

représentants, ainsi que toute personne agissant sous leurs directives ou contrôle, ainsi qu'à toute autre personne mise au courant d'une telle ordonnance, sous toute peine que de droit, de:

- a) SURSEOIR à l'ouverture de toute soumission ayant pu être reçue ou à recevoir relativement aux travaux suivants:

VILLE DE MALARTIC

PROGRAMME D'ASSAINISSEMENT DES EAUX
LOT N° 5
(STATION D'ÉPURATION, POSTE DE POMPAGE
PRINCIPAL ET CONDUITE DE REFOULEMENT)

Dossier n° 0821-A

- b) MODIFIER le document d' « appel d'offres » relatif au lot numéro 5 ci-avant décrit de la même manière et suivant les mêmes conclusions que ce qui a été demandé en relation avec le lot numéro 2, y incluant, et ce, sans limiter la généralité de ce qui précède, les conclusions identifiées aux points A), B), C), D), E) et
- c) MODIFIER tout autre document d' « appel d'offres » relativement aux autres lots relatifs au programme d'assainissement des eaux de la Ville de Malartic, et ce, de la même façon qu'indiqué précédemment;"

Avant d'aborder le droit, il faut souligner que le Tribunal a pris connaissance de l'exhibit R-4 qui consiste, à notre point de vue, à une présentation d'un produit offert par BOISCLAIR & FILS INC. à différents soumissionnaires. Il ne s'agit pas, proprement dit, d'une "expertise" sur le produit en rapport à tout autre produit analogue.

LE DROIT:

Après avoir entendu les remarques des différents procureurs et pris connaissance des affidavits déposés, le Tribunal ne peut accepter la prétention de BOISCLAIR & FILS INC. à l'effet que

l'on doive la qualifier de "soumissionnaire" parce que son nom apparaît dans l' « appel d'offres. »»

BOISCLAIR & FILS INC. est un fournisseur de matériaux ou sous-traitant chez qui un soumissionnaire peut commander un produit nécessaire pour réaliser les ouvrages demandés par VILLE DE MALARTIC dans son « appel d'offres. »»

Ceci étant dit, BOISCLAIR & FILS INC. a-t-elle l'intérêt requis pour entamer de telles procédures?

À ce sujet, le procureur de VILLE DE MALARTIC a présenté une requête en « irrecevabilité. »»

BOISCLAIR & FILS INC. prétend que la clause que l'on retrouve au document d' « appel d'offres »» lui est préjudiciable et qu'il y a même un risque que les soumissionnaires la mettent de côté, alors que le Tribunal considère qu'en étant suggérée, comme option, on lui attribue une possibilité d'être choisie. Il y a même une option pour un choix d'un autre fournisseur (voir option 2).

Nous retenons les commentaires énoncés dans l'affaire Équipements Diesel Abitibi inc. et al c. Corporation Municipal de la Ville de Val d'Or et al⁽¹⁾

"La Cour conclut qu'aucune loi n'empêche un organisme public d'exercer un choix en fonction de ses besoins en autant que l'on prenne les moyens pour protéger l'intérêt de la collectivité en éliminant le favoritisme et en faisant jouer le libre jeu de la concurrence et la liberté du commerce. Si l'on ne peut poser des contraintes dans les demandes de soumissions, l'on doit respecter la décision des administrateurs dont les spécifications sont rendues nécessaires à assurer l'exécution des travaux dans les meilleures conditions de solidité ou d'efficacité, parfois même de convenance.

Il faut se rappeler que le conseil d'une ville a non seulement le pouvoir mais le devoir d'exercer une juridiction qui lui est dévolue d'une façon exclusive. Ce n'est qu'exceptionnellement que les tribunaux supérieurs pourront intervenir dans le cadre de l'Article 33 C.p.c."

...

"En d'autres mots, le Conseil a le libre exercice de ses moyens administratifs et dans le cadre de ses pouvoirs, il a la faculté d'exercer un choix à la faveur d'un appareil et d'une marque particulière, dépendant de ses besoins, en autant qu'il fasse appel, par avis public, à tous ceux qui pourraient éventuellement l'offrir. Il n'est pas limité par la nature de la chose mais par les moyens de l'acquérir."

Dans l'affaire Corporation de la Paroisse St-Louis de Terrebonne et al c. Sauvé Construction ltée⁽²⁾, il est mentionné ce qui suit aux pages 1049 et 1050:

Bien qu'il faille avoir à l'esprit le principe de la liberté contractuelle, il ne faut pas oublier d'autre part qu'une corporation municipale est un service public qui doit donner une chance égale à tous les soumissionnaires et respecter l'impartialité la plus complète. À ce sujet, voici comment s'exprime le même auteur **Garant**⁽³⁾

Nous avons affirmé, et sur ce point tous sont d'accord, que les contrats administratifs sont fondamentalement régis par le *Code civil*, ou la *common law* dans les autres provinces, sauf dans la mesure où des règles exorbitantes (sic) du droit commun s'y superposent. Le principe de la liberté contractuelle s'applique donc à l'Administration sauf si la loi y déroge ou quelque règle spéciale de droit public. Ainsi la technique d'adjudication par voie d' « appel d'offre » (sic) est-elle d'origine statutaire et doit être appliquée et interprétée suivant ce que dit la loi. À notre avis si la loi ne stipule pas que le contrat doit être adjugé au plus bas soumissionnaire, l'Administration reste libre de l'accorder au soumissionnaire qui fait la meilleure soumission au regard de l'intérêt public.

Dans la présente cause c'est l'article 625-7 du *Code municipal* qui doit régir le présent cas.

Le conseil ne peut, sans l'autorisation préalable du ministre des affaires municipales, accorder le contrat à une personne autre que celle qui a fait, dans le délai fixé, la soumission la plus basse.

Cette législation fait du ministre des Affaires municipales le juge de l'octroi des contrats après soumission. Ici, la requérante, la corporation municipale, avait présenté pour approbation aux autorités «*compétentes*» la résolution octroyant le contrat au plus bas soumissionnaire conforme, soit l'intimée, tel qu'il appert de la pièce I-1.

La requérante n'a pas, suivant la preuve, agi de façon arbitraire dans le choix de la plus basse soumission conforme, ayant demandé conseil auprès d'experts en la matière, soit les architectes qui avaient préparé les plans et devis et qui ont dûment soumis les motifs pour lesquels ils refusaient l'offre de la requérante Module Construction Inc.

Il n'appartient pas à la Cour de se substituer à la décision du propriétaire, le Conseil municipal, et ce, même si elle en venait à la conclusion que les motifs invoqués par les experts ne lui apparaîtraient pas justifiables. Il s'agit d'une décision purement technique et administrative qui ne relève pas de la «*compétence*» de cette Cour. Voici comment s'exprime Dussault⁽¹⁴¹⁾

...Reste néanmoins qu'en principe le premier souci de l'agent administratif est la satisfaction de l'intérêt collectif et qu'en ce sens une certaine souplesse s'avère nécessaire à l'efficacité de l'action administrative. Somme toute, en ce domaine, les solutions les meilleures ne peuvent être que les moins mauvaises; une fois de plus l'intérêt public consolide son emprise sur le pouvoir contractuel de l'Administration, la laissant libre dans une certaine mesure de choisir le cocontractant le plus qualifié.

En pratique, quelle que soit la procédure employée, il importe avant tout d'obtenir dans les meilleures conditions la prestation requise, et seule l'autorité administrative est apte à en juger.

Là où la Cour pourrait intervenir serait le cas où une corporation municipale aurait agi de façon arbitraire, abusive ou frauduleuse dans l'octroi du contrat à l'un des soumissionnaires. Dans un tel cas un tout autre recours serait ouvert au soumissionnaire ainsi lésé. Toutefois, vu le consentement signé par toutes les parties à l'effet qu'elles renoncent à tout autre recours et désirent que le mérite

de cette affaire soit définitivement décidé, la Cour se permet de statuer et déclare que rien ne lui permet d'arriver à la conclusion que la requérante, la corporation municipale, dans l'exercice de sa discrétion, a agi de façon arbitraire, frauduleuse, ou en violation de la loi. Sa décision a été prise après consultation avec des experts qualifiés et fondée sur des motifs que la Cour n'a pas à réviser.

Dans une décision de la Cour d'Appel, *Corp. de St-Joseph de Beauce c. Lessard*⁽¹⁵¹⁾ fut ainsi jugé:

Le pouvoir discrétionnaire d'un conseil municipal, soit dans la constatation des faits, soit dans l'appréciation d'une situation quelconque, échappe au contrôle de la Cour supérieure, à moins que l'exercice même de cette discrétion ne comporte une grave violation de la loi ou ne soit accompagné de fraude.

La Cour supérieure, dans l'exercice du pouvoir que lui confère l'art. 50 C.P., ne peut substituer son opinion à celle de l'autorité municipale sur la sagesse de la décision de cette dernière; elle peut examiner seulement si cette décision est dans les limites des attributions du conseil municipal qui l'a rendue et s'enquérir si cette décision ne constitue pas une de ces injustices tellement graves, tellement manifeste, qu'elles équivalent à la fraude et à la mauvaise foi.

Au même effet: *Corp. de la paroisse de Ste-Scholastique c. Nepveu*⁽¹⁶¹⁾ et *Corp. de la paroisse de Ste-Julie c. Massue*⁽¹⁷¹⁾"

À la face même de la procédure, il n'y a pas de base juridique. Il ne s'agit pas d'un recours basé sur un contrat et il n'y a « pas » « d'allégué » de fraude ou abus de droit donnant ouverture à un recours délictuel.

À ce sujet, le Tribunal considère que BOISCLAIR & FILS INC. n'a pas l'intérêt requis pour entamer de telles procédures. La requête en « irrecevabilité » sur ce point se doit d'être accueillie.

Bien plus, en procédant à l'analyse des critères qui doivent nous guider dans l'octroi d'une injonction interlocutoire, on doit analyser les différents critères élaborés par une longue et constante jurisprudence.

Nous référons plus particulièrement ici à l'affaire Brassard c. La Société zoologique de Québec inc. et al⁽³⁾ où l'on retrouve ce qui suit:

"Le droit judiciaire québécois et particulièrement celui de l'injonction ne se retrouvent pas totalement dans le *Code de procédure civile*⁽³⁾. Cependant, ses dispositions et, notamment, celle de l'article 752 C.P., arrêtent le cadre général dans lequel les cours québécoises doivent étudier les demandes d'injonction interlocutoire et les critères généraux dont elles devront tenir compte. S'ils prêtent à interprétation et ont exigé une élaboration jurisprudentielle, ils ne sauraient être mis de côté. Ainsi, le juge saisi de la demande d'injonction interlocutoire devra examiner le droit apparent, le préjudice irréparable et le poids ou la balance des inconvénients pour chacune des parties.

En raison des conséquences parfois draconiennes d'une injonction interlocutoire, particulièrement de la possibilité de sanction du caractère quasi pénal comme l'outrage au tribunal⁽⁴⁾, la présence de cette législation souligne la nécessité d'un contrôle préalable sérieux de l'utilisation d'un tel recours. Depuis quelques années, des réformes diverses sur le « rejet » des défenses en appels futiles ou dilatoires, comme l'introduction de l'article 75.1 C.P. ou les modifications du paragraphe 501 al. 1(5) au *Code de procédure civile*, ont exprimé une volonté de prévenir l'utilisation de recours futiles et dilatoires. La gravité des conséquences de l'injonction interdit aux cours de mettre de côté trop aisément les exigences du *Code de procédure civile*, telles qu'interprétées par la jurisprudence. En outre, elle accentue la nécessité de l'examen critique et attentif de ces demandes, pour en réaliser un filtrage effectif.

Une opinion de monsieur le juge Monet⁽⁵⁾ reprenait, en 1991, les différents critères énoncés par l'article 752 C.P. Son résumé par l'arrêtiste synthétisait clairement l'orientation générale de la jurisprudence québécoise:

"Au stade de l'injonction interlocutoire, les droits du requérant selon le cas, sont clairs, douteux ou inexistants. S'il apparaît

clairement que les droits du requérant sont fondés, celui-ci doit démontrer qu'il encourt un préjudice sérieux ou irréparable. Si son droit est douteux, la cour devra prendre en considération la balance des inconvénients. S'il est inexistant, la requête doit être rejetée."⁽²⁾

Cette opinion dégage deux aspects importants de la mise en œuvre de l'article 752 C.P. Elle indique d'abord qu'il faut vérifier une apparence de droit dont la qualité est susceptible de varier. Ensuite, il se crée une interrelation entre les différents critères dont la Cour doit tenir compte. L'avis du juge Monet souligne cependant qu'il faut, même de façon préliminaire et superficielle, contrôler l'existence et la qualité des moyens de droit. Ultiment, en l'absence de bases juridiques, la crainte du préjudice la plus grave ne justifierait pas l'émission d'une ordonnance d'injonction. Il n'est pas de remède sans droit. En contrepartie, la présence du droit le plus clair n'autorise pas l'émission d'une ordonnance d'injonction interlocutoire, en l'absence de démonstration d'un préjudice irréparable. L'inutilité du remède interdirait alors de l'accorder.

Un concept comme celui de «droit apparent» ou d'«apparence de droit» ne se définit pas aisément. L'opinion de monsieur le juge Monet, qui se basait d'ailleurs sur une jurisprudence antérieure, sur laquelle on reviendra, soulignait bien que, dans ce cadre, le juge n'a pas à exiger la démonstration d'un droit certain. La présence d'un droit douteux ou débattable suffit pour constituer la base d'un recours en injonction, pourvu alors qu'on constate à la fois l'existence d'un préjudice irréparable et que le poids des inconvénients favorise le requérant.

À cet égard, le critère de la question dite sérieuse, qu'on tire parfois des arrêts de la Cour suprême du Canada⁽²⁾ ne paraît pas exiger une démarche distincte de celle de la recherche de l'apparence de droit. Le droit judiciaire québécois reconnaît qu'à la suite d'un examen préliminaire et rapide des bases légales et factuelles du dossier, un droit, même douteux, peut servir de fondement à une demande d'injonction. Le critère de la «question sérieuse» ne dispense pas l'étude et de l'examen de la qualité des moyens de droit, pour autant qu'il diffère réellement de celui de l'«apparence sérieuse de droit».

Des obligations similaires d'examen de l'apparence de droit existent pour

d'autres recours. Par exemple, selon l'article 1003d) C.P., le juge saisi de l'examen d'une demande d'autorisation d'exercice de recours collectif doit se satisfaire que les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées. Dans l'affaire *Comité régional des usagers des transports en commun du Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*⁽¹⁸¹⁾, la Cour suprême du Canada a considéré ces dispositions comme fondamentalement semblables à celles qu'on retrouve à l'article 752 C.P. Ces deux textes exigeaient la démonstration d'une apparence sérieuse de droit, comme l'écrivait monsieur le juge Chouinard:

«(...) Le législateur a voulu que le tribunal écarte d'emblée tout recours frivole ou manifestement mal fondé et n'autorise que ceux où les faits allégués dévoilent une apparence sérieuse de droit.»⁽¹⁹¹⁾

Monsieur le juge Chouinard ajoutait ce commentaire sur l'expression «paraissent justifier», à l'alinéa⁽¹⁹¹⁾ 1003d) C.P.:

«Je conclus donc que l'expression "paraissent justifier" signifie qu'il doit y avoir aux yeux du juge une apparence sérieuse de droit pour qu'il autorise le recours, sans pour autant qu'il ait à se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués.»⁽¹¹¹⁾

...

Quelques années plus tard, notre Cour reprenait l'examen des critères d'application de l'article 752 C.P. dans l'arrêt *Société de développement de la Baie James c. Kanatawat*⁽¹⁴⁾. ... L'opinion de monsieur le juge Owen a particulièrement analysé ces questions et a servi de base aux analyses ultérieures qu'on retrouve dans d'autres arrêts. Pour le juge Owen, le requérant doit démontrer un droit et, ensuite, un préjudice irréparable. Si son droit est douteux, on doit peser aussi, de façon particulièrement attentive, le problème du poids des inconvénients:

«Article 752 C.P. provides that the application for an interlocutory injunction must pass two tests or surmount two

successive obstacles.

First the applicant has to convince the Court that he appears to be entitled to an interlocutory injunction, that is that the right he is asserting has a reasonable prospect of being recognized by the final judgment. Secondly the applicant, if successful on the first test, then has to show that it is an exceptional case in which an interlocutory injunction is necessary in order to avoid: (i) serious or irreparable injury to the applicant, or (ii) a factual or legal situation of such a nature as to render the final judgment ineffectual.

..."

L'opinion du juge Jacques, dans l'affaire *Coutu*⁽¹⁶⁾, souligne d'ailleurs l'importance de l'examen de la qualité de l'apparence de droit et sa relation avec les autres critères qui doivent être pris en considération. Moins l'apparence de droit s'avère forte, plus la nécessité de l'examen attentif du caractère irréparable du préjudice s'impose, comme celle, éventuellement, du poids des inconvénients:"

Ici, le Tribunal n'a pas à trancher sur la qualité du produit.

À l'analyse des textes des « appels d'offres, » il n'est pas exclu que BOISCLAIR & FILS INC. soit choisie.

La VILLE DE MALARTIC est régie par la Loi des cités et villes. Certains délais doivent être suivis comme publications par annonces dans le journal, réception des soumissions et ouverture des soumissions.

Dans l'affaire Société J.G. Lefebvre & Frères et al c. Ville de Drummondville et al⁽⁴⁾ notre collègue l'honorable Yves Mayrand mentionnait ce qui suit à la page 14 de son jugement:

"Et sur cette philosophie la Cour cite, à la page 814, un extrait de "Contrat des organismes publics québécois":

"À cet égard, mentionnons que la Cour d'appel, dans une décision majoritaire rendue en 1912, affirmait que "la demande de soumission n'est pas tant faite, dans les circonstances, pour assurer l'adjudication d'une entreprise plutôt à Jean qu'à Pierre, plutôt à appelant qu'à l'intimée (...), mais bien pour permettre à la Ville d'acheter des marchandises, les meilleures, au plus bas prix", de telle sorte que "l'établissement des formalités d'enchères pour l'adjudication des travaux publics n'est pas fait surtout dans l'espèce, en faveur des soumissionnaires, mais bien de la ville" (West vs La Cité de Montréal et ai (1912) 21 B.R. 289)."

Dès 1912, on voit une tangente qui dit que ce système de soumissions est fait en faveur de l'administration des contribuables et non pas des co-contracteurs, des entreprises, et c'est un principe, effectivement, qui doit nous guider lorsqu'il s'agira de trancher un conflit d'interprétation. Quel était l'esprit du législateur quand il a mis ce système sur pied. Il faut rendre une décision qui est conforme avec l'esprit du législateur.

Plus récemment le Juge Rioux, en 1980, mentionne dans un dossier de Richard Piché Inc. vs La Corporation Municipale de la Ville de Ste-Foy:

"Il est assez facile de saisir les raisons qui ont amené le législateur à édicter de pareilles règles; il a voulu protéger les contribuables en obligeant la ville à choisir le meilleur marché possible entre plusieurs offrants des prestations de même qualité tout en assurant entre les soumissionnaires le plein jeu de la concurrence loyale"

(p. 10 juft. 6 février 1980-c.S.Q. 200-05-124-805)

La concurrence loyale vient en second lieu, dans le but de recherché, le but premier étant le meilleur marché possible pour la meilleure qualité. C'est aller jusqu'à permettre à des villes d'exiger dans des soumissions, dans des cahiers de charges, un produit spécifique. (Adjudication des contrats municipaux, ch.2)."

Comme la procédure de BOISCLAIR & FILS INC. ne présente aucune base juridique, si, par hasard, elle prétend qu'elle subit un préjudice, elle pourra tenter des poursuites en dommages s'il y a lieu.

Comme précédemment dit, BOISCLAIR & FILS INC. ne soumissionne pas, elle tente de promouvoir un produit qu'elle vend.

En conséquence, les critères énoncés par la jurisprudence pour permettre d'émettre une ordonnance d'injonction interlocutoire, ne sont pas rencontrés par la requérante.

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL:

ACCUEILLE la requête en « irrecevabilité » présentée par l'intimée;

REJETTE la requête en injonction interlocutoire amendée présentée par la requérante;

LE TOUT, avec les entiers dépens.

(S)

JUGE À LA COUR SUPÉRIEURE

MES PRÉVOST, AUCLAIR, FORTIN & AL

(Me André Morin)

Procureurs de la requérante

MES CLICHE, LORTIE, LADOUCEUR

(Me Jacques Ladouceur)

Procureurs de l'intimée

ME FRANÇOIS VALIQUETTE

Procureur de la mise en cause

(11) Applicable sur le prix unitaire apparaissant aux articles correspondants du bordereau de soumission

(12) Préciser la nature du pourcentage applicable en le faisant précéder du signe algébrique approprié ("-" pour crédit, "+" pour supplément); indiquer "0" ou "Nil" si non applicable.

- ([3]) Inscrire le modèle, le type de joints étanches et la marque suggérés, ou "Nil" si non applicable."
- (3) Inscrire le modèle, le type de joints étanches et la marque suggérés, ou "Nil" si non applicable."
- (3) Inscrire le modèle, le type de joints étanches et la marque suggérés, ou "Nil" si non applicable."
- (3) Inscrire le modèle, le type de joints étanches et la marque suggérés, ou "Nil" si non applicable."
- (1) C.S. Abitibi, no 605-05-000010-80, 15 avril 1981, j. Bergeron, pages 11 et 12.
- (2) [1978] C.S. 1047, 1049-1050.
- "(3) P. Garant "Les contrats des autorités publiques. Évolution récente et approches nouvelles", (1975) 35 R. du B.301."
- "([4]) R. Dussault, *Traité de droit administratif canadien et québécois*. t. 1 Québec, P.U.L., 1974, p.910."
- "([5]) (1954) B.R. 475."
- "([6]) (1923) 34 B.R. 433."
- "([7]) (1904) 13 B.R. 228."
- (3) [1995] R.D.J. 573, 581-582 (j. LeBel).
- "(3) Voir *Favre c. Hôpital Notre-Dame*, [1984] C.A. 548, p.551 (j. Bemier); *Trudel c. Clairol Inc. of Canada*, [1975] 2 R.C.S. 236, p. 246 (j. Pigeon)."
- "(4) *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Électroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065, conf. [1990] R.J.Q. 703 (C.A.)."
- "(5) *Gravel c. Fernand Gravel Assurances Inc.*, [1991] R.D.J. 147 (C.A.)."
- "(6) Id., p. 148; voir aussi les pages 152 et 153."
- "(7) *RJR- MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, [1994] 1 R.C.S. 311, p. 335 et 336 (j. Cory et Sopinka); *Procureur général du Manitoba c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p.1 28; voir aussi *Procureur général du Québec c. Poirier*, C.A.Q. no 200-09-000391-943, le 6 avril 1995 (J.E. 95-820). N.D.L.R. Cette décision est publiée dans E 1995] R.J.Q. 1028 (C.A.)."
- "([8]) [1981] 1 R.C.S. 424."
- "([9]) Id., p. 429."
- "([10]) **N.D.L.R.** On devrait plutôt lire «au paragraphe»."
- "([11]) *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec*, supra, note 8, p.429."
- "(14) [1975] C.A. 166."
- "(16) V supra, note 15."
- (4) Drummond, 405-05-000212-894, le 10 novembre 1989, p.14.

[Documents et formats](#)

[Télécharger](#)

© SOQUIJ et ses concédants de licence. Tous droits réservés.

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N° : 500-17-033289-060

DATE : 4 mai 2007

SOUS LA PRÉSIDENCE DE : L'HONORABLE FRANÇOIS TÔTH, j.c.s.

**TÉMBEC INC., 800, boul. René-Lévesque Ouest, bureau 1050 à Montréal H3B 1X9
DEMANDERESSE,**

c.

**LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE, Tour de la Bourse, 800, Place Victoria, bureau 255 à
Montréal H4Z 1A2
DÉFENDERESSE,**

et

HYDRO-QUÉBEC, 75, boul. René-Lévesque Ouest à Montréal H2Z 1A4

et

**STRATÉGIES ÉNERGÉTIQUES (S.É.), 1535, rue Sherbrooke Ouest, Rez-de-
chaussée, local Kwavnick à Montréal H3G 1L7**

et

**ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE LUTTE CONTRE LA POLLUTION
ATMOSPHÉRIQUE (AQLPA), 489A, rue Principale à St-Léon-de-Standon G0R 4L0
MISES EN CAUSE.**

JUGEMENT RECTIFIÉ

[1] La Régie de l'Énergie (Régie) a refusé d'approuver le contrat de fourniture d'électricité produite par cogénération intervenu entre Tembec inc. et Hydro-Québec (Hydro) à la suite d'un appel d'offres public. Tembec demande la révision judiciaire de cette décision.

[2] Pour satisfaire les besoins énergétiques des marchés québécois, Hydro doit procéder par appel d'offres. La Régie a approuvé une procédure d'appel d'offres et d'octroi (la Procédure) pour les achats d'électricité ainsi qu'un code d'éthique (le Code) pour la gestion des appels d'offres préparés par Hydro.

[3] Le 5 mars 2003, le gouvernement du Québec adopte le *Décret concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie à l'égard de l'énergie produite par cogénération*.¹

[4] Le 10 décembre 2003, le gouvernement du Québec adopte un décret édictant le *Règlement sur l'énergie produite par cogénération*² qui prévoit un bloc d'énergie produite au Québec par cogénération d'une capacité installée totale de 800 MW. Une première tranche de 200 MW doit être produite dès que possible d'ici 2008.

[5] Le 7 juillet 2004, Hydro avise la Régie de son intention de lancer un appel d'offres pour un bloc d'énergie produite par cogénération dès septembre 2004.

[6] Le 27 août 2004, la Régie approuve la grille d'analyse des soumissions reliées aux appels d'offres ainsi que la pondération accordée aux critères de sélection.

[7] Le 6 octobre 2004, Hydro lance un appel d'offres pour des achats totalisant 350 MW de puissance installée et produite par cogénération. Plusieurs soumissions sont déposées dans le délai imparti et le 11 mai 2005, Hydro procède à l'ouverture publique des soumissions avec l'assistance d'experts et de consultants. Au total, dix soumissions sont reçues de huit soumissionnaires totalisant environ 591.8 MW de puissance annuelle garantie.

[8] Tembec a présenté une soumission. Tembec utilise la biomasse forestière (résidus forestiers) comme combustible au contraire des autres soumissionnaires qui utilisent des carburants fossiles³.

[9] À l'analyse des soumissions, Hydro juge que l'indexation du prix des soumissions aux prix des combustibles fossiles rend le prix de la majorité des offres non concurrentiel par rapport à d'autres options de son portefeuille d'approvisionnement dont le coût n'est

¹ Décret 354-2003, 135 G.O.Q. II, p.1779.

² L.R.Q., c. R-6.01, r. 0.1.2.

³ Cela confère à Tembec un avantage important puisque l'indice d'efficacité moyen de son installation est présumé être supérieur à 70% au contraire des installations qui utilisent des combustibles fossiles qui doivent faire la preuve d'un indice d'efficacité moyen égal ou supérieur à 70%. Règlement sur l'énergie produite par cogénération, op. cit., art. 1.

pas indexé aux prix des combustibles fossiles. Conformément à la clause 4.18 du document d'appel d'offres⁴, Hydro rejette toutes les soumissions sauf celle de Tembec.

[10] Tembec est le seul soumissionnaire conforme retenu, ce qui est annoncé par Hydro par communiqué de presse le 20 juin 2005.

[11] Le 3 octobre 2005, Hydro signe un contrat d'approvisionnement avec Tembec pour une puissance de 8 MW⁵ et le 20 décembre 2005, Hydro demande à la Régie d'approuver ce contrat.

[12] La firme retenue par Hydro, Raymond Chabot Grant Thornton, soumet son rapport final quant à l'évaluation du processus d'appel d'offres d'Hydro et conclut que la Procédure a été respectée.

[13] Le 7 décembre 2005, la Régie soumet son rapport de constatations final de l'application de la Procédure et du Code pour l'appel d'offres.

[14] Dans ce rapport (le Rapport), la Régie observe⁶ :

La Régie reconnaît que le Distributeur est responsable d'assurer l'alimentation de la clientèle du Québec au meilleur coût possible et qu'il peut invoquer la clause relative aux prix non concurrentiels.

Toutefois, dans le présent appel d'offres, la Régie constate que le Distributeur s'écarte des objectifs prescrits par le gouvernement dans le décret 354-2003 lorsqu'il fait appel à la clause des prix non concurrentiels, après avoir introduit un élément de comparaison entre les prix des soumissions et ceux d'autres options de son portefeuille d'approvisionnement, dont la production éolienne.

La Régie conclut :

La Régie constate que l'appel d'offres A/O 2004-02 pour les achats d'électricité est conforme à la Procédure et que les dispositions du Code d'éthique durant la période de l'appel d'offres ont été respectées, sauf pour la sélection des soumissions.

À l'étape de la sélection des soumissions, la Régie constate que le Distributeur s'écarte des objectifs prescrits dans le décret 354-2003 lorsqu'il fait appel à la clause des prix non concurrentiels, après avoir introduit un élément de comparaison entre les prix des

⁴ "Hydro-Québec Distribution reserves the right to not accept bids where the prices are deemed to be non competitive".

⁵ 8 MW sur un appel d'offres de 350 MW soit 2,28%.

⁶ Page 16 du Rapport.

soumissions et ceux d'autres options de son portefeuille d'approvisionnement, dont la production éolienne⁷.

[15] Le 20 décembre 2005, Hydro demande à la Régie d'approuver le contrat d'approvisionnement intervenu avec Tembec.

[16] La Régie indique à Hydro que sa demande d'approbation n'est pas valablement présentée puisque Hydro n'a pas fait état des suites qu'elle a données au Rapport. La Régie précise que sa demande d'approbation doit être complétée avant qu'elle ne puisse être considérée comme déposée auprès de la Régie pour examen.

[17] Le 16 janvier 2006, Hydro répond à la demande de la Régie et indique qu'elle n'a pas de suite à donner au Rapport puisque la Régie a elle-même constaté que l'appel d'offres est conforme à la Procédure et que les dispositions du Code ont été respectées.

[18] Pour Hydro, la Régie a donné suite aux préoccupations du gouvernement exprimées dans le décret D354-2003 en modifiant la grille d'analyse des soumissions ainsi que les critères non monétaires reliés à l'appel d'offres.

[19] De plus, l'article 74.1 al. 3 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* prévoit que le prix le plus bas doit être recherché pour l'octroi des contrats d'approvisionnement et l'offre de Tembec est la plus basse. Enfin, la clause 4.18 se retrouve dans tous les appels d'offres de Hydro.

[20] Le 24 février 2006, la Régie revient à la charge et adresse à Hydro la demande de renseignements no 1. La Régie insiste pour que Hydro indique quelles suites elle entend donner au fait que la sélection des soumissions n'est pas conforme à la Procédure.

[21] Hydro a répondu longuement à la Régie et maintient sa position⁸. Comme suite au Rapport, Hydro s'engage à rendre plus explicite, dans les appels d'offres à venir, son droit d'appliquer la clause de non compétitivité lorsque cela est dans le meilleur intérêt de sa clientèle.

[22] Le 12 avril 2006, le régisseur Boulianne refuse d'approuver le contrat pour le motif que la sélection des autres soumissionnaires n'a pas été conforme à la Procédure (ci-après décision 1). Aucun des autres soumissionnaires ne comparait devant la Régie pour se plaindre de leur exclusion.

[23] Le 10 mai 2006, Tembec demande à la Régie la révision de la décision 1. Dans le cadre de cette demande en révision, Hydro a admis que Tembec était le plus bas soumissionnaire conforme et que le contrat aurait dû être approuvé. De plus, Hydro assure que Tembec aurait été partie à toute combinaison gagnante. En somme, même si

⁷ Id. page 20.

⁸ HQD-3, document 1 (6 pages).

Hydro n'avait pas appliqué la clause 4.18 relative aux prix non concurrentiels, la soumission de Tembec aurait de toute façon été retenue.

[24] La Régie refuse de réviser la décision 1 (ci-après décision 2).

[25] Le 12 octobre 2006, Tembec demande la révision judiciaire de la décision 2.

LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE

[26] La *Loi sur la Régie de l'énergie*⁹ (la Loi) institue la Régie de l'énergie dont la responsabilité est d'assurer la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable du transporteur d'électricité et des distributeurs. Elle favorise la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable et d'équité au plan individuel comme au plan collectif (art. 5). Au sens de cette loi, Hydro est un distributeur d'électricité. La Régie a compétence exclusive pour surveiller les opérations des titulaires d'un droit exclusif de distribution d'électricité afin de s'assurer que les consommateurs aient les approvisionnements suffisants. Elle doit aussi décider de toute autre demande soumise en vertu de la Loi.

[27] Dans le cas d'appel d'offres, la Régie doit approuver une Procédure et un Code :

74.1 Afin d'assurer le traitement équitable et impartial des fournisseurs participant à un appel d'offres, le distributeur d'électricité doit établir et soumettre à l'approbation de la Régie, qui doit se prononcer dans les 90 jours, une procédure d'appels d'offres et d'octroi, ainsi qu'un code d'éthique portant sur la gestion des appels d'offres applicables aux contrats d'approvisionnement en électricité requis pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale, ou les besoins qui seront satisfaits par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement en vertu du paragraphe 2.1^o du premier alinéa de l'article 112.

Buts de la procédure

La procédure d'appel d'offres et d'octroi doit notamment :

1^o permettre par la diffusion de l'appel d'offres dans un délai adéquat, la participation de tout fournisseur intéressé;

2^o accorder un traitement égal à toutes les sources d'approvisionnement, à moins que l'appel d'offres ne prévoit que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement;

⁹ L.R.Q. c. R-6.01.

3° favoriser l'octroi des contrats d'approvisionnement sur la base du prix le plus bas pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable et, dans le cas où l'appel d'offres prévoit que la totalité ou une partie des besoins devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie, en tenant compte du prix maximal tel qu'établi par règlement du gouvernement.

4° permettre qu'un appel d'offres puisse être satisfait par plus d'un contrat d'approvisionnement, auquel cas le fournisseur qui permet d'atteindre la quantité d'électricité demandée peut être invité à diminuer la quantité d'électricité qu'il a lui-même offert, sans toutefois en modifier le prix unitaire.

Dispense

La Régie peut dispenser le distributeur d'électricité de recourir à l'appel d'offres pour des contrats de court terme ou en cas d'urgence des besoins à satisfaire.

[28] La Régie a un pouvoir de surveillance de nature administrative quant à l'application de la Procédure et du Code :

Application

74.2 La Régie surveille l'application de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que du code d'éthique, prévus à l'article 74.1, et examine si ceux-ci ont été respectés. À cette fin, elle peut exiger tout document ou renseignement utile. La Régie fait rapport de ses constatations au distributeur d'électricité et au fournisseur choisi.

Approbaton

Le distributeur d'électricité ne peut conclure un contrat d'approvisionnement en électricité sans obtenir l'approbation de la Régie, aux conditions et dans les cas qu'elle fixe par règlement.

[29] Pouvoir de surveillance et adjudication des contrats sont distincts. C'est la position de la Régie elle-même¹⁰.

¹⁰ Décision D. 2001-191R, p.7.

[30] Le Régie n'a aucune compétence pour régler les différends contractuels résultant du processus d'adjudication. Elle n'a aucune juridiction pour instaurer un processus de traitement de plaintes de soumissionnaires sur l'application de la Procédure par Hydro¹¹.

LE CONTRAT

[31] Le contrat d'approvisionnement en électricité dont il est question est un contrat visé par le *Règlement sur les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement par le distributeur d'électricité requiert l'approbation de la Régie de l'énergie*¹² (le Règlement). L'article 1 de ce règlement mentionne que :

1. Le distributeur d'électricité doit obtenir l'approbation de la Régie de l'énergie avant de conclure tout contrat d'approvisionnement en électricité dont la durée des approvisionnements, mesurée du début prévu des livraisons à la fin des livraisons, est supérieure à 1 an.

Une demande d'approbation est présentée à la Régie au moins 90 jours avant la date d'entrée en vigueur du contrat, à moins de circonstances particulières démontrées par le distributeur d'électricité à la Régie. Ce délai est de 60 jours pour les contrats à être octroyés à la suite du premier appel d'offres du distributeur d'électricité.

La demande doit être accompagnée des contrats et contenir les informations suivantes :

1° une description de la contribution de chaque contrat au plan d'approvisionnement, et lorsque l'appel d'offres est satisfait par plusieurs contrats, une description de la contribution de chaque contrat à l'appel d'offres;

2° dans le cas d'un appel d'offres prévoyant que la totalité ou une partie des besoins des marchés québécois devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement, une description de la contribution de chaque contrat au bloc d'énergie fixé par règlement du gouvernement, au plan d'approvisionnement et à l'appel d'offres lorsque celui-ci est satisfait par plusieurs contrats;

3° une description des garanties prévues aux contrats pour couvrir les risques financiers et ceux reliés à la suffisance des approvisionnements ainsi qu'une analyse des risques résiduels;

¹¹ Id.

¹² L.R.Q. c. R-6.01, r. 0.04.01.

4° la démonstration que le contrat ou la combinaison des contrats comporte le prix le plus bas, pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable et, dans le cas d'un appel d'offres prévoyant que la totalité ou une partie des besoins des marchés québécois devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement, la démonstration que le prix le plus bas ne dépasse pas le prix maximal tel qu'établi par règlement du gouvernement, sous réserve que le gouvernement décide d'établir un tel prix maximal;

5° un rapport comparant les prix du contrat, de la combinaison des contrats ou de chaque contrat inclus dans la combinaison des contrats d'approvisionnement en électricité avec les prix des principaux produits disponibles dans les marchés du nord-est de l'Amérique et les coûts de transport applicables;

6° la démonstration que les caractéristiques des contrats approuvées dans le plan d'approvisionnement sont respectées;

7° le cas échéant, les suites données par le distributeur d'électricité au rapport de la Régie préparé dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de surveillance de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que du code d'éthique.

[nos soulignés]

LES DÉCISIONS

Décision 1 – refus de la Régie d'approuver le contrat

[32] Dans le cadre du processus d'approbation, on a vu que la Régie avait indiqué à Hydro que sa demande était incomplète en ce qu'elle ne fait pas état des suites données à son Rapport. Hydro a répondu à la Régie qu'elle n'avait pas de suite à donner puisque la Régie a conclu que l'appel d'offres était conforme à la Procédure et que le Code avait été respecté. Hydro a justifié longuement le recours à la clause 4,18 relative aux prix non concurrentiels prévue à l'appel d'offres et son obligation d'obtenir le meilleur prix pour sa clientèle.

[33] Cette réponse est examinée par le régisseur Boulianne¹³. Le régisseur reprend les constatations du Rapport et écarte tous les moyens d'Hydro. Il conclut que les conclusions du Rapport ne sont pas remises en cause. Hydro ne peut pas utiliser la

¹³ C'est un cas où le régisseur peut agir seul; art. 16 de la Loi.

clause des prix non concurrentiels contenue dans les documents d'appel d'offres sans remettre en cause l'appel d'offres.

[34] Le régisseur se pose alors la question suivante: la Régie peut-elle approuver un contrat dont la procédure d'appel d'offres n'est pas conforme? Il répond non. Le passage pertinent de la décision est le suivant :

La Loi fait de l'appel d'offres une exigence formelle dans les cas prescrits à l'article 74.1. Le Distributeur, sauf pour les exceptions prévues, ne peut conclure un contrat d'approvisionnement en électricité autrement qu'en procédant par appel d'offres. Aussi, dans la mesure où la procédure d'appel d'offres est non conforme dans l'un de ses aspects essentiels, voire la sélection des soumissions, la Régie est d'avis que le Distributeur ne peut rechercher l'approbation d'un contrat qui en découle. [sic]¹⁴

Décision 2 – refus de la Régie de réviser la décision 1

[35] Tembec demande la révision administrative de cette décision à la Régie en vertu de l'article 37 par. 3 de la Loi alléguant qu'elle est affectée d'un vice de fond.

[36] Tembec estime que la décision 1 tient en compte un élément de preuve non pertinent (soit que la Procédure n'a pas été respectée concernant la sélection des soumissions) – c'est le premier motif de révision - tout en omettant de prendre en compte une preuve pertinente soit que la soumission de Tembec était, elle, conforme et la plus basse en tout état de cause – c'est le deuxième motif de révision.

[37] Selon Tembec, la procédure d'approbation d'un contrat n'est pas une procédure d'approbation de *tout* l'appel d'offres ou l'examen des soumissions rejetées. La question est de savoir si le *contrat de Tembec* doit être approuvé. Cela est d'autant plus vrai qu'aucun des soumissionnaires perdants ne s'est plaint de l'appel d'offres (3^e motif de révision).

[38] Tembec plaide aussi que la décision entraîne un résultat déraisonnable en pénalisant un soumissionnaire dont la soumission est conforme et la plus basse (4^e motif de révision).

[39] La Régie rejette le premier motif essentiellement sur la base que le Rapport était une preuve pertinente dont la Régie devait tenir compte comme le mentionne le Règlement. Pour le reste, la Régie reprend la décision 1 pour conclure qu'elle n'a rien d'irrationnelle ou d'insoutenable et que les conclusions de faits et de droit sont tout à fait défendables.

¹⁴ D-2006-65, p.4.

[40] Quant au deuxième motif, la Régie concède qu'on a pas tenu compte d'une preuve pertinente soit que la soumission de Tembec était, elle, conforme à la Procédure et la plus basse. Pour la Régie, la situation s'explique par le fait que la Régie avait préalablement décidé que la procédure suivie n'avait pas été conforme dans un de ses aspects essentiels ce qui faisait en sorte qu'on ne pouvait pas rechercher l'approbation de tout contrat qui en découle. *Fraus omnia corrumpit* en quelque sorte. La preuve que la soumission de Tembec était, elle, conforme à la Procédure et la plus basse était donc devenue non pertinente. Le deuxième motif est rejeté.

[41] Quant aux 3^e et 4^e motifs de Tembec, la Régie répète que la décision est défendable et ne fait qu'appliquer la Loi.

[42] La demande de révision de Tembec est rejetée.

LA DEMANDE DE RÉVISION JUDICIAIRE

[43] Tembec demande la révision judiciaire de cette décision. Pour Tembec, la décision 2 est déraisonnable quand elle conclut que la décision 1 n'est pas entachée d'un vice de fond.

[44] Tembec reprend ses quatre motifs précédents et fait sien le motif soumis à la Régie par les deux mises en cause Stratégies Énergétiques et Association Québécoise de Lutte contre la Pollution de l'Air : la Régie a erré en ne concluant pas que la sélection des soumissionnaires était conforme à la Procédure qui comprenait, pour tous les soumissionnaires, la clause 4,18. En effet, la Régie a jugé que Hydro ne pouvait pas faire appel à cette clause sans remettre en cause tout l'appel d'offres. Or, c'est plutôt l'inverse qui se produit. Décider a posteriori qu'une clause de l'appel d'offres ne doit plus s'appliquer remet en cause l'appel d'offres et change les règles du jeu. Les documents fournis au soutien de la demande d'approbation comprenaient les documents d'appel d'offres et la clause 4,18. La Régie a complètement négligé cette preuve.

DÉTERMINATION DE LA NORME DE CONTRÔLE APPLICABLE À LA DÉCISION 2

[45] En droit administratif canadien, le tribunal de contrôle doit déterminer la norme de déférence applicable au décideur administratif¹⁵, ici la Régie de l'énergie siégeant en révision d'une de ses décisions. L'analyse pragmatique et fonctionnelle s'articule autour de quatre facteurs¹⁶ qui seront successivement traités. Aucun de ces facteurs n'est déterminant en soi, même la présence d'une clause privative intégrale¹⁷.

¹⁵ *Ryan c. Barreau du Nouveau-Brunswick*, 2003 C.S.C. 20, par. 1; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 C.S.C. 19, par. 21; *Barrie Public Utilities c. Association canadienne de la télévision par câble*, 2003 C.S.C. 28, au par. 10.

¹⁶ *Dr Q*, précité, au par. 26.

¹⁷ *Dr Q*, précité.

Premier facteur : la clause privative

[46] La *Loi sur la Régie* contient une clause privative et il n'y a pas d'appel des décisions de la Régie :

40. Les décisions rendues par la Régie sont sans appel.

41. Sauf sur une question de compétence, aucun recours en vertu de l'article 33 du Code de procédure civile (chapitre C-25) ou recours extraordinaire au sens de ce code ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre la Régie ou l'un de ses régisseurs agissant en sa qualité officielle.

[47] Cette clause privative a été qualifiée de «clause privative intégrale» à quelques reprises par les tribunaux¹⁸. En conséquence, «la cour doit faire montre de retenue à l'égard de la décision du tribunal administratif, sauf si d'autres facteurs suggèrent fortement le contraire en ce qui a trait à la décision en cause»¹⁹.

[48] Même pour une décision de révision, la clause privative conserve toute sa portée²⁰.

Deuxième facteur : l'expertise de la Régie

[49] L'article 31 de la Loi énumère les matières pour lesquelles la Régie possède une compétence exclusive:

31. La Régie a compétence exclusive pour:

1° fixer ou modifier les tarifs et les conditions auxquels l'électricité est transportée par le transporteur d'électricité ou distribuée par le distributeur d'électricité ou ceux auxquels le gaz naturel est fourni, transporté ou livré par un distributeur de gaz naturel ou emmagasiné;

2° surveiller les opérations des titulaires d'un droit exclusif de distribution d'électricité ou de gaz naturel afin de s'assurer que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants;

2.1° surveiller les opérations du transporteur d'électricité, du distributeur d'électricité ainsi que celles des distributeurs de gaz

¹⁸ *Plateau de la Capitale, s.e.n.c. c. Régie de l'énergie*, J.E. 2006-1090 (C.S.); *Regroupement national des conseils régionaux de l'environnement du Québec (R.N.C.R.E.Q.) c. Régie de l'énergie*, J.E. 2000-1663 (C.S.).

¹⁹ *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

²⁰ *TAQ c. Godin* [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.).

[61] La juge Rousseau-Houle fait remarquer, sur le rôle du Tribunal administratif du Québec siégeant en révision et la norme de contrôle judiciaire, que :

[144] Le mandat du TAQ en révision est plus précis et plus limité que celui conféré à la première formation du TAQ puisqu'il s'agit de déterminer s'il existe ou non un vice de fond de nature à invalider la première décision. C'est principalement en raison de la nature du problème soulevé, qu'il qualifie essentiellement de question de droit, que le juge Fish conclut que la norme de contrôle judiciaire la plus appropriée à la présente décision du TAQ en révision est celle de la décision raisonnable²⁸.

[145] J'estime que dans l'examen du processus décisionnel du TAQ en révision, une grande importance doit être donnée aux motifs invoqués dans la demande de révision interne.

[62] Dans l'arrêt *CSST c. Fontaine* 2005 QCCA 775, la Cour d'appel traite à nouveau de la norme de contrôle applicable aux décisions de révision interne. Le juge Morissette fait l'analyse suivante :

[32] Le processus de révision interne examiné par le juge Fish dans ses motifs majoritaires de l'arrêt *Godin* s'inscrit dans un cadre institutionnel qui, à diverses variantes près, est commun à plusieurs tribunaux administratifs. Le tribunal mis en cause dans l'arrêt *Godin* était, comme on le sait, le Tribunal administratif du Québec. La disposition qui dans son cas régit le processus de révision interne se trouve à l'article 154 de la *Loi sur la justice administrative* (la *LJA*). La disposition qui dans le cas de la CLP régit le processus de révision interne se trouve à l'article 429.56 de la *LATMP*. Exception faite de la mention dans l'article 429.56 d'«une décision, d'un ordre ou d'une ordonnance» de la Commission, termes qui font pendant à la mention dans l'article 154 de la *LJA* d'«une décision» du Tribunal, les deux dispositions sont rigoureusement identiques. L'une et l'autre sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 1998. L'une et l'autre contiennent mot à mot, aux paragraphes 1^o à 3^o, le même énoncé des motifs de révision.

[...]

[34] Il est un point sur lequel je suis prêt à suivre la mise en cause: la *ratio decidendi* de l'arrêt *Godin* n'est pas nécessairement extensible à tout autre processus de révision interne prévu par la loi constitutive d'un tribunal administratif.

[35] Douze tribunaux ou organismes administratifs de compétence provinciale sont ainsi investis par la loi du pouvoir de réviser leurs propres décisions pour diverses causes, dont le

²⁸ *TAQ c. Godin*, op. cit.

«vice de fond de nature à invalider la décision». Ce sont le Tribunal administratif du Québec, la Commission des lésions professionnelles, le Tribunal des droits de la personne, le Tribunal des professions, la Commission des relations du travail, la Commission des transports du Québec, la Commission de protection du territoire agricole du Québec, la Commission de reconnaissance des associations d'artistes et des associations de producteurs, la Régie des alcools, des courses et des jeux, la **Régie de l'énergie**, la Société d'assurance automobile du Québec et la Financière agricole du Québec, successeur de la Régie des assurances agricoles du Québec. Un treizième organisme, la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec, peut lui aussi réviser ses propres décisions en des termes très semblables, mais à cette différence près que seul le «vice de procédure» de nature à invalider la décision, et non le «vice de fond», est énuméré parmi les motifs de révision.

[36] Un examen de la législation fait ressortir bien des différences, à la fois entre les textes instituant un pouvoir de révision interne et entre les tribunaux ou organismes pourvus de ce pouvoir. Les décisions de quelques-uns de ces tribunaux ou organismes sont finales et sans appel, comme par exemple celles de la Commission des relations de travail, mais celles de plusieurs autres organismes peuvent faire l'objet d'un recours au TAQ, comme dans le cas de la Commission des transports du Québec, ou encore d'un appel avec permission à la Cour d'appel, comme c'est le cas du Tribunal des droits de la personne. Or, il est de règle que seules les décisions qui ne sont pas attaquées devant une autre instance peuvent faire l'objet d'une révision interne. La plupart de ces organismes bénéficient d'une clause privative robuste, mais pas tous : ce n'est le cas ni de la Société d'assurance automobile du Québec, ni de la Financière agricole du Québec. Dans certains cas, comme pour la **Régie de l'énergie** mais aussi pour le Tribunal des droits de la personne, la révision est possible d'office ou sur demande; dans d'autres, comme pour la Commission des lésions professionnelles ou la Commission des relations du travail, elle ne survient que sur demande. Ailleurs, la loi n'apporte pas de précisions sur ce point. Enfin, dans six cas sur douze, la loi spécifie que la révision pour cause de vice de fond de nature à invalider la décision ne peut se faire que devant une formation autre que celle qui a rendu la décision à réviser; dans les six autres cas, la loi est silencieuse sur ce point.

[gras ajouté, notes omises]

[63] Les décisions de la Régie sont finales et sans appel. Il existe un pouvoir d'auto-révision d'office mais également une possibilité de révision à la demande d'une des

parties. La révision peut avoir lieu dans le cas d'un vice de fond comme dans l'arrêt *Godin*. Dans ce cas, un banc différent doit entendre la demande de révision. Sauf quant au pouvoir d'auto-révision, le pouvoir de révision de la Régie de l'énergie est rigoureusement le même que celui du TAQ analysé dans l'affaire *Godin*.

[64] En conséquence, la norme de contrôle judiciaire applicable à une décision de la Régie siégeant en révision interne est celle de la décision raisonnable *simpliciter*.

Définition de la norme

[65] La Cour suprême définit ainsi la norme de la décision raisonnable *simpliciter* dans son arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247 :

[50] [...] En revanche, lorsqu'elle décide si une mesure administrative est déraisonnable, la cour ne doit à aucun moment se demander ce qu'aurait été la décision correcte. La norme de la décision raisonnable donne effet à l'intention du législateur de confier à un organisme spécialisé la responsabilité principale de trancher la question selon son propre processus et ses propres raisons. La norme de la décision raisonnable n'implique pas que l'instance décisionnelle dispose simplement d'une « marge d'erreur » par rapport à ce que la cour estime être la solution correcte.

[...]

[54] Comment la cour siégeant en contrôle judiciaire sait-elle si une décision est raisonnable alors qu'elle ne peut d'abord vérifier si elle est correcte? La réponse est que la cour doit examiner les motifs donnés par le tribunal.

[55] La décision n'est déraisonnable que si aucun mode d'analyse, dans les motifs avancés, ne pouvait raisonnablement amener le tribunal, au vu de la preuve, à conclure comme il l'a fait. Si l'un quelconque des motifs pouvant étayer la décision est capable de résister à un examen assez poussé, alors la décision n'est pas déraisonnable et la cour de révision ne doit pas intervenir (*Southam*, par. 56). Cela signifie qu'une décision peut satisfaire à la norme du raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux de la cour de révision (voir *Southam*, par. 79).

[56] Cela ne signifie pas que chaque élément du raisonnement présenté doive passer individuellement le test du caractère raisonnable. La question est plutôt de savoir si les motifs, considérés dans leur ensemble, sont soutenables comme assise de la décision. Une cour qui applique la norme de la décision

raisonnable doit toujours évaluer si la décision motivée a une base adéquate, sans oublier que la question examinée n'exige pas un résultat unique précis. De plus, la cour ne devrait pas s'arrêter à une ou plusieurs erreurs ou composantes de la décision qui n'affectent pas la décision dans son ensemble.
[nos soulignés]

ANALYSE

[66] Appliquant ces principes, il faut se demander si la conclusion de la Régie dans la décision 2 était déraisonnable lorsqu'elle énonce que la décision 1 de la Régie n'était pas entachée de vices de fond de nature à l'invalider.

Vice de fond-notion

[67] Le juge Rothman dans *Épiciers unis Métro-Richelieu c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1996] R.J.Q. 608, aux pages 613-614 s'exprime ainsi sur la notion de vice de fond :

The Act does not define the meaning of the term "vice de fond" used in section 37. The English version of section 37 uses the expression "substantive ... defect." In context, I believe that the defect, to constitute a "vice de fond," must be more than merely "substantive." It must be serious and fundamental. This interpretation is supported by the requirement that the "vice de fond" must be "de nature à invalider la décision." A mere substantive or procedural defect in a previous decision by the Régie would not, in my view, be sufficient to justify review under section 37. A simple error of fact or law is not necessarily a "vice de fond." The defect, to justify review, must be sufficiently fundamental and serious to be of a nature to invalidate the decision.

[68] Dans *TAQ c. Godin*²⁹, la juge Rousseau-Houle fait le constat suivant :

[par.140] Notre Cour a reconnu que cette notion [de vice de fond] doit être interprétée largement. Elle est suffisamment large pour permettre la révocation d'une décision qui serait *ultra vires* ou qui, plus simplement, ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier. Il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation, d'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits lorsque cette erreur joue un rôle déterminant, de la mise à l'écart d'une règle de droit ou encore de l'omission de se prononcer sur un élément de preuve important ou sur une question de droit pertinente.

²⁹ Op. cit.

[parenthèses ajoutées, notes omises, nos soulignés]

LES GRIEFS

[69] Les griefs de Tembec sont les suivants:

- Premier grief : la décision 1 tient en compte un élément de preuve non pertinent soit que la Procédure n'a pas été respectée concernant la sélection des soumissions, puisque les soumissions non retenues étaient toutes supérieures à celle de Tembec.
- Deuxième grief: la décision 1 omet de prendre en compte une preuve pertinente soit que la soumission de Tembec était, elle, conforme et retenue car la plus basse de toutes les soumissions reçues.
- Troisième grief : la procédure d'approbation d'un contrat n'est pas une procédure d'approbation de *tout* l'appel d'offres ou l'examen des soumissions rejetées. La question est de savoir si le *contrat de Tembec* doit être approuvé. Cela est d'autant plus vrai qu'aucun des soumissionnaires perdants ne s'est plaint de l'appel d'offres.
- Quatrième grief : la décision entraîne un résultat déraisonnable en pénalisant un soumissionnaire dont la soumission est conforme et la plus basse.
- Cinquième grief : la Régie a erré en ne concluant pas que la sélection des soumissions était conforme à la Procédure qui comprenait, pour tous les soumissionnaires, la clause 4,18. La Régie a jugé que Hydro-Québec ne pouvait pas faire appel à cette clause sans remettre en cause tout l'appel d'offres. Or, les documents fournis au soutien de la demande d'approbation comprenaient les documents d'appel d'offres³⁰ et la clause 4,18. Les experts et consultants ont conclu que la Procédure avait été suivie. La Régie a complètement négligé cette preuve.

[70] Le Tribunal retient les griefs deux et trois de Tembec. Il sera suffisant et prudent pour les fins de la décision de s'en tenir à ces deux griefs. Comme ils sont intimement liés, ils seront examinés ensemble. Le Tribunal n'exprime pas d'opinion quant aux autres griefs.

³⁰ Le document d'appel d'offres est déposé à la Régie avant le lancement de l'appel d'offre. Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, 24 juillet 2001.

[71] Le Tribunal estime que la Régie a eu tort de ne pas intervenir. La décision l'était affectée d'un vice de fond.

[72] Dans la décision 1, le régisseur a confondu surveillance administrative de l'appel d'offres (art. 74.2 al.1 de la Loi) et processus d'approbation de contrat (art. 74.2 al. 2 de la Loi).

[73] Le *Règlement* ne dit pas qu'un Rapport défavorable entraîne automatiquement le rejet d'un contrat conclu suite à l'appel d'offres visé par le Rapport. En ce sens, il n'y aurait même pas nécessité à processus d'approbation. Ce n'est pas l'équation. Le système d'appel d'offres public est un processus long, complexe, sophistiqué et coûteux. Un contrat conclu suite à ce processus nécessite un examen tout aussi minutieux de la part de l'organisme spécialisé.

[74] Le *Règlement* prévoit les cas où un contrat doit être soumis pour approbation à la Régie. En l'espèce, c'est un contrat dont la durée des approvisionnements est supérieure à un an (art. 1).

[75] Quant aux conditions de la demande d'approbation, outre le délai de présentation de la demande elle-même, elles sont de plusieurs ordres :

Conditions documentaires : fournir les contrats (a. 1 al. 2)

Conditions informationnelles : fournir des descriptions (a. 1 al. 2, par. 1-2-3)
fournir une analyse (a. 1 al. 2, par. 3)
fournir un rapport de comparaison (a. 1 al. 2, par.5)
faire état des suites données (a. 1 al. 2, par. 7)

Obligations de démonstration : démontrer que le contrat comporte le prix le plus bas (a. 1 al. 2, par. 4)
démontrer le respect des caractéristiques des contrats approuvés dans le plan d'approvisionnement (a. 1 al. 2, par. 6)

[76] Le *Règlement* envisage l'hypothèse d'un Rapport de la Régie qui soulèverait des accroc à la Procédure. Dans ce cas, le Distributeur doit faire état des suites données au Rapport. Lors de l'approbation du contrat, la Régie doit faire l'analyse des suites données. Le *Règlement* ne dit pas quelles doivent être ces suites ni qu'un Rapport qui soulève des accroc à la procédure est un obstacle dirimant.

[77] L'analyse du contrat dont on veut obtenir l'approbation doit être faite *in concreto*. Il est tout à fait possible d'imaginer un cas où un Rapport souligne des manquements quant à la Procédure mais qu'un contrat en particulier puisse être approuvé, par exemple dans l'hypothèse où les manquements relevés ne mettent pas en péril le principe du traitement

équitable et égal des soumissionnaires³¹. La Régie avait elle-même envisagé la possibilité de corriger les appels d'offres futurs quant à l'étape 2 du processus de sélection des soumissions³². Cette interprétation respecte la dichotomie surveillance du processus d'appel d'offres / approbation d'un contrat.

[78] Nonobstant le Rapport défavorable quant à l'appel d'offres, le régisseur devait examiner si le contrat de Tembec était, *lui*, conforme à la Procédure et au Code et décider si ce contrat devait être approuvé c'est-à-dire procéder à la deuxième étape de l'analyse et examiner la preuve pertinente. Cela n'a pas été fait.

[79] Même si on refaisait l'appel d'offres pour tenir en compte les remarques de la Régie dans son Rapport, la soumission de Tembec serait retenue et un contrat devrait être conclu. Hydro l'a admis³³. Les reproches contenus au Rapport ne visent pas le contrat de Tembec. Tembec utilise la biomasse comme combustible et la clause 4,18 ne lui est pas applicable. Il y a eu refus de prendre en compte une preuve pertinente et refus d'exercer la compétence. C'est un vice de fond.

[80] On ne peut pas s'empêcher de voir une certaine ambiguïté dans la genèse de ce litige. Le Gouvernement a indiqué par décret à la Régie ses préoccupations à l'égard de l'énergie produite par cogénération³⁴. La Procédure, la grille d'analyse des soumissions et sa pondération ont fait l'objet de décisions de la Régie³⁵. Par sa décision D-2004-180, la Régie s'assurait que l'appel d'offres était conforme aux préoccupations gouvernementales exprimées dans le Décret. Tous les documents d'appel d'offres sont déposés à la Régie. La Régie est donc bien au fait de la clause 4,18. Dans son Rapport, la Régie prend une position ambiguë quand elle dit que Hydro peut invoquer la clause relative aux prix non concurrentiels mais qu'en même temps, Hydro s'écarte des objectifs prescrits par le gouvernement dans le décret 354-2003 lorsqu'il fait appel à cette clause des prix non concurrentiels après avoir introduit un élément de comparaison entre les prix des soumissions et ceux d'autres options de son portefeuille d'approvisionnement, dont la production éolienne.

[81] Il n'est donc pas étonnant que le consultant Raymond Chabot Grant Thornton conclut que l'appel d'offres, la sélection des soumissions et l'octroi respectaient la

³¹ *Martel Building Ltd c. Canada* [2000] 2 R.C.S. 860.

³² D-2002-169 à l'occasion de l'approbation du plan d'approvisionnement 2002-2011 d'Hydro-Québec, partie II : Modalités des appels d'offres, pp. 65-66. Dans les suites données au Rapport, Hydro suggère de rendre plus explicite dans les appels d'offres à venir, son droit d'appliquer la clause de non compétitivité lorsque cela est dans le meilleur intérêt de sa clientèle : Réponses d'Hydro-Québec Distribution à la demande de renseignements No.1 de la Régie de l'énergie, HQD-3, page 6. Dans le même sens, voir les décisions de la Régie D-2003-159, p.23-24 et D-2004-115, p.11-12.

³³ *Syndicat canadien de la fonction publique c. Gravel* [1998] R.J.D.T. 56.

³⁴ *Décret concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie à l'égard de l'énergie produite par cogénération.*

³⁵ D-2001-191, D-2002-14, D-2002-169, D-2003-69.

Procédure tels qu'ils étaient. C'est là-dessus que les parties intéressées ont soumissionné.

[82] Les motifs de la Régie, pris dans leur ensemble, rendent la décision 2 déraisonnable. Il y a avait vice de fond dans la décision 1. Le *Règlement* n'a pas été respecté et la compétence n'a pas été exercée. La preuve pertinente n'a pas été tenue en compte. La décision 1 devait être révisée et le refus de le faire était déraisonnable. Tembec a raison de se plaindre et de s'adresser à la Cour.

[83] Généralement, lorsque la Cour exerce son pouvoir de contrôle, elle renvoie le dossier au décideur spécialisé sauf quand le débat est entièrement vidé. Tembec présente sa situation comme un cas particulier. Cet argument a du mérite.

[84] C'est l'avis du Tribunal que le renvoi à la Régie est inapproprié dans ce cas particulier [nous soulignons]. Il serait inutile de renvoyer le dossier à la Régie. Il n'y a plus rien à décider. Encore une fois, dans ce cas particulier, la Régie ne pouvait que faire droit à la demande d'approbation. La soumission de Tembec était la plus basse. Dans le cas de Tembec, la Procédure et le Code ont été suivis. La clause 4,18 ne s'appliquait pas à Tembec. La soumission de Tembec était conforme.

[85] Le contrat a été conclu le 3 octobre 2005. Les livraisons doivent débuter en 2008. Il serait inutile de faire supporter aux parties des coûts et des délais supplémentaires³⁶.

PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

[86] **ACCUEILLE** la requête en révision judiciaire;

[87] **RÉVISE** et **ANNULE** la décision D-2006-135 rendue le 12 septembre 2006 par la Régie de l'Énergie rejetant la demande de révision de la demanderesse Tembec inc. et la décision D-2006-65 rendue le 12 avril 2006 par la Régie de l'énergie refusant la demande d'Hydro-Québec en approbation du contrat intervenu entre Hydro-Québec et Tembec inc.

ET PROCÉDANT À RENDRE LA DÉCISION QUI AURAIT DÙ ÊTRE RENDUE :

[88] **APPROUVE** le contrat intervenu entre Hydro-Québec et Tembec inc. le 3 octobre 2005;

[89] **RETOURNE** le dossier à la Régie pour qu'elle décide de la demande de confidentialité d'Hydro-Québec incluse dans sa demande d'approbation;

³⁶ *Panneau Vicply inc. Guindon*, J.E. 98-109 (C.A.), *Lapray Realities Ltd. c. Montréal (Ville de)*, 2005 QCCA 477. *Club de yacht royal St-Laurent c. Commission municipale du Québec* J.E. 98-2299 (C.S.). Appel rejeté J.E. 2002-1660 (C.A.). *Renaud c. C.A.S.* [1999] 3 R.C.S. 855.

[90] Sans frais vu l'absence de contestation.

FRANÇOIS TÔTH, j.c.s.

Me Gérard Dugré
Me Mélisa Thibault
FRASER MILNER CASGRAIN
Procureurs de la demanderesse

Me Eric Fraser
GAGNON, LAFONTAINE
Procureur de la mise en cause Hydro-Québec

Me Dominique Neuman
Procureur des mises en cause Stratégies Énergétiques (S.É.) et
Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique

Date d'audience : 13 mars 2007

-17-

DÉCISION

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2012-162

R-3820-2012

30 novembre 2012

PRÉSENTE :

Louise Rózon
Régisseur

Domtar Inc.

Demanderesse en révision

et

Hydro-Québec

et

Raymond Chabot Grant Thornton

Mises en cause

Décision

*Demande de révision de la décision D-2012-080 rendue
dans le dossier R-3798-2012*

1. INTRODUCTION

[1] Le 17 août 2012, Domtar Inc. (Domtar ou la demanderesse) dépose à la Régie de l'énergie (la Régie) une demande de révision de la décision D-2012-080 (la Décision)¹ rendue dans le cadre du dossier relatif à la demande de Domtar d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie².

[2] Ce même jour, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) comparait au dossier. La mise en cause, Raymond Chabot Grant Thornton, quant à elle, ne comparait pas.

[3] Le 7 septembre 2012, la Régie convoque les parties à une audience devant se tenir le 22 et, si nécessaire, le 23 octobre 2012.

[4] Le 15 octobre 2012, Domtar dépose une demande de révision amendée (la Demande de révision), son plan d'argumentation ainsi qu'une liste d'autorités. Elle soutient que la Décision est entachée de vices de fond et de procédure de nature à l'invalider au sens de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*³ (la Loi).

[5] Le 15 octobre 2012, le Distributeur dépose son plan d'argumentation ainsi que la liste de ses autorités.

[6] Le 18 octobre 2012, le Distributeur indique à la Régie qu'il déposera une argumentation complétée en réponse à la Demande de révision amendée de Domtar.

[7] Ce même jour, Domtar indique à la Régie qu'elle ne s'oppose pas au dépôt par le Distributeur d'une argumentation supplémentaire, dans la mesure où cela s'accompagne d'une remise de l'audience prévue pour le 22 octobre 2012.

¹ La conclusion de la Régie formulée au paragraphe 77 de la Décision portant sur la demande de traitement confidentiel de Domtar ne fait pas l'objet de la demande de révision.

² Dossier R-3798-2012.

³ L.R.Q., c. R-6.01.

[8] Le 19 octobre 2012, la Régie transmet une lettre au Distributeur et à Domtar par laquelle elle maintient l'audience du 22 octobre 2012, permet au Distributeur de déposer une argumentation écrite supplémentaire au soutien de sa plaidoirie et précise que Domtar pourra déposer sa réplique par écrit, dans un délai raisonnable.

[9] Le 19 octobre 2012, le Distributeur dépose son argumentation écrite supplémentaire.

[10] L'audience est tenue le 22 octobre 2012, date à laquelle la Régie entame son délibéré.

[11] Dans le cadre de la présente décision, la Régie se prononce sur la Demande de révision de Domtar.

2. CONTEXTE

[12] Dans cette section, la Régie fait un bref rappel des faits ayant mené à la demande initiale de Domtar déposée le 27 avril 2012 et amendée le 19 juin 2012 (la Demande initiale) et à la Décision dont la révision est demandée au présent dossier.

[13] Domtar exploite une centrale de cogénération à base de biomasse forestière résiduelle d'environ 25 MW à Windsor, au Québec.

[14] Le 7 novembre 2001, Domtar et Hydro-Québec dans ses activités de production d'électricité (le Producteur) concluent un contrat d'achat d'électricité (le Contrat), par lequel le Producteur achète la production d'électricité de l'usine de Windsor de la demanderesse.

[15] Domtar indique s'être acquitté des paiements prévus aux clauses 4 et 7.2 pour être en mesure de se prévaloir de la faculté conférée par la clause 4 du Contrat⁴.

⁴ Dossier R-3798-2012, pièce B-0036, page 3.

[16] La clause 4 du Contrat prévoit un terme de 25 ans avec l'option, pour Domtar, sur préavis d'au moins 6 mois, de mettre fin au Contrat à partir de la deuxième année contractuelle (l'Option).

[17] Le 4 mai 2006, le gouvernement publie la « *Stratégie énergétique du Québec 2006-2015 - L'énergie pour construire le Québec de demain* », dans laquelle il exprime certaines attentes relatives à la petite production d'électricité et à la mise en valeur de nouvelles technologies énergétiques utilisant la biomasse⁵.

[18] Le 26 octobre 2011, le gouvernement adopte le décret 1085-2011 par lequel il édicte le *Règlement sur la capacité maximale de production visée dans un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle*⁶.

[19] Également, le 26 octobre 2011, le gouvernement adopte le décret 1086-2011 *concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard d'un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle* (le Décret)⁷. En ce qui a trait à un tel programme d'achat d'électricité, le Décret prévoit, notamment, ce qui suit :

« 3. À cette fin, le gouvernement a demandé au distributeur de considérer les caractéristiques suivantes dans l'élaboration de son programme d'achat d'un bloc de 150 MW :

a. *Le programme devrait viser une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle, une installation inopérante depuis plus de six mois consécutifs avant le lancement du programme ou une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du programme.*

[...]

c. *Un contrat d'achat d'électricité devrait être conclu avec chaque promoteur ayant déposé une soumission conforme aux modalités approuvées par la Régie jusqu'à l'atteinte de 150 MW; » [nous soulignons]*

⁵ *La Stratégie énergétique du Québec 2006-2015 - L'énergie pour construire le Québec de demain*, ministère des Ressources naturelles et de la Faune, 2006, page 78, pièce B-0007.

⁶ (2011) 143 G.O. II, 4820; dossier R-3798-2012, pièce B-0008.

⁷ (2011) 143 G.O. II, 4851; dossier R-3798-2012, pièce B-0009.

[20] Le 17 novembre 2011, le Distributeur demande à la Régie d'approuver, en vertu de l'article 74.3 de la Loi, les modalités d'un programme d'achat d'électricité produite par cogénération à base de biomasse forestière résiduelle (le Programme)⁸. Il demande également à la Régie de prendre acte du contrat-type qui sera utilisé dans le cadre du Programme. Le Programme, produit avec la demande au dossier R-3780-2011, indique à l'égard des « Critères d'admissibilité » ce qui suit :

« l'électricité produite par la Centrale doit provenir soit (i) d'une nouvelle installation de cogénération à la biomasse forestière résiduelle ou (ii) d'une installation inopérante depuis plus de six (6) mois consécutifs avant la date de lancement du Programme ou (iii) d'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec, dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du Programme; »⁹

[21] Le 15 décembre 2011, la Régie rend sa décision D-2011-190¹⁰ par laquelle elle accueille la demande du Distributeur, approuve les modalités du Programme et prend acte du contrat-type qui sera utilisé par ce dernier dans le cadre du Programme.

[22] Le 20 décembre 2011, le Distributeur lance le programme PAE-2011-01. Le document de ce programme¹¹ (Document du Programme) est alors mis en ligne.

[23] L'article 1.5 du Document du Programme portant sur les critères d'admissibilité comporte un ajout (la Modalité) qui ne figurait pas dans le Programme approuvé par la Régie dans sa décision D-2011-190 :

« Une installation visée en ii) et iii) ci-dessus, bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec au moment de la publication du Décret, n'est pas admissible au Programme si ce contrat de vente a été résilié après la publication du Décret. »

⁸ Dossier R-3780-2011.

⁹ Dossier R-3780-2011, pièce B-0004, page 7.

¹⁰ Dossier R-3780-2011.

¹¹ Dossier R-3798-2012, pièce B-0015.

[24] Le 27 avril 2012, Domtar dépose, en vertu des articles 5, 31, 34, 39, 72 et 74.3 de la Loi une demande d'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Régie¹². Cette demande est amendée le 19 juin 2012. Par cette demande, Domtar recherche essentiellement à faire trancher par la Régie les questions suivantes :

« Est-ce qu'une installation de cogénération qui bénéficie d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec est admissible en vertu du Programme si le Fournisseur se prévaut d'un droit contractuel prépayé lui permettant d'anticiper l'échéance du terme, de façon à ce que le contrat vienne à échéance avant la fin du Programme? »

La Modalité apparaissant à l'article 1.5 in fine du Document du Programme, pièce R-12, et dans la partie 3.1 du Formulaire, pièce R-13, est-elle discriminatoire? illégale? abusive? ultra vires des droits et des pouvoirs d'Hydro-Québec? opposable à Domtar? »¹³

[25] Dans sa Demande initiale, Domtar recherche également l'obtention d'ordonnances de sauvegarde.

[26] Le 4 mai 2012, le Distributeur modifie comme suit, par addenda au Programme (l'Addenda), le texte de la Modalité apparaissant au paragraphe 23 ci-haut, en remplaçant les mots « publication du Décret » par « lancement du Programme » :

« Une installation visée en ii) et iii) ci-dessus, bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec au moment de ~~la publication du Décret~~ du lancement du Programme, n'est pas admissible au Programme si ce contrat de vente a été résilié après ~~la publication du Décret~~ le lancement du Programme. »¹⁴
[nous soulignons]

¹² Dossier R-3798-2012.

¹³ Dossier R-3798-2012, pièce B-0036, page 11.

¹⁴ Dossier R-3798-2012, pièce C-HQD-0007.

[27] Le 4 juin 2012, le Distributeur dépose à la Régie une demande relative à l'augmentation à 300 MW de la quantité recherchée en vertu du Programme¹⁵. Cette demande fait suite à l'adoption du décret numéro 530-2012¹⁶ relatif à l'augmentation de la quantité d'électricité visée par le Programme de 150 MW à 300 MW. Cette demande est approuvée par la Régie le 17 juillet 2012¹⁷.

[28] Le 19 juin 2012, la Régie tient une audience afin d'entendre les parties sur les ordonnances de sauvegarde recherchées par Domtar dans sa Demande initiale.

[29] Le 17 juillet 2012, la Régie rend la Décision, par laquelle elle rejette l'ensemble de la Demande initiale de Domtar. Elle rejette ainsi les mesures de sauvegarde ainsi que les conclusions principales recherchées par Domtar.

3. LA DEMANDE DE RÉVISION

3.1 POSITION DE LA DEMANDERESSE

[30] La demanderesse soutient que la Décision est entachée de vices de fond et de procédure de nature à l'invalider en vertu de l'article 37 de la Loi. Les vices de fond et de procédure allégués par Domtar dans sa Demande de révision sont résumés ci-après.

Excès de compétence et manquements à la justice naturelle

[31] La demanderesse est d'avis que la première formation n'a pas respecté le cadre juridictionnel établi et qu'elle a excédé sa compétence lorsqu'elle a conclu, au paragraphe 62 de la Décision, que la soumission de Domtar déposée dans le cadre du Programme n'était pas conforme aux exigences de celui-ci.

¹⁵ Dossier R-3801-2012, pièce B-0002.

¹⁶ Dossier R-3801-2012, pièce B-0005.

¹⁷ Décision D-2012-081, dossier R-3801-2012.

[32] Domtar soumet que la première formation, dans le cadre du débat provisoire engagé devant elle, n'avait pas juridiction pour trancher, de façon finale, la conformité de sa soumission en vertu du Programme. En tranchant cette question, la Régie a rendu une décision entachée d'un vice de fond de nature à invalider la Décision. Domtar cite, à cet effet, un extrait de la transcription des notes sténographiques de l'audience tenue le 19 juin 2012 pour démontrer que la première formation, lors de cette audience, avait clairement circonscrit le débat aux critères de l'ordonnance de sauvegarde¹⁸.

[33] Domtar allègue que la première formation a préjugé des questions qui devaient lui être plaidées au fond par les parties, sans lui donner l'opportunité de faire sa preuve et de présenter ses arguments de fond, contrevenant ainsi à la garantie procédurale *audi alteram partem*.

[34] La demanderesse plaide que la première formation devait uniquement se pencher sur l'opportunité d'accorder les ordonnances de « type sauvegarde » demandées sans, par ailleurs, trancher le fond du litige.

[35] La demanderesse soutient également que la première formation a commis une erreur manifeste en se prononçant sur le critère de l'apparence de droit et sur le fond du litige sans statuer, au préalable, sur sa juridiction. Domtar est d'avis que le défaut de la première formation de se prononcer sur sa compétence constitue également un vice de fond de nature à invalider la Décision.

Erreurs fondamentales quant à l'apparence de droit

[36] De plus, la demanderesse est d'avis que la première formation devait uniquement déterminer si Domtar avait démontré *prima facie* que l'inclusion de la Modalité était illégale et que l'application de l'article 1.5 du Document du Programme à son cas, telle qu'annoncée par le Distributeur, était illégale. Dans l'affirmative, la première formation devait vérifier si son effet devait être suspendu, en attendant une décision au mérite.

¹⁸ Pièce B-0005, pages 16 et 17.

[37] À cet égard, Domtar plaide, entre autres, que la Modalité, à sa face même, apportait une modification substantielle à l'article 1.5 du Programme et qu'elle n'avait pas été approuvée par la Régie conformément à l'article 74.3 de la Loi. En conséquence, Domtar est d'avis que la première formation devait constater que l'inclusion de la Modalité au Programme était *prima facie* illégale.

[38] Selon la demanderesse, la seule autre conclusion possible au niveau de l'apparence de droit était d'estimer que le droit de Domtar était incertain, auquel cas l'analyse de la prépondérance des inconvénients aurait dû être effectuée.

[39] Également, Domtar soutient que les conclusions de la première formation mentionnées ci-après sont manifestement erronées.

Apparence de droit et question hypothétique

[40] Domtar est d'avis que la conclusion de la première formation, au paragraphe 61 de la Décision, à l'effet que la demanderesse n'avait pas fait la démonstration d'une apparence de droit puisqu'elle ne disposait que d'un droit hypothétique, est manifestement erronée et doit être révisée. Cette erreur porte sur un critère d'octroi d'ordonnances de sauvegarde.

[41] L'interprétation de la Régie du critère d'apparence de droit n'est pas conforme à la jurisprudence applicable, notamment en ce qu'elle impose un fardeau de preuve au moins aussi exigeant que la prépondérance de preuve (norme applicable au fond) et nettement plus élevé que la démonstration *prima facie* du droit invoqué.

[42] Domtar est d'avis que la Régie aurait dû appliquer le critère de la « question sérieuse ». Elle soumet, à cet égard, qu'il est indubitable, vu la longueur et la teneur des motifs invoqués dans la Décision, que la Demande initiale soulevait des questions sérieuses.

[43] Domtar est d'avis que la première formation a confondu la notion d'apparence de droit et la notion de l'intérêt pour agir en justice qui est insérée dans la Loi via la notion de personne concernée à l'article 34.

[44] Domtar est d'avis qu'en tirant du non-exercice de l'Option une conclusion voulant que la question présentée était hypothétique, la Régie s'est mal dirigée en droit quant à la doctrine du caractère théorique d'une demande. À cet égard, Domtar cite certains jugements des tribunaux judiciaires.

Apparence de droit et légalité de la Modalité

[45] Domtar soumet qu'au paragraphe 72 de la Décision, la Régie a jugé au fond, mais sans le bénéfice d'un débat sur le fond, que l'ajout de la Modalité était conforme au Décret et qu'elle n'avait pas à être spécifiquement approuvée par la Régie. Domtar est d'avis que cette conclusion est manifestement erronée et doit être révisée.

[46] À cet effet, Domtar réitère que, *prima facie*, la modification était substantielle et qu'elle devait être approuvée par la Régie suivant le processus prévu à l'article 74.3 de Loi.

[47] De plus, Domtar soutient que dans son interprétation de la Modalité, la Régie a ignoré l'intention du législateur et que cette interprétation est incompatible avec les objectifs gouvernementaux exprimés au Décret.

[48] En outre, la demanderesse est d'avis que la Régie a erré dans son interprétation des termes « échéance » et « résiliation ». Les définitions avancées par la Régie aux paragraphes 68 à 70 de la Décision ne soutenaient aucunement l'affirmation selon laquelle la résiliation n'est pas un moyen de devancer l'échéance d'un contrat. De plus, ces définitions n'ont pas été soumises à l'étude et aux commentaires de Domtar.

[49] Enfin, la demanderesse soumet que la Régie a distingué les différents modes de terminaison d'un contrat et a exclu Domtar sur la base du mode de terminaison de son contrat existant, ce qui n'avait aucun lien logique avec le Programme. Il s'agit là d'une discrimination illégale et arbitraire, selon Domtar, équivalent à un excès de compétence.

Les autres critères pour l'octroi d'ordonnances de sauvegarde

[50] Domtar est d'avis qu'ayant commis une erreur manifeste en concluant à l'absence d'apparence de droit, la Régie a, par voie de conséquence, fait défaut de considérer la preuve et les arguments qui lui ont été présentés quant au préjudice sérieux ou irréparable ou à l'état de droit ou de fait de nature à rendre le jugement final inefficace, à l'urgence et à la prépondérance des inconvénients. De l'avis de Domtar, le défaut par la Régie de considérer la preuve sur ces éléments vicie également la Décision.

3.2 POSITION DU DISTRIBUTEUR

[51] La Régie reprend ci-après les prétentions du Distributeur quant au bien-fondé de la Décision.

[52] Le Distributeur soumet que les motifs invoqués par Domtar dans sa Demande de révision témoignent d'une compréhension erronée de la Décision.

Le rejet de la demande d'ordonnance de sauvegarde

[53] Selon le Distributeur, l'ordonnance de sauvegarde a été rejetée par la Régie pour le motif exprimé au paragraphe 61 de la Décision selon lequel Domtar ne pouvait prétendre, sauf hypothétiquement, se qualifier au Programme puisqu'elle n'avait pas exercé l'Option.

[54] Le Distributeur est d'avis que ce motif est clair et incontestable. Il plaide que si Domtar ne détenait aucun droit, sauf une hypothèse de droit, seule une conclusion s'imposait, soit le rejet de l'ordonnance de sauvegarde. Le Distributeur soumet, à cet égard, que certaines conclusions de la Demande initiale de Domtar illustraient le caractère hypothétique de son droit¹⁹. Le Distributeur est d'avis que ce motif justifiait, à lui seul, le rejet de la demande d'ordonnance de sauvegarde.

¹⁹ Pièce A-0003, pages 78 à 80.

L'excès de juridiction allégué par Domtar

[55] Le Distributeur note la prétention de Domtar selon laquelle la Régie aurait excédé sa juridiction en mentionnant dans la Décision que dans l'hypothèse où elle avait juridiction pour trancher un litige entre le Distributeur et un fournisseur, elle déciderait que la soumission de Domtar ne se qualifiait pas au Programme, même si l'Option était exercée. Le Distributeur soumet, à cet égard, que Domtar conclut erronément que c'est sur cette base que la Régie a rejeté sa Demande initiale.

[56] Le Distributeur soumet que la Demande initiale de Domtar n'a pas été rejetée pour les motifs exprimés au paragraphe 62 de la Décision²⁰, puisqu'il s'agit là de motifs subsidiaires. Les motifs subsidiaires exprimés à ce paragraphe ne peuvent justifier la révision des conclusions de la Décision. Le critère de révision prévoit que l'erreur alléguée doit avoir un impact déterminant sur l'issue du litige. Le Distributeur soumet que des motifs subsidiaires ne sauraient remplir cette condition.

[57] Le Distributeur ajoute que la conclusion de la Régie selon laquelle la résiliation d'un contrat n'est pas un moyen de devancer son échéance est également liée aux motifs subsidiaires du paragraphe 62 de la Décision. Il soumet que même si cette conclusion vient appuyer la décision de la première formation à l'effet que la Modalité était conforme au Décret, il ne s'agit pas là d'un élément déterminant à cette décision²¹.

[58] Le Distributeur soumet, par ailleurs, que la Demande initiale de Domtar a plutôt été rejetée pour le motif que la Modalité a été jugée conforme au Décret et à la décision D-2011-190 par la première formation²².

La conformité de la modalité

[59] En ce qui a trait à la prétention de Domtar selon laquelle la conformité de la Modalité est une question sérieuse à trancher, le Distributeur est d'avis qu'à l'évidence, la première formation a décidé que ce n'était pas le cas. La Régie a jugé que la Modalité était conforme au cadre réglementaire. Également, de façon subsidiaire, elle a déterminé que même en l'absence de cette modalité, Domtar bénéficiait d'un contrat dont l'échéance se situait

²⁰ Pièce C-HQD-0012, pages 4 et 5 et pièce A-0003, pages 76 et 77.

²¹ Pièce A-0003, pages 68, 69, 113 et 114.

²² Pièce A-0003, page 110.

plusieurs années après la fin du Programme, ce qui rendait cette question purement déclaratoire.

[60] Le Distributeur soumet que la première formation a vérifié si, *prima facie*, la Modalité était illégale. La Régie a conclu, au paragraphe 65 de la Décision, que la contestation de la Modalité ne changeait rien à la situation de Domtar. De plus, après étude du texte du Décret et de la Modalité, la Régie a conclu, au paragraphe 63 de la Décision, que la Modalité respectait la lettre et l'esprit de la décision D-2011-190 et constituait une simple précision. Le Distributeur soumet qu'il s'agit là de la racine de la Décision qui n'est pas insoutenable. La Régie a exercé sa compétence de vérifier si les dispositions du Programme visées par l'article 74.3 de la Loi étaient conformes à la décision D-2011-190²³.

[61] La Régie a rendu la Décision sur la base d'un dossier complet, avec toute la preuve nécessaire, et conformément à la demande que Domtar lui formulait, c'est-à-dire de décider si, *prima facie*, la Modalité était illégale ou s'il s'agissait d'une question sérieuse à juger.

[62] Les prétentions de Domtar quant à l'illégalité de la Modalité ont été jugées mal fondées en droit par la Régie, à leur face même²⁴. L'analyse de la Régie l'a amenée à conclure valablement que les prétentions de Domtar n'avaient aucun fondement. Le Distributeur soumet que, dès lors, la Demande initiale n'avait plus d'assise juridique et une seule conclusion s'imposait, soit son rejet.

[63] Le Distributeur souligne que Domtar n'indique pas en quoi elle aurait été empêchée de faire valoir tous ses arguments à cet égard.

[64] Le Distributeur est d'avis que les conclusions de la Régie quant à la conformité de la Modalité sont bien fondées et que son interprétation est raisonnable. Il conteste, à cet égard, les arguments de Domtar relatifs aux objectifs gouvernementaux et à la discrimination illégale fondée sur le mode de terminaison des contrats. Le Distributeur ajoute que les prétentions de Domtar relatives au caractère prétendument abusif, illégal et discriminatoire de la Modalité, à leur face même, ne reposent sur aucun fondement juridique ou factuel. Selon lui, ces arguments devaient être rejetés par la Régie.

²³ Pièce A-0003, pages 65 à 68.

²⁴ Pièce C-HQD-0012, page 6 et pièce A-0003, pages 88 et 89.

Question purement théorique

[65] Le Distributeur est également d'avis que la question de savoir quel aurait été le statut de la soumission de Domtar si la Modalité avait été annulée et si l'Option avait été exercée, est une question purement théorique et la Régie n'a pas le pouvoir de rendre des jugements déclaratoires. Il soumet cependant que la première formation pouvait vérifier l'adéquation entre le cadre réglementaire et la Modalité, ce qu'elle a fait de façon soutenable²⁵.

4. OPINION DE LA RÉGIE

[66] La présente formation doit statuer sur le droit de la demanderesse d'obtenir la révision de la Décision et déterminer si la demande de Domtar rencontre l'un des trois cas d'ouverture prévus à l'article 37 de la Loi. Dans l'affirmative, la Régie procèdera à rendre la décision qui aurait dû être rendue.

[67] La présente formation expose ci-après le cadre légal applicable en matière de révision, présente son opinion sur l'ouverture à la révision et, ensuite, rend la décision qui aurait dû être rendue.

4.1 CADRE LÉGAL

[68] L'article 37, al. 1, par. 3 de la Loi prévoit que la Régie peut réviser ou révoquer une décision qu'elle a rendue lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à l'invalider.

[69] Les parties ont exposé, en argumentation, les règles applicables en matière de révision. Ces règles ont été énoncées à plusieurs reprises par la Régie et découlent essentiellement des arrêts *Épiciers unis Métro-Richelieu*²⁶ et *Godin*²⁷ de la Cour d'appel du Québec.

²⁵ Pièce A-0003, pages 93 et 94.

²⁶ *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Québec (Régie des alcools, des courses et des jeux)*, [1996] R.J.Q. 608 (C.A.).

²⁷ *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.), par. 50.

[70] Dans un passage fréquemment cité de l'arrêt *Épiciers unis Métro-Richelieu*, le juge Rothman écrit que le vice de fond doit être « sérieux et fondamental » pour être de nature à invalider la décision.

[71] Dans l'arrêt *Godin*, le juge Fish écrit :

« In short, section 154(3) [identique à l'article 37 de la Loi] does not provide for an appeal to the second panel against findings of law or fact by the first. On the contrary, it permits the revocation or review by the Tribunal of its own earlier decision not because it took a different though sustainable view of the facts or the law, but because its conclusions rest on an unsustainable finding in either regard. » [nous soulignons]

[72] Plus récemment, dans l'arrêt *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine*²⁸, le juge Yves-Marie Morissette rappelle :

« En ce qui concerne la raison d'être de la révision pour un vice de fond de cet ordre, la jurisprudence est univoque. Il s'agit de rectifier les erreurs présentant les caractéristiques qui viennent d'être décrites. Il ne saurait s'agir de substituer à une première opinion ou interprétation des faits ou du droit une seconde opinion ni plus ni moins défendable que la première. Intervenir en révision pour ce motif commande la réformation de la décision par la Cour supérieure car le tribunal administratif « commits a reviewable error when it revokes or reviews one of its earlier decisions merely because it disagrees with its findings of fact, its interpretation of a statute or regulation, its reasoning or even its conclusions ». L'interprétation d'un texte législatif « ne conduit pas nécessairement au dégagement d'une solution unique » mais, comme « il appart[ie]nt d'abord aux premiers décideurs spécialisés d'interpréter » un texte, c'est leur interprétation qui, toutes choses égales d'ailleurs, doit prévaloir. Saisi d'une demande de révision pour cause de vice de fond, le tribunal administratif doit se garder de confondre cette question précise avec celle dont était saisie la première formation (en d'autres termes, il importe qu'il s'abstienne d'intervenir s'il ne peut d'abord établir l'existence d'une erreur manifeste et déterminante dans la première décision). Enfin, le recours en révision « ne doit [...] pas être un appel sur la base des mêmes faits » : il s'en distingue notamment parce que seule l'erreur manifeste de fait ou de droit habilite la seconde formation à se prononcer sur le fond, et parce qu'une partie ne peut « ajouter de nouveaux arguments » au stade de la révision. » [nous soulignons]

²⁸ 2005 QCCA 775 (CanLII), par. 51.

[73] Considérant les conditions d'ouverture d'un recours en révision établies par la jurisprudence, la Régie doit faire preuve de prudence avant de procéder à la révision d'une décision et ne peut substituer sa propre opinion à celle de la première formation. Seules des erreurs sérieuses ou fondamentales peuvent donner ouverture à une demande de révision.

4.2 OPINION DE LA RÉGIE SUR L'OUVERTURE À LA DEMANDE DE RÉVISION

[74] Avec respect, la présente formation est d'avis qu'il y a ouverture à la Demande de révision déposée par la demanderesse, puisque la Décision comporte deux vices de fond de nature à l'invalider.

4.2.1 ERREUR FONDAMENTALE QUANT À L'APPARENCE DE DROIT

[75] La première formation a conclu, au paragraphe 61 de la Décision, que Domtar n'avait pas fait la démonstration de l'apparence d'un droit, puisqu'elle n'avait qu'un droit hypothétique de se qualifier au sens du troisième critère de l'article 1.5 du Document du Programme :

« [61] La Régie retient la prétention du Distributeur à l'effet que Domtar n'a pas fait la démonstration de l'apparence d'un droit. N'ayant pas exercé l'Option, Domtar ne peut prétendre, sauf hypothétiquement, se qualifier au sens du troisième critère de l'article 1.5 du Document du Programme comme propriétaire d'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec qui vient à échéance avant la fin du programme. Pour ce motif, la Régie rejette la demande d'ordonnance de sauvegarde de Domtar. »

[76] Selon la jurisprudence applicable²⁹, le critère de l'apparence de droit est satisfait lorsqu'il est démontré que les questions soulevées sont sérieuses et que la demande ne constitue pas une demande vouée à l'échec, futile, vexatoire ou dilatoire.

²⁹ *Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, paragraphe 32 (pièce B-0020) et *Services énergie Brookfield inc. c. Legris*, 2010 QCCS 4226, paragraphes 76 et 82 (pièce B-0021).

[77] Dans le présent cas, la Demande initiale de Domtar soulevait essentiellement deux questions, tel qu'indiqué au paragraphe 24 de la présente décision. La première formation avait d'ailleurs identifié ces deux questions aux paragraphes 27 et 28 de la Décision :

« [27] Par sa demande, Domtar cherche essentiellement à faire déclarer la Modalité comme étant non conforme à la décision D-2011-190, discriminatoire, illégale, abusive et *ultra vires* des droits et pouvoirs du Distributeur.

[28] De plus, Domtar soutient que la clause 4 du Contrat est une clause lui permettant de devancer l'échéance du Contrat (l'Option) et que l'exercice de l'Option lui permettrait de se qualifier au sens du troisième critère de l'article 1.5 du Document du Programme : « (iii) d'une installation bénéficiant d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec, dans la mesure où ce contrat vient à échéance avant la fin du programme. » »

[78] La première formation a conclu au paragraphe 61 de la Décision que le droit de se qualifier, auquel Domtar prétendait [dans sa Demande initiale], n'était qu'hypothétique puisque Domtar n'avait pas encore exercé l'Option. La première formation a ainsi appliqué le critère de l'apparence de droit à la deuxième question (indiquée ci-haut) soulevée par Domtar dans sa Demande initiale. Pour ce motif, la première formation a rejeté la demande d'ordonnance de sauvegarde.

[79] La Régie constate cependant que la première formation n'a pas appliqué le critère de l'apparence de droit à la première question soulevée par Domtar, à savoir si la Modalité était légale et conforme à la décision D-2011-190. Contrairement à la prétention du Distributeur, la Régie est d'avis que la première formation a rejeté la demande d'ordonnance de sauvegarde de Domtar sans avoir statué, au préalable, sur la conformité de la Modalité *prima facie*.

[80] À l'égard de cette question, la première formation ne s'est pas posé en droit la bonne question. Elle a conclu au fond, après avoir rejeté la demande d'ordonnance de sauvegarde et après s'être livrée à l'interprétation des documents du Programme, du Décret et d'autorités qui n'avaient pas été soumises à l'étude et aux commentaires des parties, que « [...] la Modalité est conforme au Décret et qu'elle n'avait pas à être spécifiquement approuvée par la Régie à la suite de sa décision D-2011-190 »³⁰. Cette conclusion est d'ailleurs reprise dans le dispositif de la Décision en ces mots : « **DÉTERMINE** que

³⁰ Paragraphe 72 de la Décision.

l'article 1.5 du Programme, tel que modifié par l'Addenda, est conforme à la décision D-2011-190 ».

[81] Or, au stade de la sauvegarde, la première formation devait uniquement vérifier l'application du premier critère de l'apparence de droit, à savoir si la question paraissait sérieuse et n'était pas frivole, ce qu'elle n'a pas fait. Elle devait procéder à une évaluation préliminaire de la question invoquée par Domtar et non pas à chercher à trancher la question au fond. Il s'agit là d'une erreur fondamentale de nature à invalider la Décision sur l'ordonnance de sauvegarde.

[82] Par ailleurs, la Régie ne retient pas la prétention du Distributeur à l'effet que la première formation a conclu, au paragraphe 65, que la question de la conformité de la Modalité n'était pas une question sérieuse à juger, puisque cette dernière ne changeait rien à la situation de Domtar³¹. En effet, cette conclusion n'apparaît aucunement des motifs ayant conduit au rejet de l'ordonnance de sauvegarde par la première formation³². Cette conclusion, à laquelle réfère le Distributeur, a plutôt été exprimée par la première formation dans le cadre d'une analyse du dossier sur le fond.

4.2.2 ATTEINTES AUX GARANTIES PROCÉDURALES

[83] La première formation a statué de façon finale sur les questions qui devaient lui être plaidées au fond, après avoir circonscrit le débat à la stricte apparence de droit³³, sans donner à Domtar l'opportunité de présenter sa preuve et ses arguments de fond.

[84] En effet, aux paragraphes 62 à 72 de la Décision, la première formation a procédé à une analyse sur le fond du dossier et a tranché de façon finale les questions soulevées par Domtar, à savoir (i) si Domtar se qualifiait en vertu du Programme (avec et sans la Modalité) et (ii) si la Modalité était conforme à la décision D-2011-190.

³¹ Pièce C-HQD-0012, paragraphes 16 et 25.

³² Paragraphe 61 de la Décision.

³³ Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 5 à 8.

[85] Bien que les conclusions exprimées par la première formation à ces paragraphes puissent sembler, à première vue, de la nature d'un *obiter dictum*, vu l'emploi du mot « subsidiairement » au paragraphe 62, la Régie constate que tel n'est pas le cas. En effet, ces conclusions ont, de toute évidence, amené la première formation à rejeter, dans son dispositif, la Demande initiale de Domtar et à déterminer que la Modalité était conforme à la décision D-2011-190.

[86] En statuant sur le fond de la demande de Domtar, alors que le débat avait été circonscrit à la stricte apparence de droit, sans donner à la demanderesse l'opportunité de présenter sa preuve et ses arguments de fond, la première formation a contrevenu à la garantie procédurale *audi alteram partem*. Ce manquement constitue un vice procédural de nature à invalider les conclusions de la première formation sur le fond du litige.

[87] De l'avis de la présente formation, ces deux erreurs constituent des vices de fond et de procédure de nature à invalider la Décision et, par conséquent, suffisent à elles seules à donner ouverture à la révision recherchée par la demanderesse.

[88] Considérant cette conclusion, la présente formation ne juge pas utile de se prononcer sur les autres motifs de révision invoqués par la demanderesse. Elle rend maintenant la décision qui aurait dû être rendue en ce qui a trait à la demande d'ordonnance de sauvegarde.

4.3 OPINION DE LA RÉGIE SUR LA DÉCISION QUI AURAIT DÛ ÊTRE RENDUE

4.3.1 JURIDICTION DE LA RÉGIE SUR LA DEMANDE INITIALE DE DOMTAR

[89] La Régie doit se prononcer sur sa juridiction à l'égard des conclusions recherchées (sur le fond et au stade de la sauvegarde) par la demanderesse dans sa Demande initiale. Tel qu'indiqué par Domtar, la compétence de la Régie de statuer sur la demande d'ordonnance de sauvegarde suppose sa compétence à se prononcer sur le fond du litige.

Position de la demanderesse

[90] Domtar est d'avis que les articles 5, 31 (5), 34, 39 et 74.3 de la Loi consacrent les vastes pouvoirs de surveillance et de contrôle de la Régie à l'égard du Programme et lui confèrent la compétence pour rendre toutes les ordonnances sollicitées (au fond et au stade de la sauvegarde) dans sa Demande initiale.

[91] La demanderesse soumet que la décision D-2011-190 ayant été déposée au greffe de la Cour supérieure, la Régie a compétence exclusive en vertu des articles 31 (5) et 39 de la Loi pour entendre une demande visant à faire respecter cette décision.

[92] Afin que cet exercice ne soit pas privé d'effet utile, la Loi permet à la Régie de rendre toute ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes visées, en l'occurrence Domtar. La demanderesse cite, à cet effet, certains précédents jurisprudentiels, dont la décision rendue sur la demande d'Abibow Canada inc.³⁴.

[93] Domtar est d'avis que le fait que les ordonnances émises par la Régie dans cette dernière décision ont été rendues avec le consentement des parties n'est pas pertinent aux fins de l'analyse de la compétence de la Régie de rendre de telles ordonnances. Elle soumet, à cet égard, qu'un tribunal administratif ne peut, même avec le consentement des parties, excéder sa compétence³⁵.

[94] La demanderesse est d'avis que la Régie peut rendre des décisions déclaratoires sur les matières qui relèvent de sa compétence, même en l'absence de dispositions spécifiques à cet égard. Elle peut, pour ce faire, s'appuyer sur l'article 31 (5) de la Loi et sur sa compétence implicite. Domtar cite, au soutien de sa prétention, certaines décisions de la Régie et des tribunaux judiciaires³⁶.

³⁴ Décision D-2012-011, dossier R-3783-2012.

³⁵ Décision D-2012-011, dossier R-3783-2012 et *Julien c. Québec (Commission des transports)*, [1993] J.Q. n° 2280 (C.S.) (juge Louis LeBel), paragraphes 12 et 13.

³⁶ *Domtar c. Kruger et Hydro-Québec*, 2010 QCCA 1934 (C.A.), paragraphes 25, 26, 35, 36 et 38; décision D-2003-49 de la Régie dans le dossier R-3496-2002, pages 11 et 12; *Gestion Belfont inc. (Bar King Vegas) c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, 2006 QCCS 5443 (C.S.), paragraphes 28 à 36; *Deever c. Immeubles des îles*, (2004) AZ-50280774 (C.Q.), paragraphes 10 à 16.

[95] Domtar soumet que le litige dont la Régie est saisie n'est pas de nature contractuelle et qu'elle a ainsi la compétence pour le trancher :

« [...] Ce que je vous soumetts c'est ce dont vous êtes saisi ce n'est pas un litige contractuel. Vous devez interpréter 74.3 de la Loi sur la Régie, clairement, vous devez l'interpréter à savoir est-ce que 1.5 in fine est une modalité qui a à être approuvée par la Régie. Essentiellement, est-ce que c'est une modalité, parce que c'est clair que les modalités doivent être approuvées par la Régie. Est-ce que 1.5 in fine est une modalité? Et si oui, je vous soumetts respectueusement que vous devez donner raison à Domtar, parce que cette modalité-là n'a pas été approuvée. C'est ça le litige qui est devant vous.

[...] le litige découle du fait qu'Hydro-Québec a fait approuver des modalités en vertu de 74.3 et que, par la suite, elle a ajouté une modalité sans en demander l'approbation. C'est que c'est clairement une analogie qui s'applique ici. »³⁷

[96] Enfin, Domtar plaide que la Régie doit pouvoir sanctionner le comportement du Distributeur qui constitue une tentative de contourner le système de contrôle mis en place par le législateur afin de favoriser l'atteinte des objectifs prévus à l'article 5 de la Loi.

Position du Distributeur

[97] En ce qui a trait à la question soulevée par Domtar qui se rapporte à l'application d'une disposition du Programme à la soumission de la demanderesse, le Distributeur est d'avis que cette question ne relève pas de la juridiction de la Régie. À cet égard, il soumet qu'il est établi que la Régie n'a pas juridiction pour régler des différends contractuels pouvant résulter du processus d'adjudication des contrats, ni pour instaurer un processus de traitement des plaintes des soumissionnaires. Le Distributeur est d'avis que ces litiges sont de la compétence des tribunaux judiciaires. Il cite, à cet effet, la décision D-2001-191, et plus particulièrement l'extrait suivant :

³⁷ Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 26, 27 et 41.

« *Chargée de voir à l'atteinte des objectifs de la Loi, la Régie ne peut ni être, ni être perçue comme une partie au processus d'adjudication. [...]*

La Régie précise toutefois que, détentrice d'une compétence attribuée, elle ne dispose d'aucune compétence pour régler des différends contractuels de quelque nature qu'ils soient et pouvant résulter du processus d'adjudication. Ces litiges relèvent des tribunaux supérieurs et il importe également de souligner que la Régie n'a pas juridiction pour instaurer un processus de traitement de plaintes [note de bas de page omise] de soumissionnaires sur l'application par le distributeur de la Procédure d'appel d'offres et d'octroi. »³⁸

[98] Le Distributeur ajoute que la position exprimée par la Régie dans cet extrait a été entérinée par la Cour supérieure³⁹.

[99] Quant à la seconde question, le Distributeur souligne qu'elle vise le paragraphe 1.5 *in fine* (la Modalité) du Programme pour notamment la faire déclarer inopposable à la demanderesse.

[100] À cet égard, le Distributeur soutient que la compétence de la Régie relativement à cette question consiste uniquement à vérifier l'adéquation entre la décision D-2011-190 approuvant les modalités du Programme et le Document du Programme, y compris son article 1.5 *in fine* (la Modalité) tel que modifié par l'Addenda.

[101] Par ailleurs, le Distributeur soutient que la Régie n'a pas la compétence pour suspendre un programme d'achat d'électricité ni rendre toute autre ordonnance dans le cadre de la gestion du Programme⁴⁰. Il réfère, à cet égard, aux pouvoirs de la Régie dans le cadre des appels d'offres indiqués précédemment.

³⁸ Décision D-2001-191, dossier R-3462-2001, page 7.

³⁹ *Tembec c. Régie de l'énergie*, 2007 QCCS 2068.

⁴⁰ Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 102, 111 et 112.

Opinion de la Régie

[102] Il appert des conclusions formulées dans la Demande initiale de Domtar que cette dernière cherche essentiellement à faire trancher par la Régie les questions suivantes⁴¹ :

- 1) Est-ce qu'une installation de cogénération qui bénéficie d'un contrat de vente d'électricité avec Hydro-Québec est admissible en vertu du Programme si le Fournisseur se prévaut d'un droit contractuel prépayé lui permettant d'anticiper l'échéance du terme, de façon à ce que le contrat vienne à échéance avant la fin du Programme?
- 2) La Modalité apparaissant à l'article 1.5 *in fine* du Document du Programme, pièce R-12, et dans la partie 3.1 du Formulaire, pièce R-13, est-elle [conforme à la décision D-2011-190]? discriminatoire? illégale? abusive? *ultra vires* des droits et des pouvoirs d'Hydro-Québec? opposable à Domtar?

[103] La Régie est d'avis que la première question que la demanderesse cherche à faire trancher ne relève pas de sa compétence d'attribution. En effet, la Régie n'a pas la juridiction pour statuer sur l'admissibilité de la soumission de Domtar au Programme. Il n'apparaît ni explicitement ni implicitement des articles de la Loi soulevés par Domtar que la Régie ait une telle compétence. Il s'agit là d'un différend de nature contractuelle entre un soumissionnaire et le Distributeur qui relève des tribunaux judiciaires. La Régie mentionnait d'ailleurs, dans sa décision D-2001-191, que la compétence qui lui est conférée à l'égard de la procédure d'appel d'offres ne lui permet pas de régler des différends contractuels entre un soumissionnaire et le Distributeur. La compétence de la Régie à l'égard des programmes d'achat d'électricité ne lui permet pas davantage de trancher de tels litiges.

[104] Compte tenu que la Régie n'a pas compétence pour trancher la première question soulevée par Domtar dans sa Demande initiale, elle n'a pas compétence pour déterminer s'il y a une apparence de droit à l'égard de cette question.

⁴¹ Dossier R-3798-2012, pièce B-0036, pages 11, 14, 15 et 16.

[105] En ce qui a trait à la deuxième question soulevée par Domtar, la Régie est d'avis qu'elle a juridiction en vertu des articles 31 (5) et 74.3 de la Loi pour déterminer si la Modalité est conforme à la décision D-2011-190. En effet, cette question est rattachée à l'application et à l'interprétation de l'article 74.3 de la Loi. Le Distributeur reconnaît d'ailleurs cette compétence à la Régie⁴².

[106] Par ailleurs, le Distributeur est d'avis que cette compétence de vérifier la conformité de la Modalité à la décision D-2011-190 ne permet pas à la Régie d'accorder les ordonnances recherchées par Domtar qui se rapportent à l'administration du Programme, dont la suspension de celui-ci⁴³.

[107] La Régie ne partage pas cet avis. Elle juge qu'elle peut s'appuyer sur les pouvoirs de réparation étendus qui lui sont conférés par les articles 34 et 35 de la Loi ainsi que sur ses pouvoirs implicites pour rendre les ordonnances recherchées par la demanderesse à l'égard de la Modalité.

[108] Les articles 34 et 35 de la Loi se lisent comme suit :

« 34. La Régie peut décider en partie seulement d'une demande.

Elle peut rendre toute décision ou ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes concernées.

35. La Régie peut faire les enquêtes nécessaires à l'exercice de ses fonctions et, à ces fins, les régisseurs sont investis des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), sauf du pouvoir d'ordonner l'emprisonnement.

Ils ont en outre tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions. »

[nous soulignons]

⁴² Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 107 et 111.

⁴³ Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 102, 111 et 112.

[109] En ce qui a trait à la notion de pouvoir implicite, la Cour suprême mentionne que :

« [...] sont compris dans les pouvoirs conférés par la loi habilitante non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif [...] »⁴⁴

[110] La compétence de la Régie en vertu des articles 31 (5) et 74.3 de la Loi d'examiner et de statuer sur la conformité de la Modalité à la décision D-2011-190 implique nécessairement que si la Régie, après étude du dossier, concluait que la Modalité ne respecte pas la décision D-2011-190, elle a le pouvoir d'exiger que des actions soient prises par le Distributeur pour pallier à la situation.

[111] Également, au stade de la sauvegarde, la Régie doit nécessairement avoir le pouvoir d'exiger du Distributeur certaines actions, dont la suspension de l'application de la Modalité, afin que cet examen ne soit pas privé d'effet utile.

[112] Ces mesures de redressement que la Régie peut exiger sont nécessaires à la réalisation du régime législatif prévu aux articles 31 (5) et 74.3 de la Loi selon lequel les achats d'électricité visés doivent se réaliser dans le cadre d'un programme dont les modalités ont été approuvées par la Régie.

[113] La Régie juge ainsi qu'elle a le pouvoir d'émettre les ordonnances recherchées par Domtar à l'égard de la Modalité (au stade de la sauvegarde et sur le fond du litige). La Régie a d'ailleurs émis des ordonnances similaires dans sa décision D-2012-011 relative à la demande d'Abibow Canada inc.⁴⁵

⁴⁴ Dossier R-3798-2012, pièce C-HQD-0015, liste des autorités, onglet 2, pages 38 et 39.

⁴⁵ Dossier R-3783-2012.

[114] De plus, dans sa décision D-2012-142⁴⁶, la Régie mentionnait que :

« [95] [...] Le Distributeur ne peut lancer un appel de qualification et ensuite affirmer que la Régie ne peut plus intervenir pour exercer les pouvoirs que la Loi lui confère. Il ne peut invoquer ses propres choix à l'encontre de la Loi et des règlements pour ensuite dire à la Régie qu'elle n'a pas la compétence ni les pouvoirs requis pour annuler ce que le Distributeur aurait fait à l'encontre de la Loi et des règlements. »

[115] Le même raisonnement s'applique au présent dossier dans l'éventualité où la Modalité était jugée non-conforme. Ainsi, le Distributeur ne pourrait lancer un programme d'achat d'électricité en contravention de l'article 74.3 de la Loi et de la décision D-2011-190 et ensuite affirmer que la Régie ne pourrait plus intervenir pour exercer les pouvoirs que la Loi lui confère, entre autres, pour annuler ce que le Distributeur aurait fait à l'encontre de la Loi.

[116] En conclusion, la Régie a compétence pour vérifier la conformité de la Modalité à la décision D-2011-190 et les pouvoirs pour accorder les ordonnances recherchées par Domtar à l'égard de la Modalité (au stade de la sauvegarde et sur le fond du litige). Cependant, la Régie est d'avis qu'elle n'a pas juridiction pour trancher un litige de nature contractuelle entre un soumissionnaire et le Distributeur.

4.3.2 DEMANDE D'ORDONNANCE DE SAUVEGARDE

[117] La Régie détermine maintenant s'il y a lieu de rendre une ordonnance de sauvegarde jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée sur la demande au fond de Domtar quant à la conformité de la Modalité à la décision D-2011-190.

[118] Tel qu'indiqué précédemment, la Régie est d'avis qu'elle a juridiction pour rendre les ordonnances recherchées par la demanderesse au stade de la sauvegarde.

⁴⁶ Dossier R-3806-2012, paragraphe 95.

[119] En ce qui a trait aux critères retenus par la Régie pour émettre une ordonnance de sauvegarde, la Régie s'inspire des critères d'émission de l'injonction interlocutoire. Ainsi, la demanderesse doit établir :

- que sa demande au fond présente une apparence de droit, soit une perspective raisonnable de succès;
- qu'elle subirait un préjudice sérieux ou irréparable ou qu'il serait créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace, si aucune ordonnance de sauvegarde n'est émise;
- si le droit paraît incertain, que la balance des inconvénients favorise l'octroi d'une ordonnance de sauvegarde.

[120] La Régie n'est cependant pas tenue d'appliquer systématiquement ces critères à toute demande d'ordonnance de sauvegarde. Elle mentionnait d'ailleurs ce qui suit dans sa décision D-2006-133⁴⁷ : « [...] *Ces critères, s'ils devaient s'appliquer systématiquement à toute demande de suspension d'une décision, sont très exigeants. La Régie considère que leur application peut être modulée suivant l'objet de la décision dont on demande la révision et les effets de la demande de suspension en question* ».

[121] La Régie a pris connaissance de la preuve et des arguments présentés par la demanderesse et le Distributeur devant la première formation à l'égard des critères relatifs à l'émission d'une ordonnance de sauvegarde.

L'apparence de droit

[122] Le premier critère, soit l'apparence de droit, sera rencontré s'il est démontré que la demande ne constitue pas une demande vouée à l'échec, futile, vexatoire ou dilatoire. À cette étape, la Régie doit procéder à une évaluation préliminaire des arguments invoqués et non pas chercher à trancher la question au fond.

[123] La Régie est d'avis que la question relative à la conformité de la Modalité soulevée par Domtar est une question sérieuse à trancher.

⁴⁷ Dossier R-3609-2006, page 5.

[124] D'abord, l'ajout de la Modalité apparaît, à sa face même, être une modification plutôt importante du Document du Programme. La Régie note à ce sujet que le concept de résiliation introduit au Document du Programme par la Modalité n'apparaissait aucunement dans les critères du Programme, tel qu'approuvé par la Régie.

[125] De plus, l'ajout de la Modalité n'a pas été autorisé par la Régie, alors qu'en vertu de l'article 74.3 de la Loi, les modalités d'un programme d'achat d'électricité doivent être approuvées par la Régie. Le processus d'approbation n'ayant pas été suivi, Domtar a été privée de la possibilité de faire valoir sa position sur cet ajout.

[126] Enfin, la question de savoir si la Modalité est conforme ou non à la décision D-2011-190 soulève des questions d'interprétation de textes réglementaires et législatifs apparemment contradictoires.

[127] La demande au fond de Domtar n'est donc pas « *vouée à l'échec, futile, vexatoire ou dilatoire* ».

[128] Par ailleurs, le Distributeur soumet que la demanderesse n'a aucun droit à faire valoir devant la Régie puisque l'Option n'a pas été exercée. La question soulevée par Domtar serait donc hypothétique⁴⁸.

[129] La Régie ne partage pas cet avis. Le non-exercice de l'Option par Domtar n'a pas pour effet de rendre la question de la conformité de la Modalité hypothétique. D'une part, Domtar a, de toute évidence, l'intérêt requis pour soulever une telle question devant la Régie et, d'autre part, à première vue, il apparaît que la Modalité aurait dû être approuvée conformément à la Loi. De plus, si le Distributeur avait suivi le processus d'approbation prévu à la Loi, notamment en soumettant cette modalité pour approbation dans le cadre du dossier R-3780-2011, la question de la conformité de cette modalité au cadre réglementaire aurait pu être valablement soulevée par Domtar et examinée par la Régie, indépendamment du fait que Domtar ait ou non exercé l'Option.

[130] En conséquence, la présente formation est d'avis que le premier critère pour émettre une ordonnance de sauvegarde est rencontré.

⁴⁸ Dossier R-3798-2012, pièce C-HQD-0002, paragraphe 106.

Le préjudice sérieux ou irréparable ou l'état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace

[131] Le deuxième critère consiste à décider si celui qui demande une ordonnance de sauvegarde subirait un préjudice sérieux ou irréparable ou s'il ne serait créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace, si la demande d'ordonnance de sauvegarde n'était pas accordée.

[132] En ce qui a trait au préjudice allégué par Domtar, la Régie est d'avis qu'il y a suffisamment d'éléments de preuve au dossier pour conclure que, sans ordonnance de sauvegarde, un préjudice sérieux pourrait être causé à la demanderesse.

[133] D'une part, la preuve révèle que si aucune ordonnance de sauvegarde n'est émise, la soumission de Domtar pourrait être rejetée sur la base de la Modalité, et la fin du Programme pourrait survenir avant qu'une décision finale ne soit rendue par la Régie quant à la conformité de cette modalité⁴⁹.

[134] D'autre part, la preuve révèle que si aucun contrat n'est attribué à la demanderesse à l'issue du Programme, celle-ci subirait un préjudice sérieux. Cette preuve porte sur la compétitivité de l'installation de Domtar à Windsor auquel contribuerait l'octroi d'un contrat à l'issue du Programme et sur la valeur du contrat qui pourrait être octroyé à Domtar à l'issue du Programme⁵⁰. Cette preuve n'a pas été contredite de manière probante par le Distributeur. De plus, la Régie retient la prétention de Domtar à l'effet que le préjudice sérieux n'a pas besoin d'être « irréparable » pour que ce deuxième critère soit rencontré⁵¹. À tout événement, tel qu'indiqué précédemment, la Régie n'est pas tenue d'appliquer tels quels les critères de l'injonction interlocutoire prévus au *Code de procédure civile*.

[135] Par ailleurs, même s'il ne fallait pas considérer le préjudice subi par la demanderesse comme suffisamment sérieux, la Régie est d'avis qu'il y aurait tout de même lieu de rendre une ordonnance de sauvegarde, afin d'éviter que ne soit créé « un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace ».

⁴⁹ Dossier R-3798-2012, pièce B-0036, paragraphes 71 et 73 à 75 et pièces B-0003, B-0017, B-0018 et B-0019.

⁵⁰ Pièce B-0005, pages 18 et 19, paragraphe 53.

⁵¹ Dossier R-3798-2012, pièce B-0032, pages 36 à 38 et pièce A-0002, page 80.

[136] En effet, si la soumission de Domtar est rejetée sur la base de la Modalité et que cette modalité est par la suite jugée non conforme par une décision finale de la Régie (émise après la fin du Programme), cette décision serait de toute évidence inefficace. Le Distributeur aurait, en effet, administré le Programme sans respecter le cadre réglementaire et législatif applicable et Domtar ne pourrait plus obtenir de contrat. La Régie est d'avis que la demanderesse a le droit de demander le respect, par le Distributeur, du cadre réglementaire et législatif applicable plutôt que de s'en remettre à un recours en dommages devant les tribunaux judiciaires⁵².

La balance des inconvénients

[137] Par ailleurs, même si le droit de Domtar paraissait incertain, la Régie est d'avis que la balance des inconvénients favorise l'octroi d'une ordonnance de sauvegarde. En effet, la prépondérance des inconvénients penche en faveur de la demanderesse qui a démontré qu'elle pourrait subir plusieurs inconvénients si sa demande d'ordonnance de sauvegarde n'était pas accordée. Quant au Distributeur, la décision d'accorder la demande d'ordonnance de sauvegarde ou non n'aura pas pour effet de l'empêcher de poursuivre l'administration du Programme, tant qu'il restera suffisamment de mégawatts pour qu'un contrat puisse être attribué pour la totalité de la soumission déposée par la demanderesse.

[138] En conséquence, la Régie est d'avis qu'il y a lieu d'accueillir la demande d'ordonnance de sauvegarde en ce qui a trait aux conclusions qui se rapportent à l'administration du Programme.

4.3.3 AUDIENCE SUR LE FOND DE LA DEMANDE DE DOMTAR

[139] Puisque la demande d'ordonnance de sauvegarde est accordée, la présente formation convoque une audience pour examiner le fond de la Demande initiale de Domtar. À cet égard, la Régie tient à préciser que l'audience portera sur la question de savoir si la Modalité est conforme ou non à la décision D-2011-190. En effet, l'autre question soulevée par Domtar ne relève pas de la juridiction de la Régie, tel qu'indiqué précédemment.

⁵² Dossier R-3798-2012, pièce A-0002, pages 137 et 138.

[140] La Régie précisera ultérieurement la date de l'audience.

[141] **Pour ces motifs,**

La Régie de l'énergie :

ACCUEILLE la demande de révision de la demanderesse;

RÉVOQUE la Décision, sauf la conclusion portant sur la demande de traitement confidentiel de la demanderesse;

ORDONNE au Distributeur de ne pas rejeter la soumission pour 30 MW déposée par la demanderesse pour ses installations de cogénération situées à Windsor, Québec, pour un motif exprimé à l'article 1.5 *in fine* du Programme, tant que l'issue du présent litige n'aura pas fait l'objet d'une décision finale de la Régie;

ORDONNE au Distributeur de s'abstenir de transmettre tout avis d'acceptation au sens de l'article 3.10.1 du Programme relativement à toute soumission de rang postérieur à celui de Domtar pour ses installations de cogénération situées à Windsor, si un tel avis d'acceptation a pour effet de rendre insuffisant le nombre de mégawatts restants pour attribuer un contrat pour la totalité de la soumission déposée par la demanderesse pour ses installations de cogénération situées à Windsor, Québec;

DÉCLARE que la présente ordonnance de sauvegarde est valable jusqu'à la décision finale de la Régie, au présent dossier, sur la demande au fond de la demanderesse.

Louise Rozon
Régisseur

Domtar Inc. représentée par M^c Patrick Ouellet et M^c Samuel Bachand;
Hydro-Québec représentée par M^c Jean-Olivier Tremblay.

-18-

Pierre Issalys

Denis Lemieux

**L'ACTION
GOUVERNEMENTALE**

**Précis de droit
des institutions
administratives**

3^e édition

ÉDITIONS YVON BLAIS

© 2009 Thomson Reuters Canada Limitée

MISE EN GARDE ET AVIS D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ : Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'éditeur, Éditions Yvon Blais.

Ni Éditions Yvon Blais ni aucune des autres personnes ayant participé à la réalisation et à la distribution de la présente publication ne fournissent quelque garantie que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de celle-ci. Il est entendu que la présente publication est offerte sous la réserve expresse que ni Éditions Yvon Blais, ni l'auteur (ou les auteurs) de cette publication, ni aucune des autres personnes ayant participé à son élaboration n'assument quelque responsabilité que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de son contenu ou au résultat de toute action prise sur la foi de l'information qu'elle renferme, ou ne peut être tenu responsable de toute erreur qui pourrait s'y être glissée ou de toute omission.

La participation d'une personne à la présente publication ne peut en aucun cas être considérée comme constituant la formulation, par celle-ci, d'un avis juridique ou comptable ou de tout autre avis professionnel. Si vous avez besoin d'un avis juridique ou d'un autre avis professionnel, vous devez retenir les services d'un avocat, d'un notaire ou d'un autre professionnel. Les analyses comprises dans les présentes ne doivent être interprétées d'aucune façon comme étant des politiques officielles ou non officielles de quelque organisme gouvernemental que ce soit.

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Issalys, Pierre

L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives

3^e éd.

Comprend des réf. bibliogr. et un index.

ISBN 978-2-89635-170-1

1. Droit administratif – Canada. 2. Canada – Administration. 3. Pouvoir discrétionnaire (Droit administratif) – Canada. 4. Droit administratif – Québec (Province). I. Lemieux, Denis. II. Titre.

KE5015.I87 2009

342.71'06

C2009-941800-2

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada accordée par l'entremise du Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIÉ) pour nos activités d'édition.

Dépôt légal : 3^e trimestre 2009

Bibliothèque nationale du Québec

Bibliothèque nationale du Canada

ISBN : 978-2-89635-170-1

Imprimé aux États-Unis



THOMSON REUTERS

Éditions Yvon Blais, une division de Thomson Reuters Canada Limitée

C.P. 180 Cowansville
(Québec) Canada
J2K 3H6

Service à la clientèle
Téléphone : 1-800-363-3047
Télécopieur : (450) 263-9256
Site Internet : www.editionsyvonblais.com



tence provinciale si elle est « intégrée étroitement » au domaine de la navigation et des bâtiments ou navires).

Aubert-Bonn c. Montréal (Ville de), 2008 QCCA 950, par. 29-30 (La municipalité peut réglementer l'usage des rues et places publiques pour y protéger le maintien de la paix sur le domaine public, sans empiéter pour autant sur la compétence fédérale en matière criminelle..

Lacombe c. Sacré-Coeur (Municipalité de), 2008 QCCA 426 (compétence municipale dans le domaine de l'aéronautique).

En revanche, la plupart des entreprises provinciales échappent à certaines politiques et législations fédérales parce que leurs activités relèvent uniquement des autorités provinciales.

Il faut aussi rappeler la position de la Couronne et des organismes mandataires de la Couronne, de même que celle d'autres personnes ou corporations qui bénéficient, selon la common law ou la loi, d'immunités à l'endroit de tel ou tel pouvoir discrétionnaire (voir le chapitre 15).

III. L'ENCADREMENT LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE

2.7 Le pouvoir discrétionnaire et la loi

GARANT, *Droit administratif*, 5^e éd., 2004, p. 198-209.
LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, par. 5-130.

Tout pouvoir discrétionnaire doit s'appuyer sur une norme habitante qui l'autorise et consacre sa légalité. Cette norme pourra être la loi, le règlement, ou encore une règle de la common law. Lorsqu'une personne ou un organisme pose un geste en l'absence d'une telle norme, la personne ou l'organisme en cause outrepassé ses fonctions.

Aussi, le pouvoir discrétionnaire d'accorder un pouvoir implicite revendiqué ou, inversement, de le refuser relève exclusivement du législateur. Dans le contexte administratif, le législateur qui crée des droits est à même de préciser le cadre et le mécanisme de leur mise en œuvre.

Syndicat uni du transport, section locale 1182 c. La Ville de Saint-John et autres, (2006) 47 Admin. L.R. (4th) 1 (Les pouvoirs et fonctions des

tribunaux administratifs sont aussi différents que les rôles qu'ils sont censés jouer.).

Ainsi, un pouvoir discrétionnaire n'est jamais absolu mais est toujours limité par le cadre de la loi habitante (ou, beaucoup plus rarement, par l'étendue de la prérogative) (voir 4.2).

Il importe de rappeler, cependant, que, même lorsqu'il est exercé dans le cadre de la loi habitante, le pouvoir discrétionnaire demeure soumis aux impératifs constitutionnels (voir 4.3).

R. c. Guignard, [2002] 1 R.C.S. 422, par. 17 (Les pouvoirs municipaux doivent être exercés conformément aux principes de la Charte, tout comme l'ensemble des pouvoirs détenus par les administrations publiques.).

Canada c. Schmidt, [1987] 1 R.C.S. 500, 514 (remise d'une fugitive à un État étranger).

Air Canada c. C.-B., [1986] 2 R.C.S. 539 (autorisation préalable du lieutenant-gouverneur en vue de contester la constitutionnalité d'une loi).

Corporation municipale de Lanoraie d'Autray c. Pelletier, [1986] D.L.Q. 386 (C.S.) (règlement municipal contraire à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés).

Voir généralement :

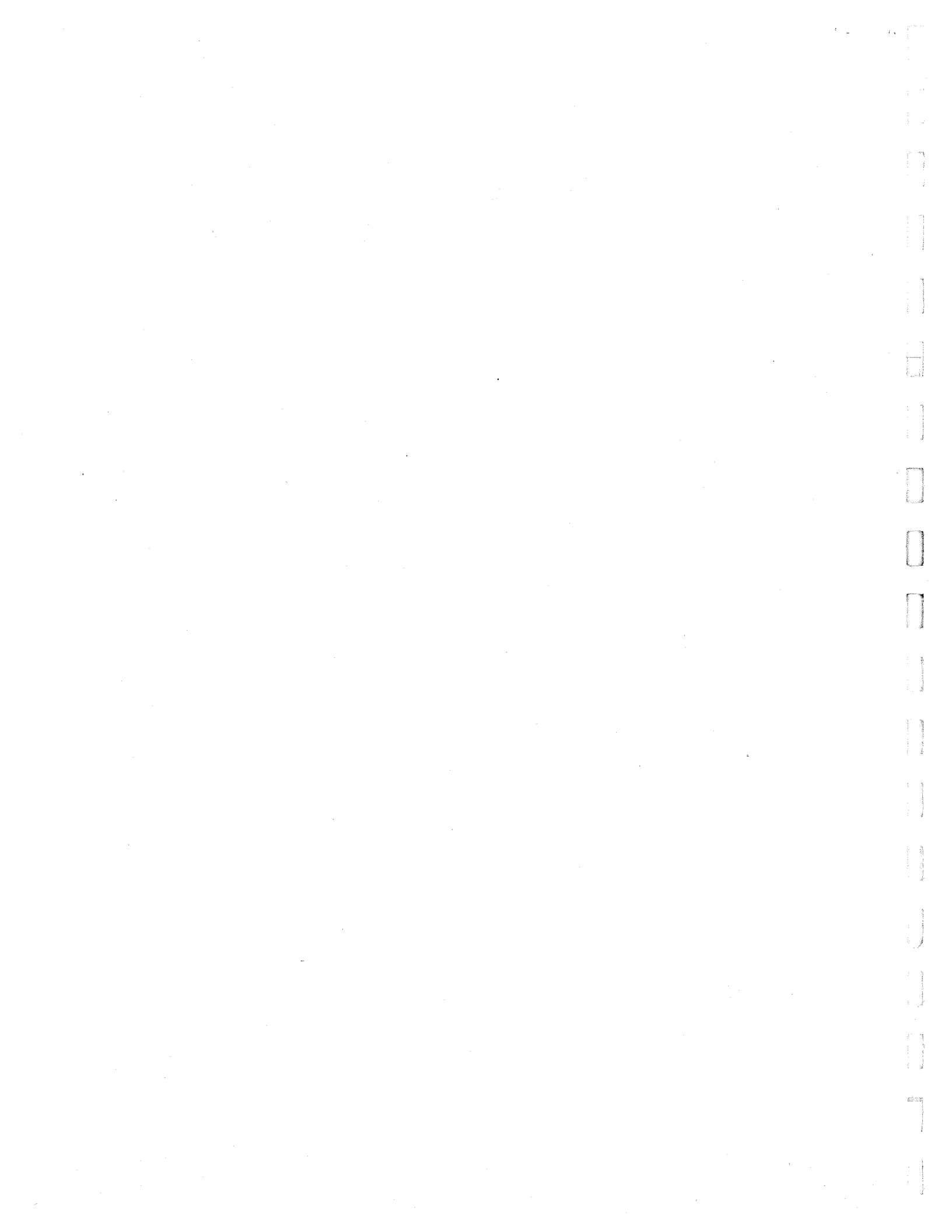
Genex Communications Inc. c. Canada (Procureur général), 2005 CAF 283. (Le CRTC devait tenir compte du droit à la liberté d'expression consacré par la Charte pour rendre sa décision.).

Madurasinghe c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2003 CF 1451 (analyse de l'entrave induite d'un agent de visas à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire).

B.C. Civil Liberties Association c. A.-G. for B.C., (1988) 49 D.L.R. (4th) 493 (B.C.S.C.) (il n'entraîne pas dans le cadre de la loi d'adopter un règlement stipulant que l'avortement ne constitue pas un « service médicalement requis »).

Transportbec Inc. c. P.G. du Québec, [1986] R.J.Q. 2089 (C.S.) (Le pouvoir de déterminer des conditions de création applicables à celui qui veut fournir un service de courtage n'inclut pas le pouvoir de décréter l'exclusion de certaines catégories de personnes).

Doiron c. C.A.S., [1978] C.S. 1069 (Le pouvoir de créer des exclusions à la Loi de l'aide sociale n'était pas prévu à celle-ci.).



Roncarelli c. Duplessis, [1959] R.C.S. 121 (révocation d'un permis de vente d'alcool sur la base des croyances religieuses de son détenteur).

Aussi, l'Administration publique devra, pour autant que ce soit compatible avec la loi habilitante, tenir compte des droits ancestraux et des traités correspondants dans l'exercice de sa discrétion.

Première Nation d'Ochapowace c. Canada (Procureur général), 2007 CF 920.

Bande indienne Wewaykum c. Canada, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 96.

Enfin, les décisions ou actes pris en vertu d'un pouvoir discrétionnaire seront soumis au contrôle judiciaire. Toutefois, les tribunaux supérieurs doivent faire preuve d'une grande déférence lors de l'analyse de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par l'Administration. En effet, autrefois, on exigeait la présence d'une décision manifestement déraisonnable. Aujourd'hui, la norme applicable pour réviser un tel acte sera celle de la décision déraisonnable, interprétée selon les critères de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*. Aussi, on doit parfois interpréter le pouvoir de l'Administration pour laisser une marge de manœuvre importante à cette dernière, et ce, lorsque l'exercice du pouvoir fait partie intégrante d'un régime de régulation complexe et ne peut avoir qu'une incidence indirecte et limitée sur les intérêts économiques individuels.

Société canadienne de gestion des droits voisins c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, [2004] 1 C.F. 303. (en l'espèce, on laisse une marge de manœuvre importante à la Commission en matière de régulation).

Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux), [2001] 2 R.C.S. 281, par. 57, 58.

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190.

2.8 La loi et l'intérêt général

CATHERINE et THUILLIER, *Introduction à une philosophie de l'administration*, 1969, p. 15-33.

FEINTUCK, *The Public Interest in Regulation*, 2004, p. 257-271.

LEMIEUX, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, par. 75-050. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, 1986 ; Conseil d'État, « L'intérêt général », Études et documentation n° 50, 1999.

SMARD, « Values and Ethics in the Public Sector : How to Serve the Public Interest ? », *National Ethics Symposium proceedings*, 2006.

VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, 1959, p. 130-133.

VILLAGGI, *L'Administration publique québécoise et le processus décisionnel - Des pouvoirs au contrôle administratif et judiciaire*, 2005.

Il existe une présomption absolue voulant que toute loi est adoptée pour promouvoir l'intérêt général (voir 1.10). Ce concept d'intérêt général s'oppose à celui d'intérêt privé ou particulier. On ne pourra donc, par voie de conséquence, présumer qu'un pouvoir discrétionnaire puisse être exercé au seul bénéfice d'intérêts privés, puisque ce serait aller à l'encontre de la loi qui habilite ce pouvoir (voir 7.25).

Société canadienne de gestion des droits voisins c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, [2004] 1 C.F. 303. (en l'espèce, la Loi a pour objectif de pondérer, dans l'intérêt public, les intérêts concurrents des producteurs, des utilisateurs et des consommateurs).

Bédard c. Hydro-Québec, [1982] C.A. 518 (intérêt général précisé dans le contrat intervenu entre un mandataire de la Couronne et un administré).

Hutchison c. City of Westmount, (1914) 49 R.C.S. 621 (refus de la municipalité d'ouvrir une rue visant à desservir la seule compagnie requérante).

Il est ainsi reconnu qu'un acte administratif doit toujours reposer sur un motif tiré de l'intérêt public. Une décision prise par souci de vengeance ou de représailles, ou pour promouvoir un intérêt financier particulier, est réputée incompatible avec l'intérêt public.

Cette opposition entre intérêt public et privé pourra cependant varier au gré des circonstances et des changements politiques, économiques et sociaux. Tel but, qui était d'intérêt purement privé à l'époque du libéralisme économique, pourra devenir d'intérêt général dès lors que l'État intervient directement dans l'activité économique du pays.

Ainsi en va-t-il au plan des secteurs de l'éducation et de la santé, reposant autrefois entre les mains d'autorités décentralisées et d'institutions privées et qui relèvent désormais du contrôle de l'État (voir 6.30). De la même façon, des subventions accordées à des entreprises privées pour promouvoir le développement régional ou celui d'un sec-



David Dunsmuir *Appellant*

v.

Her Majesty the Queen in Right of the
Province of New Brunswick as represented by
Board of Management *Respondent*

INDEXED AS: DUNSMUIR v. NEW BRUNSWICK

Neutral citation: 2008 SCC 9.

File No.: 31459.

2007: May 15; 2008: March 7.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Proper approach to judicial review of administrative decision makers — Whether judicial review should include only two standards: correctness and reasonableness.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Employee holding office “at pleasure” in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months’ pay in lieu of notice — Adjudicator interpreting enabling statute as conferring jurisdiction to determine whether discharge was in fact for cause — Adjudicator holding employer breached duty of procedural fairness and ordering reinstatement — Whether standard of reasonableness applicable to adjudicator’s decision on statutory interpretation issue — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 97(2.1), 100.1(5) — Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.

Administrative law — Natural justice — Procedural fairness — Dismissal of public office holders — Employee holding office “at pleasure” in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months’ pay in lieu of notice — Employee not informed of reasons for termination or provided with opportunity to respond — Whether employee entitled to procedural fairness — Proper approach to dismissal of public employees.

David Dunsmuir *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province
du Nouveau-Brunswick, représentée par le
Conseil de gestion *Intimée*

RÉPERTORIÉ : DUNSMUIR c. NOUVEAU-BRUNSWICK

Référence neutre : 2008 CSC 9.

N° du greffe : 31459.

2007 : 15 mai; 2008 : 7 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella,
Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Démarche appropriée pour le contrôle judiciaire d’une décision administrative — Le contrôle judiciaire devrait-il s’effectuer au regard de deux normes seulement : celle de la décision correcte et celle de la raisonabilité?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Fonctionnaire provincial amovible congédié sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Arbitre concluant que sa loi habilitante l’autorisait à déterminer si le congédiement constituait en fait un congédiement pour motif — Arbitre statuant que l’employeur avait manqué à son obligation d’équité procédurale et ordonnant la réintégration de l’employé — La norme de la décision raisonnable s’appliquait-elle à l’interprétation de la loi par l’arbitre? — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 97(2.1), 100.1(5) — Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, l’art. 20.

Droit administratif — Justice naturelle — Équité procédurale — Congédiement d’un titulaire de charge publique nommé à titre amovible — Congédiement sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Employeur n’ayant pas précisé les motifs du congédiement ni donné à l’employé la possibilité d’y répondre — L’employé avait-il droit à l’équité procédurale? — Démarche appropriée pour le congédiement d’un fonctionnaire.

-19-

D was employed by the Department of Justice for the Province of New Brunswick. He held a position under the *Civil Service Act* and was an office holder "at pleasure". His probationary period was extended twice and the employer reprimanded him on three separate occasions during the course of his employment. On the third occasion, a formal letter of reprimand was sent to D warning him that his failure to improve his performance would result in further disciplinary action up to and including dismissal. While preparing for a meeting to discuss D's performance review the employer concluded that D was not right for the job. A formal letter of termination was delivered to D's lawyer the next day. Cause for the termination was explicitly not alleged and D was given four months' pay in lieu of notice.

D commenced the grievance process under s. 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act* ("PSLRA"), alleging that the reasons for the employer's dissatisfaction were not made known, that he did not receive a reasonable opportunity to respond to the concerns, that the employer's actions in terminating him were without notice, due process or procedural fairness, and that the length of the notice period was inadequate. The grievance was denied and then referred to adjudication. A preliminary issue of statutory interpretation arose as to whether, where dismissal was with notice or pay in lieu thereof, the adjudicator was authorized to determine the reasons underlying the province's decision to terminate. The adjudicator held that the referential incorporation of s. 97(2.1) of the *PSLRA* into s. 100.1(5) of that Act meant that he could determine whether D had been discharged or otherwise disciplined for cause. Ultimately, the adjudicator made no finding as to whether the discharge was or was not for cause. In his decision on the merits, he found that the termination letter effected termination with pay in lieu of notice and that the termination was not disciplinary. As D's employment was hybrid in character, the adjudicator held that D was entitled to and did not receive procedural fairness in the employer's decision to terminate his employment. He declared that the termination was void *ab initio* and ordered D reinstated as of the date of dismissal, adding that in the event that his reinstatement order was quashed on judicial review, he would find the appropriate notice period to be eight months.

On judicial review, the Court of Queen's Bench applied the correctness standard and quashed the adjudicator's preliminary decision, concluding that the adjudicator did not have jurisdiction to inquire into the

D travaillait pour le ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick. Il occupait un poste suivant la *Loi sur la Fonction publique* et était titulaire d'une charge à titre amovible. Sa période d'essai a été prolongée deux fois, et l'employeur l'a réprimandé à trois occasions distinctes en cours d'emploi. La troisième réprimande a pris la forme d'une lettre officielle l'informant que s'il n'améliorait pas son rendement, il s'exposait à de nouvelles mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. Lors d'une rencontre préalable à l'évaluation du rendement de D, l'employeur a conclu que ce dernier ne répondait pas aux exigences du poste. Le lendemain, un avis de cessation d'emploi a été transmis à l'avocat de D. Nul motif de congédiement n'était expressément invoqué, et D avait droit à une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis.

D a présenté un grief sur le fondement de l'art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* («*LRTSP*»), alléguant que l'employeur n'avait pas précisé ses motifs d'insatisfaction, qu'il ne lui avait pas donné la possibilité raisonnable de répondre aux reproches, que les mesures pour mettre fin à l'emploi avaient été prises sans préavis, sans application régulière de la loi et au mépris de l'équité procédurale et que l'indemnité versée était insuffisante. Le grief a été rejeté, puis renvoyé à l'arbitrage. Une question préalable d'interprétation législative s'est alors posée : dans le cas d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, l'arbitre est-il autorisé à déterminer les raisons de la décision de la province de mettre fin à l'emploi? L'arbitre a estimé que l'incorporation par renvoi du par. 97(2.1) de la *LRTSP* au par. 100.1(5) de la même loi l'autorisait à déterminer si D avait été congédié ou avait autrement fait l'objet d'une mesure disciplinaire, pour motif. Finalement, il n'a pas conclu qu'il s'agissait ou non d'un congédiement pour motif. Dans sa décision au fond, il a statué que l'avis de cessation d'emploi opérait un congédiement avec indemnité tenant lieu de préavis et que la cessation d'emploi n'était pas de nature disciplinaire. Vu la nature hybride de l'emploi, il a conclu que D avait droit au respect de l'équité procédurale, mais que l'employeur ne s'était pas acquitté de son obligation à cet égard en mettant fin à l'emploi. Il a déclaré nulle *ab initio* la cessation d'emploi et ordonné la réintégration de D dans ses fonctions à compter de la date du congédiement et, pour le cas où son ordonnance de réintégration serait annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, il a ajouté qu'un préavis de huit mois lui paraissait indiqué.

Saisie d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour du Banc de la Reine a appliqué la norme de la décision correcte et annulé la décision sur la question préalable, arrivant à la conclusion que l'arbitre n'avait pas

reasons for the termination, and that his authority was limited to determining whether the notice period was reasonable. On the merits, the court found that D had received procedural fairness by virtue of the grievance hearing before the adjudicator. Concluding that the adjudicator's decision did not stand up to review on a reasonableness *simpliciter* standard, the court quashed the reinstatement order but upheld the adjudicator's provisional award of eight months' notice. The Court of Appeal held that the proper standard with respect to the interpretation of the adjudicator's authority under the *PSLRA* was reasonableness *simpliciter*, not correctness, and that the adjudicator's decision was unreasonable. It found that where the employer elects to dismiss with notice or pay in lieu of notice, s. 97(2.1) of the *PSLRA* does not apply and the employee may only grieve the length of the notice period. It agreed with the reviewing judge that D's right to procedural fairness had not been breached.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Fish and Abella JJ.: Despite its clear, stable constitutional foundations, the system of judicial review in Canada has proven to be difficult to implement. It is necessary to reconsider both the number and definitions of the various standards of review, and the analytical process employed to determine which standard applies in a given situation. Notwithstanding the theoretical differences between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory. There ought to be only two standards of review: correctness and reasonableness. [32] [34] [41]

When applying the correctness standard in respect of jurisdictional and some other questions of law, a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question and decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable. Reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process and with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law. It is a deferential standard which requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations

compétence pour s'enquérir des motifs de la cessation d'emploi et qu'il lui était seulement permis de déterminer si le préavis était raisonnable. Sur le fond, elle a statué que D avait bénéficié de l'équité procédurale du fait de l'audition de son grief par l'arbitre. Comme la décision de ce dernier ne satisfaisait pas à la norme de la raisonabilité *simpliciter*, elle a annulé l'ordonnance de réintégration, mais confirmé la décision subsidiaire portant le préavis à huit mois. La Cour d'appel a estimé que la norme de contrôle applicable à l'interprétation des pouvoirs conférés à l'arbitre par la *LRTSP* était celle de la raisonabilité *simpliciter*, et non celle de la décision correcte, et que la décision de l'arbitre était déraisonnable. Elle a conclu que lorsque l'employeur opte pour le congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, le par. 97(2.1) de la *LRTSP* ne s'applique pas et le seul recours dont dispose l'employé réside dans la contestation du préavis par voie de grief. Elle a convenu avec la cour de révision qu'il n'y avait pas eu d'atteinte au droit de D à l'équité procédurale.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Fish et Abella : Malgré ses assises constitutionnelles claires et stables, le mécanisme canadien de contrôle judiciaire se révèle difficile à appliquer. Il faut repenser tant le nombre que la teneur des normes de contrôle, ainsi que la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable dans un cas donné. Malgré ce qui distingue théoriquement la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter*, toute différence réelle d'application paraît illusoire. Il ne devrait y avoir que deux normes de contrôle, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. [32] [34] [41]

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte relativement à certaines questions de droit, y compris une question de compétence, n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision qui applique la norme de la décision raisonnable se demande si la décision contestée possède les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Empreinte de déférence, la norme de la raisonabilité commande le respect de la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à des décideurs

that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system. [47-50]

An exhaustive analysis is not required in every case to determine the proper standard of review. Courts must first ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded to a decision maker with regard to a particular category of question. If the inquiry proves unfruitful, courts must analyze the factors making it possible to identify the proper standard of review. The existence of a privative clause is a strong indication of review pursuant to the reasonableness standard, since it is evidence of Parliament or a legislature's intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized. It is not, however, determinative. Where the question is one of fact, discretion or policy, or where the legal issue is intertwined with and cannot be readily separated from the factual issue, deference will usually apply automatically. Deference will usually result where a decision maker is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity. While deference may also be warranted where an administrative decision maker has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context, a question of law that is of central importance to the legal system as a whole and outside the specialized area of expertise of the administrative decision maker will always attract a correctness standard. So will a true question of *vires*, a question regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals, and a constitutional question regarding the division of powers between Parliament and the provinces in the *Constitution Act, 1867*. [52-62]

The standard of reasonableness applied on the issue of statutory interpretation. While the question of whether the combined effect of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* permits the adjudicator to inquire into the employer's reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice is a question of law, it is not one that is of central importance to the legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator, who was in fact interpreting his enabling statute. Furthermore, s. 101(1) of the *PSLRA* includes a full privative clause, and the nature of the regime favours the standard of reasonableness. Here, the adjudicator's

administratifs, de même que le respect des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d'une cour de justice et celles d'un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien. [47-50]

Il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle. L'existence d'une clause privative milite clairement en faveur d'un contrôle suivant la norme de la raisonabilité, car elle atteste la volonté du législateur que la décision du décideur administratif fasse l'objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire demeure minimal. Cependant, elle n'est pas déterminante. En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, ou lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés, la retenue s'impose habituellement d'emblée. Lorsqu'un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise. Elle peut également s'imposer lorsque le décideur administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé, mais la question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d'expertise du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte. Il en va de même pour une question touchant véritablement à la compétence, une question liée à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents et une question constitutionnelle touchant au partage des pouvoirs entre le Parlement et les provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. [52-62]

La question de l'interprétation législative était assujettie à la norme de la raisonabilité. Bien que la question de savoir si, ensemble, le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *LRTSP* autorisent l'arbitre à s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constitue une question de droit, elle ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et elle n'est pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, lequel a en fait interprété sa loi habilitante. En outre, le par. 101(1) de la *LRTSP* constitue une clause privative absolue et la nature du régime milite en faveur de la norme de la raisonabilité. En l'espèce, l'interprétation

interpretation of the law was unreasonable and his decision does not fall within the range of acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and the law. The employment relationship between the parties in this case was governed by private law. The combined effect of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* cannot, on any reasonable interpretation, remove the employer's right, under the ordinary rules of contract, to discharge an employee with reasonable notice or pay in lieu thereof without asserting cause. By giving the *PSLRA* an interpretation that allowed him to inquire into the reasons for discharge, the adjudicator adopted a reasoning process that was fundamentally inconsistent with the employment contract and, thus, fatally flawed. [66-75]

On the merits, D was not entitled to procedural fairness. Where a public employee is employed under a contract of employment, regardless of his or her status as a public office holder, the applicable law governing his or her dismissal is the law of contract, not general principles arising out of public law. Where a dismissal decision is properly within the public authority's powers and is taken pursuant to a contract of employment, there is no compelling public law purpose for imposing a duty of fairness. The principles expressed in *Knight v. Indian Head School Division No. 19* in relation to the general duty of fairness owed by public authorities when making decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals are valid and important. However, to the extent that *Knight* ignored the important effect of a contract of employment, it should not be followed. In the case at bar, D was a contractual employee in addition to being a public office holder. Section 20 of the *Civil Service Act* provided that as a civil servant he could only be dismissed in accordance with the ordinary rules of contract. To consider a public law duty of fairness issue where such a duty exists falls squarely within the adjudicator's task to resolve a grievance. Where, as here, the relationship is contractual, it was unnecessary to consider any public law duty of procedural fairness. By imposing procedural fairness requirements on the respondent over and above its contractual obligations and ordering the full "reinstatement" of D, the adjudicator erred and his decision was therefore correctly struck down. [76-78] [81] [84] [106] [114] [117]

Per Binnie J.: The majority reasons for setting aside the adjudicator ruling were generally agreed with, however the call of the majority to re-evaluate the pragmatic and functional test and to re-assess "the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole" and to develop a principled framework that is

du droit par l'arbitre était déraisonnable et sa décision ne faisait pas partie des issues acceptables au regard des faits et du droit. Le lien d'emploi entre les parties ressortissait au droit privé. L'application concomitante du par. 97(2.1) et de l'art. 100.1 de la *LRTSP* ne saurait donc raisonnablement supprimer le droit de l'employeur, suivant les règles contractuelles ordinaires, de congédier un employé avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu et sans invoquer de motif. En concluant que la *LRTSP* lui permettait de rechercher les motifs du congédiement, l'arbitre a tenu un raisonnement foncièrement incompatible avec le contrat d'emploi et, de ce fait, entaché d'un vice fatal. [66-75]

Sur le fond, D n'avait pas droit à l'équité procédurale. En présence d'un contrat d'emploi, le renvoi d'un fonctionnaire, que ce dernier soit ou non titulaire d'une charge publique, est régi par le droit contractuel, et non par les principes généraux du droit public. Lorsqu'un organisme public prend la décision de congédier une personne conformément à ses pouvoirs et à un contrat d'emploi, nulle considération supérieure du droit public ne justifie l'imposition d'une obligation d'équité. Les principes formulés dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19* relativement à l'obligation générale d'équité à laquelle est tenu l'organisme public dont la décision touche les droits, les privilèges ou les biens d'une personne demeurent valables et importants. Toutefois, dans la mesure où cet arrêt n'a pas tenu compte de l'effet déterminant d'un contrat d'emploi, il ne devrait pas être suivi. Dans la présente affaire, D était à la fois titulaire d'une charge publique et employé contractuel. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* prévoyait qu'à titre de fonctionnaire, il ne pouvait être congédié que suivant les règles contractuelles ordinaires. L'examen d'une question touchant à l'obligation d'équité en droit public, lorsqu'une telle obligation existe, ressortit clairement au mandat de l'arbitre chargé du règlement d'un grief. Lorsque, comme en l'espèce, le lien est contractuel, il n'est pas nécessaire de tenir compte de quelque obligation d'équité procédurale en droit public. En assujettissant l'intimé à l'obligation d'équité procédurale en sus de ses obligations contractuelles et en ordonnant la réintégration de D, l'arbitre a commis une erreur, et sa décision a été annulée à bon droit. [76-78] [81] [84] [106] [114] [117]

Le juge Binnie : Malgré l'accord général avec les motifs invoqués par les juges majoritaires pour annuler la décision de l'arbitre, l'invitation à réévaluer l'analyse pragmatique et fonctionnelle ainsi qu'à revoir « l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble » et à « établir

“more coherent and workable” invites a broader reappraisal. Judicial review is an idea that has lately become unduly burdened with law office metaphysics. Litigants find the court’s attention focussed not on their complaints, or the government’s response, but on lengthy and arcane discussions of something they are told is the pragmatic and functional test. The Court should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case. [119-122] [133] [145]

The distinction between “patent unreasonableness” and reasonableness *simpliciter* is now to be abandoned. The repeated attempts to explain the difference between the two, was in hindsight, unproductive and distracting. However, a broad reappraisal of the system of judicial review should explicitly address not only administrative tribunals but issues related to other types of administrative bodies and statutory decision makers including mid-level bureaucrats and, for that matter, Ministers. If logic and language cannot capture the distinction in one context, it must equally be deficient elsewhere in the field of judicial review. [121-123] [134-135] [140]

It should be presumed that the standard of review of an administrative outcome on grounds of substance is reasonableness. In accordance with the ordinary rules of litigation, it should also be presumed that the decision under review is reasonable until the applicant shows otherwise. An applicant urging the non-deferential “correctness” standard should be required to demonstrate that the decision rests on an error in the determination of a legal issue not confided (or which constitutionally could not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. The logic of the constitutional limitation is obvious. If the limitation did not exist, the government could transfer the work of the courts to administrative bodies that are not independent of the executive and by statute immunize the decisions of these bodies from effective judicial review. Questions of law outside the administrative decision maker’s home statute and closely related rules or statutes which require his or her expertise should also be reviewable on a “correctness” standard whether or not it meets the majority’s additional requirement that it be “of central importance to the legal system as a whole”. The standard of correctness should also apply to the requirements of “procedural fairness”, which will vary with the type of decision maker and the type of decision under review. Nobody should have his or her rights,

un cadre d’analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel » appelle un réexamen plus large. Ces dernières années, des débats métaphysico-juridiques ont indûment embrouillé la notion de contrôle judiciaire. La cour de révision ne met l’accent ni sur la prétention du justiciable ni la mesure prise par l’État, mais arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle ». La Cour devrait à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond. [119-122] [133] [145]

La distinction entre le « manifestement déraisonnable » et le raisonnable *simpliciter* doit désormais être abandonnée. Avec le recul, les tentatives répétées d’expliquer la différence entre les deux étaient vaines et importunes. Cependant, la réévaluation globale du mécanisme de contrôle judiciaire devrait explicitement viser non seulement les tribunaux administratifs, mais aussi d’autres types d’organisme administratif et de décideur d’origine législative, y compris des fonctionnaires de rang moyen, voire des ministres. Lorsque ni la logique ni la langue ne peuvent saisir la distinction dans un contexte, elles ne peuvent non plus le faire par ailleurs dans le domaine du contrôle judiciaire. [121-123] [134-135] [140]

Il devrait être présumé que la norme de contrôle d’une décision administrative sur le fond est celle de la raisonabilité. Conformément aux règles qui régissent habituellement les litiges, on devrait aussi présumer que la décision visée par le contrôle est raisonnable, sauf preuve contraire du demandeur. Celui qui préconise l’application de la norme de la décision correcte — soit l’absence de déférence — devrait être tenu de prouver que la décision contestée résulte du règlement erroné d’une question juridique ne relevant pas (ou ne pouvant pas constitutionnellement relever) du décideur administratif, qu’elle ait trait à la compétence ou au droit en général. La raison d’être de l’obstacle constitutionnel est manifeste. S’il n’existait pas, l’État pourrait confier la tâche des tribunaux judiciaires à des organismes administratifs qui ne sont pas indépendants de l’exécutif et, par voie législative, soustraire les décisions de ces organismes à un véritable contrôle judiciaire. Les questions de droit ne relevant pas de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque règle ou loi très connexe faisant appel à son expertise devraient aussi être assujetties à la norme de la décision correcte, qu’elles satisfassent ou non à l’exigence de l’« importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » formulée par les juges majoritaires. Cette norme devrait également s’appliquer à l’obligation d’« équité procédurale », qui varie selon la catégorie à laquelle appartient le décideur et la

interests or privileges adversely dealt with by an unjust process. [127-129] [146-147]

On the other hand when the application for judicial review challenges the substantive outcome of an administrative action, the judge is invited to cross the line into second-guessing matters that lie within the function of the administrator. This is controversial because it is not immediately obvious why a judge's view of the reasonableness of an administrative policy or the exercise of an administrative discretion should be preferred to that of the administrator to whom Parliament or a legislature has allocated the decision, unless there is a full statutory right of appeal to the courts, or it is otherwise indicated in the conferring legislation that a "correctness" standard is intended. [130]

Abandonment of the distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness has important implications. The two different standards addressed not merely "the magnitude or the immediacy of the defect" in the administrative decision but recognized that different administrative decisions command different degrees of deference, depending on who is deciding what. [135]

"Contextualizing" a single standard of "reasonableness" review will shift the courtroom debate from choosing between two standards of reasonableness that each represented a different level of deference to a debate within a single standard of reasonableness to determine the appropriate level of deference. [139]

Thus a single "reasonableness" standard will now necessarily incorporate both the degree of deference owed to the decision maker formerly reflected in the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and an assessment of the range of options reasonably open to the decision maker in the circumstances. The judge's role is to identify the outer boundaries of reasonable outcomes within which the administrative decision maker is free to choose. [141] [149]

A single "reasonableness" standard is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court's review of the outcome of administrative decision making. "Contextualizing" the reasonableness standard will require a reviewing court to consider the precise nature and function of the decision maker including its expertise, the terms and objectives

nature of the decision en cause. Nul ne devrait voir ses droits, ses intérêts ou ses privilèges faire l'objet d'une décision défavorable à l'issue d'une procédure injuste. [127-129] [146-147]

Par contre, lorsque le demandeur conteste la mesure administrative quant au fond, la cour de révision est invitée à faire un pas de plus et à remettre en question une décision relevant du décideur administratif. Cela prête à controverse, car en ce qui concerne la raisonabilité d'une politique administrative ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il n'y a pas de raison évidente de préférer l'appréciation judiciaire à celle du décideur administratif auquel le législateur a attribué le pouvoir de trancher, sauf lorsque la loi prévoit un droit d'appel devant une cour de justice ou que l'intention du législateur d'assujettir le décideur à la norme de la décision correcte ressort par ailleurs de la loi habilitante. [130]

L'abandon de la distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle de la décision manifestement déraisonnable a d'importantes répercussions. Les deux normes ne s'intéressaient pas seulement à « l'importance du défaut » entachant la décision administrative ou à son « caractère flagrant », mais reconnaissaient aussi le fait que différentes décisions administratives appellent différents degrés de déférence, selon l'identité du décideur et la nature de la décision. [135]

L'application d'une norme unique en fonction du contexte transforme le débat : il ne s'agit plus de choisir entre deux normes de raisonabilité correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence à l'intérieur d'une seule norme de raisonabilité. [139]

Ainsi, dorénavant, une norme de « raisonabilité » unique englobera nécessairement le degré de déférence auquel a droit le décideur et que traduisait auparavant la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*, et la prise en considération des décisions qui auraient pu raisonnablement être rendues dans les circonstances. Le rôle de la cour de révision est de délimiter les résultats raisonnables parmi lesquels le décideur administratif est libre de choisir. [141] [149]

La notion de « raisonabilité » est vaste et l'application d'une norme unique devra prendre en compte un grand nombre de variables qui délimitent le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Appliquer la norme de la raisonabilité en fonction du contexte exige de la cour de révision qu'elle tienne compte de la nature et de la fonction précises du décideur, y compris

of the governing statute (or common law) conferring the power of decision including the existence of a privative clause and the nature of the issue being decided. Careful consideration of these matters will reveal the extent of the discretion conferred. In some cases the court will have to recognize that the decision maker was required to strike a proper balance (or achieve proportionality) between the adverse impact of a decision on the rights and interests of the applicant or others directly affected weighed against the public purpose which is sought to be advanced. In each case careful consideration will have to be given to the reasons given for the decision. This list of "contextual" considerations is non-exhaustive. A reviewing court ought to recognize throughout the exercise that fundamentally the "reasonableness" of the administrative outcome is an issue given to another forum to decide. [144] [151-155]

Per Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. In the adjudicative context, decisions on questions of fact, whether undergoing appellate review or administrative law review, always attract deference. When there is a privative clause, deference is owed to the administrative body that interprets the legal rules it was created to interpret and apply. If the body oversteps its delegated powers, if it is asked to interpret laws in respect of which it does not have expertise or if Parliament or a legislature has provided for a statutory right of review, deference is not owed to the decision maker. Finally, when considering a question of mixed fact and law, a reviewing court should show an adjudicator the same deference as an appeal court would show a lower court. [158-164]

Here, the employer's common law right to dismiss without cause was the starting point of the analysis. Since the adjudicator does not have specific expertise in interpreting the common law, the reviewing court can proceed to its own interpretation of the applicable rules and determine whether the adjudicator could enquire into the cause of the dismissal. The applicable standard of review is correctness. The distinction between the common law rules of employment and the statutory rules applicable to a unionized employee is essential if s. 97(2.1) of the *PSLRA* is to be applied *mutatis mutandis* to the case of a non-unionized employee as required by s. 100.1(5) of the *PSLRA*. The adjudicator's failure to inform himself of this crucial difference led him to look for a cause for the dismissal, which was not relevant. Even if deference had been owed to the adjudicator, his interpretation could not have stood. Employment security is so fundamental to an employment relationship

son expertise, du libellé et des objectifs de la loi (ou de la common law) conférant le pouvoir décisionnel, y compris la présence d'une clause privative, et de la nature de la question à trancher. L'examen attentif de ces éléments révélera l'étendue du pouvoir discrétionnaire. La cour de révision devra parfois reconnaître que le décideur devait établir un juste équilibre (ou une proportionnalité) entre, d'une part, les répercussions défavorables de la décision sur les droits et les intérêts du demandeur ou d'autres personnes directement touchées et, d'autre part, l'objectif public poursuivi. Elle devra toujours considérer attentivement les motifs de la décision. D'autres éléments « contextuels » pourront s'ajouter. Tout au long de la démarche, la cour de révision doit se rappeler que, fondamentalement, ce n'est pas à elle de juger de la « raisonabilité » de la décision administrative. [144] [151-155]

Les juges Deschamps, Charron et Rothstein : Lors de toute révision, il faut d'abord déterminer si la question en litige est une question de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Dans le contexte juridictionnel, qu'elle fasse l'objet d'un appel ou d'un contrôle judiciaire, la décision sur une question de fait commande toujours la déférence. En présence d'une clause privative, la déférence s'impose à l'égard de l'organisme administratif qui interprète les règles juridiques pour l'interprétation et l'application desquelles il a été créé. La déférence ne s'impose pas lorsque l'organisme administratif outre-passe ses pouvoirs délégués, qu'il interprète des dispositions législatives ne relevant pas de son expertise ou que la loi prévoit expressément un droit de révision. Enfin, la cour de révision qui se penche sur une question mixte de fait et de droit devrait manifester autant de déférence envers le décideur que le ferait une cour d'appel vis-à-vis d'une cour inférieure. [158-164]

En l'espèce, le droit que la common law confère à l'employeur de congédier un employé sans invoquer de motif était le point de départ de l'analyse. Comme l'arbitre ne possède aucune expertise particulière dans l'interprétation de la common law, la cour de révision peut s'en remettre à sa propre interprétation des règles applicables et déterminer si l'arbitre pouvait ou non s'enquérir du motif du congédiement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. La distinction entre les règles de la common law régissant l'emploi et celles d'origine législative applicables à l'employé syndiqué est essentielle à l'application du par. 97(2.1) de la *LRTSP* à un employé non syndiqué, avec les adaptations nécessaires, conformément au par. 100.1(5) de la même loi. L'omission de tenir compte de cette différence cruciale a amené l'arbitre à rechercher un motif de congédiement, ce qui était hors de propos. Même si l'arbitre avait eu droit à la déférence, son interprétation

that it could not have been granted by the legislature by providing only that the *PSLRA* was to apply *mutatis mutandis* to non-unionized employees. [168-171]

Cases Cited

By Bastarache and LeBel JJ.

Referred to: *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* (1989), 102 N.B.R. (2d) 1; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Executors of the Woodward Estate v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Quebec (Commission des*

n'aurait pu être retenue. La sécurité d'emploi est si fondamentale à la relation de travail que le législateur n'a pu l'accorder en prévoyant seulement l'application de la *LRTSP* aux employés non syndiqués, compte tenu des adaptations nécessaires. [168-171]

Jurisprudence

Citée par les juges Bastarache et LeBel

Arrêts mentionnés : *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills* (1989), 102 R.N.-B. (2^e) 1; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Succession Woodward c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 CSC 19; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police*

droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. *Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Reglin v. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondì v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Seshia v. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen v. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis v. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard v. Sackville (Town)* (1992), 124 N.B.R. (2d) 70; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Hughes v. Moncton (City)* (1990), 111 N.B.R. (2d) 184, aff'd (1991), 118 N.B.R. (2d) 306; *Rosen v. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701.

By Binnie J.

Referred to: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Law Society of*

Commissioners, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *Canada Safeway Ltd. c. SGDMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Ridge c. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Reglin c. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondì c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Seshia c. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen c. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis c. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard c. Sackville (Ville)* (1992), 124 R.N.-B. (2^e) 70; *Malloch c. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Hughes c. Moncton (Ville)* (1990), 111 R.N.-B. (2^e) 184, conf. (1991), 118 R.N.-B. (2^e) 306; *Rosen c. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701.

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Cooper c. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Westcoast Energy Inc. c.*

New Brunswick v. Ryan, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

By Deschamps J.

Referred to: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63.

Statutes and Regulations Cited

Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.
Constitution Act, 1867, ss. 96 to 101.
Employment Standards Act, S.N.B. 1982, c. E-7.2.
Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23.
Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 23(1).
Interpretation Act, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 20.
Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 92(1), 97, 97(2.1) [ad. 1990, c. 30, s. 35], 100.1 [idem, s. 40], 101(1) [idem, s. 41], (2) [idem].

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: West, 2004, "pleasure appointment".
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2007).
 Cromwell, Thomas A. "Appellate Review: Policy and Pragmatism". In *2006 Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Fort Garry, 2006, V-1.
 de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
 England, Geoff. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2007, release 10).
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Canada (Office national de l'énergie), [1998] 1 R.C.S. 322; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 à 101.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 23(1).
Loi d'interprétation, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, art. 20.
Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 92(1), 97, 97(2.1) [aj. 1990, ch. 30, art. 35], 100.1 [idem, art. 40], 101(1) [idem, art. 41], (2) [idem].
Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23.
Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, art. 20.
Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11.
Loi sur les normes d'emploi, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: West, 2004, « *pleasure appointment* ».
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2007).
 Cromwell, Thomas A. « Appellate Review : Policy and Pragmatism ». In *2006 Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Fort Garry, 2006, V-1.
 de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London : Sweet & Maxwell, 1995.
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart Publishing, 1997, 279.
 England, Geoff. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2007, release 10).
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. "Recent Developments in Standard of Review", in *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*. Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.

Mullan, David J. "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.

Sossin, Lorne, and Colleen M. Flood, "The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law" (2007), 57 *U.T.L.J.* 581.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Turnbull, Daigle and Robertson J.J.A.) (2006), 297 N.B.R. (2d) 151, 265 D.L.R. (4th) 609, 44 Admin. L.R. (4th) 92, 48 C.C.E.L. (3d) 196, 2006 CLLC ¶220-030, [2006] N.B.J. No. 118 (QL), 2006 CarswellNB 155, 2006 NBCA 27, affirming a judgment of Rideout J. (2005), 293 N.B.R. (2d) 5, 43 C.C.E.L. (3d) 205, [2005] N.B.J. No. 327 (QL), 2005 CarswellNB 444, 2005 NBQB 270, quashing a preliminary ruling and quashing in part an award made by an adjudicator. Appeal dismissed.

J. Gordon Petrie, Q.C., and *Clarence L. Bennett*, for the appellant.

C. Clyde Spinney, Q.C., and *Keith P. Mullin*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Fish and Abella J.J. was delivered by

BASTARACHE AND LEBEL JJ. —

I. Introduction

[1] This appeal calls on the Court to consider, once again, the troubling question of the approach to be taken in judicial review of decisions of administrative tribunals. The recent history of judicial review in Canada has been marked by ebbs and flows of deference, confounding tests and new words for old problems, but no solutions that provide real guidance for litigants, counsel, administrative decision

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. « Recent Developments in Standard of Review », in *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*. Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.

Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.

Sossin, Lorne, and Colleen M. Flood, « The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law » (2007), 57 *U.T.L.J.* 581.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Turnbull, Daigle et Robertson) (2006), 297 R.N.-B. (2^e) 151, 265 D.L.R. (4th) 609, 44 Admin. L.R. (4th) 92, 48 C.C.E.L. (3d) 196, 2006 CLLC ¶220-030, [2006] A.N.-B. n^o 118 (QL), 2006 CarswellNB 156, 2006 NBCA 27, qui a confirmé la décision du juge Rideout (2005), 293 R.N.-B. (2^e) 5, 43 C.C.E.L. (3d) 205, [2005] A.N.-B. n^o 327 (QL), 2005 CarswellNB 444, 2005 NBBR 270, qui a annulé la décision de l'arbitre sur la question préalable et annulé en partie sa sentence. Pourvoi rejeté.

J. Gordon Petrie, c.r., et *Clarence L. Bennett*, pour l'appelant.

C. Clyde Spinney, c.r., et *Keith P. Mullin*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel, Fish et Abella rendu par

LES JUGES BASTARACHE ET LEBEL —

I. Introduction

[1] Une fois de plus, la Cour est appelée à se pencher sur l'épineuse question de la démarche qu'il convient d'adopter pour le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs. Au Canada, l'évolution récente du contrôle judiciaire a été marquée par une déférence variable, l'application de critères déroutants et la qualification nouvelle de vieux problèmes, sans qu'une solution n'offre de vérita-

makers or judicial review judges. The time has arrived for a reassessment of the question.

A. *Facts*

[2] The appellant, David Dunsmuir, was employed by the Department of Justice for the Province of New Brunswick. His employment began on February 25, 2002, as a Legal Officer in the Fredericton Court Services Branch. The appellant was placed on an initial six-month probationary term. On March 14, 2002, by Order-in-Council, he was appointed to the offices of Clerk of the Court of Queen's Bench, Trial Division, Administrator of the Court of Queen's Bench, Family Division, and Clerk of the Probate Court of New Brunswick, all for the Judicial District of Fredericton.

[3] The employment relationship was not perfect. The appellant's probationary period was extended twice, to the maximum 12 months. At the end of each probationary period, the appellant was given a performance review. The first such review, which occurred in August 2002, identified four specific areas for improvement. The second review, three months later, cited the same four areas for development, but noted improvements in two. At the end of the third probationary period, the Regional Director of Court Services noted that the appellant had met all expectations and his employment was continued on a permanent basis.

[4] The employer reprimanded the appellant on three separate occasions during the course of his employment. The first incident occurred in July 2002. The appellant had sent an email to the Chief Justice of the Court of Queen's Bench objecting to a request that had been made by the judge of the Fredericton Judicial District for the preparation of a practice directive. The Regional Director issued a reprimand letter to the appellant, explaining that the means he had used to raise his concerns were inappropriate and exhibited serious error in judgment. In the event that a similar concern arose in the future, he was directed to discuss the matter

bles repères aux parties, à leurs avocats, aux décideurs administratifs ou aux cours de justice saisies de demandes de contrôle judiciaire. Le temps est venu de réévaluer la question.

A. *Les faits*

[2] Le 25 février 2002, l'appellant, David Dunsmuir, est entré en fonction au ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick à titre de conseiller juridique de la Division des services aux tribunaux. Il était à l'essai pour une période de six mois. Par décret daté du 14 mars 2002, il a été nommé, pour la circonscription judiciaire de Fredericton, greffier de la Division de première instance et administrateur de la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine, de même que greffier de la Cour des successions.

[3] La relation d'emploi entre l'appellant et son employeur n'a pas été sans heurts. La période d'essai de l'appellant a été prolongée deux fois, atteignant la durée maximale de douze mois. À la fin de chacune des périodes d'essai, le rendement de l'appellant a été évalué. Au mois d'août 2002, la première évaluation faisait état de quatre points à améliorer. Trois mois plus tard, la deuxième évaluation relevait les mêmes quatre points, mais signalait des améliorations à l'égard de deux d'entre eux. Au terme de la troisième période d'essai, la directrice régionale des services aux tribunaux indiquait que l'appellant avait répondu à toutes les attentes, et ce dernier a été titularisé.

[4] L'employeur a réprimandé l'appellant à trois occasions distinctes en cours d'emploi, la première fois en juillet 2002. L'appellant avait communiqué par courriel au Juge en chef de la Cour du Banc de la Reine son opposition à une demande formulée par les juges de la circonscription judiciaire de Fredericton pour la préparation d'une directive en matière de procédure. La directrice régionale lui avait fait parvenir une lettre de réprimande lui expliquant que le moyen employé pour exprimer ses préoccupations était inopportun et qu'il avait commis une grave erreur de jugement. Elle lui avait précisé qu'il devrait à l'avenir s'adresser d'abord au

first with the Registrar or the Regional Director. The letter warned that failure to comply would lead to additional disciplinary measures and, if necessary, to dismissal.

[5] A second disciplinary measure occurred when, in April 2004, it came to the attention of the Assistant Deputy Minister that the appellant was being advertised as a lecturer at legal seminars offered in the private sector. The appellant had inquired previously into the possibility of doing legal work outside his employment. In February 2004, the Assistant Deputy Minister had informed him that lawyers in the public service should not practise law in the private sector. A month later, the appellant wrote a letter to the Law Society of New Brunswick stating that his participation as a non-remunerated lecturer had been vetted by his employer, who had voiced no objection. On June 3, 2004, the Assistant Deputy Minister issued to the appellant written notice of a one-day suspension with pay regarding the incident. The letter also referred to issues regarding the appellant's work performance, including complaints from unnamed staff, lawyers and members of the public regarding his difficulties with timeliness and organization. This second letter concluded with the statement that "[f]uture occurrences of this nature and failure to develop more efficient organized work habits will result in disciplinary action up to and including dismissal."

[6] Third, on July 21, 2004, the Regional Director wrote a formal letter of reprimand to the appellant regarding three alleged incidents relating to his job performance. This letter, too, concluded with a warning that the appellant's failure to improve his organization and timeliness would result in further disciplinary action up to and including dismissal. The appellant responded to the letter by informing the Regional Director that he would be seeking legal advice and, until that time, would not meet with her to discuss the matter further.

[7] A review of the appellant's work performance had been due in April 2004 but did not take place. The appellant met with the Regional Director on a

registraire ou à elle, faute de quoi il s'exposerait à d'autres mesures disciplinaires, voire au congédiement.

[5] La deuxième mesure disciplinaire a été prise après que le sous-ministre adjoint eut pris connaissance, en avril 2004, de l'annonce de séminaires juridiques organisés par le secteur privé présentant l'appelant comme un conférencier invité. L'appelant s'était auparavant renseigné sur la possibilité d'exercer le droit après ses heures de travail. Au mois de février 2004, le sous-ministre adjoint lui avait fait savoir que les avocats de la fonction publique ne devaient pas exercer leur profession dans le secteur privé. Un mois plus tard, l'appelant avait écrit au Barreau du Nouveau-Brunswick qu'après s'être penché sur la question, son employeur ne s'opposait pas à sa participation à titre de conférencier non rémunéré. Le 3 juin 2004, le sous-ministre adjoint l'avait informé par écrit de sa suspension d'un jour avec traitement. La lettre faisait également état de problèmes liés à son rendement au travail, y compris de plaintes anonymes de collègues, d'avocats et de citoyens lui reprochant de ne pas respecter les délais et de manquer d'organisation. Le sous-ministre adjoint concluait : [TRADUCTION] « Si d'autres incidents de cette nature se produisent ou si vous ne faites pas preuve de plus d'efficacité et d'organisation dans votre travail, vous vous exposez à des mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. »

[6] La troisième fois, le 21 juillet 2004, la directrice régionale a rédigé une lettre de réprimande officielle concernant trois incidents liés au rendement de l'appelant. Elle aussi concluait par une mise en garde — s'il n'organisait pas mieux son travail ni ne respectait pas davantage les délais, il s'exposait à de nouvelles mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. L'appelant lui a répondu qu'il consulterait un avocat et que, dans l'intervalle, il s'abstiendrait de la rencontrer pour discuter plus avant de la question.

[7] L'évaluation du rendement de l'appelant n'a pas eu lieu en avril 2004 comme prévu. La directrice régionale a rencontré l'appelant à quelques reprises

couple of occasions to discuss backlogs and organizational problems. Complaints were relayed to her by staff but they were not documented and it is unknown how many complaints there had been. The Regional Director notified the appellant on August 11, 2004, that his performance review was overdue and would occur by August 20. A meeting had been arranged for August 19 between the appellant, the Regional Director, the Assistant Deputy Minister and counsel for the appellant and the employer. While preparing for that meeting, the Regional Director and the Assistant Deputy Minister concluded that the appellant was not right for the job. The scheduled meeting was cancelled and a termination notice was faxed to the appellant. A formal letter of termination from the Deputy Minister was delivered to the appellant's lawyer the next day. The letter terminated the appellant's employment with the Province of New Brunswick, effective December 31, 2004. It read, in relevant part:

I regret to advise you that I have come to the conclusion that your particular skill set does not meet the needs of your employer in your current position, and that it is advisable to terminate your employment on reasonable notice, pursuant to section 20 of the *Civil Service Act*. You are accordingly hereby advised that your employment with the Province of New Brunswick will terminate on December 31, 2004. Cause for termination is not alleged.

To aid in your search for other employment, you are not required to report to work during the notice period and your salary will be continued until the date indicated or for such shorter period as you require either to find a job with equivalent remuneration, or you commence self-employment.

In the circumstances, we would request that you avoid returning to the workplace until your departure has been announced to staff, and until you have returned your keys and government identification to your supervisor, Ms. Laundry as well as any other property of the employer still in your possession . . .

[8] On February 3, 2005, the appellant was removed from his statutory offices by order of the Lieutenant-Governor in Council.

pour discuter de dossiers en retard et d'organisation. Des plaintes lui avaient été transmises par des employés, mais elles n'étaient pas étayées et leur nombre demeure inconnu. Le 11 août 2004, elle a informé l'appelant que son rendement serait évalué au plus tard le 20 août. Une rencontre était prévue le 19 août entre l'appelant, la directrice générale, le sous-ministre adjoint, l'avocat de l'appelant et celui de l'employeur. En s'y préparant, la directrice régionale et le sous-ministre adjoint sont arrivés à la conclusion que l'appelant ne répondait pas aux exigences du poste. La rencontre a été annulée et un avis de cessation d'emploi a été télécopié à l'appelant. Le lendemain, un avis de cessation d'emploi a été transmis par le sous-ministre à l'avocat de l'appelant. Il mettait fin à l'emploi de l'appelant par la province du Nouveau-Brunswick en date du 31 décembre 2004. En voici les passages pertinents :

[TRADUCTION] J'ai le regret de vous informer que je suis arrivé à la conclusion que vos compétences particulières ne correspondent pas aux exigences de votre poste actuel déterminées par l'employeur et qu'il convient de mettre fin à votre emploi moyennant un préavis raisonnable, conformément à l'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*. Vous êtes donc informé par la présente que votre emploi par la province du Nouveau-Brunswick prendra fin le 31 décembre 2004. Aucun motif de congédiement n'est invoqué.

Afin que vous puissiez trouver un nouvel emploi, vous n'aurez pas à vous présenter au travail pendant le délai de préavis. Vous toucherez votre traitement jusqu'à la date mentionnée ou celle, antérieure, à laquelle vous trouverez un emploi offrant une rémunération équivalente ou deviendrez travailleur autonome.

Dans les circonstances, nous vous demandons de bien vouloir vous abstenir de revenir sur le lieu de travail avant que votre départ n'ait été annoncé au personnel et que vous n'ayez remis à votre supérieure immédiate, M^{me} Laundry, vos clés et votre carte d'identité ainsi que tout autre bien de l'employeur en votre possession . . .

[8] Le 3 février 2005, un décret du lieutenant-gouverneur en conseil a destitué l'appelant de ses charges créées par la loi.

[9] The appellant commenced the grievance process under s. 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 (“*PSLRA*”; see Appendix), by letter to the Deputy Minister on September 1, 2004. That provision grants non-unionized employees of the provincial public service the right to file a grievance with respect to a “discharge, suspension or a financial penalty” (s. 100.1(2)). The appellant asserted several grounds of complaint in his grievance letter, in particular, that the reasons for the employer’s dissatisfaction were not made known; that he did not receive a reasonable opportunity to respond to the employer’s concerns; that the employer’s actions in terminating him were without notice, due process or procedural fairness; and that the length of the notice period was inadequate. The grievance was denied. The appellant then gave notice that he would refer the grievance to adjudication under the *PSLRA*. The adjudicator was selected by agreement of the parties and appointed by the Labour and Employment Board.

[10] The adjudication hearing was convened and counsel for the appellant produced as evidence a volume of 169 documents. Counsel for the respondent objected to the inclusion of almost half of the documents. The objection was made on the ground that the documents were irrelevant since the appellant’s dismissal was not disciplinary but rather was a termination on reasonable notice. The preliminary issue therefore arose of whether, where dismissal was with notice or pay in lieu thereof, the adjudicator was authorized to assess the reasons underlying the province’s decision to terminate. Following his preliminary ruling on that issue, the adjudicator heard and decided the merits of the grievance.

B. *Decisions of the Adjudicator*

(1) Preliminary Ruling (January 10, 2005)

[11] The adjudicator began his preliminary ruling by considering s. 97(2.1) of the *PSLRA*. He reasoned that because the appellant was not included in a bargaining unit and there was no collective agreement or arbitral award, the section ought to be

[9] Dans une lettre au sous-ministre datée du 1^{er} septembre 2004, l’appelant s’est prévalu de l’art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 (« *LRTSP* »; voir l’annexe), qui confère à l’employé non syndiqué d’un service public provincial le droit de présenter un grief à l’égard « du congédiement, de la suspension ou d’une peine pécuniaire » (par. 100.1(2)). Il invoquait plusieurs raisons à l’appui, notamment que l’employeur n’avait pas précisé ses motifs d’insatisfaction, qu’il ne lui avait pas donné la possibilité raisonnable de répondre aux reproches, que les mesures pour mettre fin à l’emploi avaient été prises sans préavis, sans application régulière de la loi et au mépris de l’équité procédurale et que l’indemnité versée était insuffisante. Le grief a été rejeté. L’appelant a alors donné avis qu’il demandait le renvoi à l’arbitrage sous le régime de la *LRTSP*. L’arbitre a été choisi de concert par les parties, puis nommé par la Commission du travail et de l’emploi.

[10] À l’audience d’arbitrage, l’avocat de l’appelant a déposé en preuve un classeur renfermant 169 documents. L’avocat de l’intimée a contesté la mise en preuve de près de la moitié d’entre eux, soutenant qu’ils n’étaient pas pertinents puisqu’il n’y avait pas eu congédiement de nature disciplinaire, mais cessation d’emploi avec préavis raisonnable. S’est alors posé la question préalable de savoir si, dans le cas d’un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, l’arbitre était autorisé à déterminer les raisons de la décision de la province de mettre fin à l’emploi. Après avoir tranché la question, l’arbitre a entendu le grief et statué au fond.

B. *Les décisions de l’arbitre*

(1) La décision sur la question préalable (10 janvier 2005)

[11] L’arbitre a entrepris l’examen de la question préalable en se penchant sur le libellé du par. 97(2.1) de la *LRTSP*. Étant donné que l’appelant n’appartenait pas à une unité de négociation et n’était pas visé par une convention collective ou

interpreted to mean that where an adjudicator determines that an employee has been discharged for cause, the adjudicator may substitute another penalty for the discharge as seems just and reasonable in the circumstances. The adjudicator considered and relied on the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* (1989), 102 N.B.R. (2d) 1.

[12] Turning to s. 100.1 of the *PSLRA*, he noted the referential incorporation of s. 97 in s. 100.1(5). He stated that such incorporation “necessarily means that an adjudicator has jurisdiction to make the determination described in s. 97(2.1), i.e. that an employee has been discharged or otherwise disciplined for cause” (p. 5). The adjudicator noted that an employee to whom s. 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1 (see Appendix), applies may be discharged for cause, with reasonable notice or with pay in lieu of reasonable notice. He concluded by holding that an employer cannot avoid an inquiry into its real reasons for dismissing an employee by stating that cause is not alleged. Rather, a grieving employee is entitled to an adjudication as to whether a discharge purportedly with notice or pay in lieu thereof was in fact for cause. He therefore held that he had jurisdiction to make such a determination.

(2) Ruling on the Merits (February 16, 2005)

[13] In his decision on the merits, released shortly thereafter, the adjudicator found that the termination letter of August 19 effected termination with pay in lieu of notice. The employer did not allege cause. Inquiring into the reasons for dismissal the adjudicator was satisfied that, on his view of the evidence, the termination was not disciplinary. Rather, the decision to terminate was based on the employer’s concerns about the appellant’s work performance and his suitability for the positions he held.

[14] The adjudicator then considered the appellant’s claim that he was dismissed without procedural fairness in that the employer did not inform him of the reasons for its dissatisfaction and did not give him an opportunity to respond. The adjudicator

une sentence arbitrale, il a conclu que cette disposition devait être interprétée comme l’autorisant, s’il estimait que l’employé avait été congédié pour motif, à substituer au congédiement la peine qui lui paraissait juste et raisonnable dans les circonstances. Il s’est fondé sur l’arrêt *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills* (1989), 102 R.N.-B. (2^e) 1, de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick.

[12] En ce qui concerne l’art. 100.1 de la *LRTSP*, comme le par. 100.1(5) incorporait l’art. 97 par renvoi, il a estimé [TRADUCTION] « que l’arbitre a nécessairement compétence pour décider, suivant le par. 97(2.1), qu’un employé a été congédié ou qu’une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui “pour motif” » (p. 5). Il a fait observer que l’employé visé à l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1 (voir l’annexe), pouvait être congédié pour motif avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu, pour conclure que l’employeur ne pouvait se soustraire à l’examen des véritables raisons du congédiement en s’abstenant d’invoquer un motif. L’employé qui présentait un grief avait droit selon lui à une décision quant à savoir si son congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constituait en fait un congédiement pour motif. L’arbitre a donc conclu qu’il avait compétence pour rendre pareille décision.

(2) La décision au fond (16 février 2005)

[13] Dans la décision au fond rendue peu après, l’arbitre a statué que l’avis de cessation d’emploi du 19 août opérait un congédiement avec indemnité tenant lieu de préavis. L’employeur n’invoquait aucun motif. S’interrogeant sur les raisons du congédiement, l’arbitre s’est dit convaincu au vu de la preuve que la cessation d’emploi n’était pas de nature disciplinaire, mais découlait plutôt des préoccupations de l’employeur concernant le rendement de l’appelant et son aptitude à s’acquitter de ses fonctions.

[14] L’arbitre s’est ensuite penché sur l’allégation selon laquelle l’employeur avait manqué à son obligation d’équité procédurale en omettant de communiquer à l’appelant les raisons de son insatisfaction et de lui donner la possibilité d’y répondre. Il

placed some responsibility on the employer for cancelling the performance review scheduled for August 19. He also opined that the employer was not so much dissatisfied with the appellant's quality of work as with his lack of organization.

[15] The adjudicator's decision relied on *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, for the relevant legal principles regarding the right of "at pleasure" office holders to procedural fairness. As the appellant's employment was "hybrid in character" (para. 53) — he was both a Legal Officer under the *Civil Service Act* and, as Clerk, an office holder "at pleasure" — the adjudicator held that the appellant was entitled to procedural fairness in the employer's decision to terminate his employment. He declared that the termination was void *ab initio* and ordered the appellant reinstated as of August 19, 2004, the date of dismissal.

[16] The adjudicator added that in the event that his reinstatement order was quashed on judicial review, he would find the appropriate notice period to be eight months.

C. *Judicial History*

- (1) Court of Queen's Bench of New Brunswick (2005), 293 N.B.R. (2d) 5, 2005 NBQB 270

[17] The Province of New Brunswick applied for judicial review of the adjudicator's decision on numerous grounds. In particular, it argued that the adjudicator had exceeded his jurisdiction in his preliminary ruling by holding that he was authorized to determine whether the termination was in fact for cause. The Province further argued that the adjudicator had acted incorrectly or unreasonably in deciding the procedural fairness issue. The application was heard by Rideout J.

[18] The reviewing judge applied a pragmatic and functional analysis, considering the presence of a full privative clause in the *PSLRA*, the

a attribué une certaine responsabilité à l'employeur pour l'annulation de l'évaluation du rendement censée avoir lieu le 19 août. Il a aussi estimé que ce n'était pas tant la qualité du travail de l'appelant que son manque d'organisation qui était à l'origine de l'insatisfaction de l'employeur.

[15] Pour ce qui est des principes juridiques permettant de statuer sur le droit à l'équité procédurale d'un titulaire de charge « à titre amovible », l'arbitre s'est reporté à l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653. Vu la nature [TRADUCTION] « hybride » de l'emploi (par. 53) — conseiller juridique soumis à la *Loi sur la Fonction publique* et greffier nommé à titre amovible —, il a conclu que la décision de l'employeur de mettre fin à l'emploi de l'appelant devait respecter l'équité procédurale. Il a déclaré nulle *ab initio* la cessation d'emploi et ordonné la réintégration de l'appelant dans ses fonctions à compter du 19 août 2004, date du congédiement.

[16] Pour le cas où son ordonnance de réintégration serait annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, il a ajouté qu'un préavis de huit mois lui paraissait indiqué.

C. *Historique des procédures judiciaires*

- (1) Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (2005), 293 R.N.-B. (2^e) 5, 2005 NBBR 270

[17] La province du Nouveau-Brunswick a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre. Elle a invoqué de nombreux motifs, dont le suivant : dans sa décision sur la question préalable, l'arbitre avait outrepassé sa compétence en s'estimant fondé à déterminer si le congédiement était en fait un congédiement pour motif. La province a également prétendu que l'arbitre avait adopté une démarche incorrecte ou déraisonnable pour statuer sur l'équité procédurale. Le juge Rideout a entendu la demande.

[18] Recourant à l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le juge a pris en compte la clause privative absolue de la *LRTSP*, l'expertise relative de

relative expertise of adjudicators appointed under the *PSLRA*, the purposes of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* as well as s. 20 of the *Civil Service Act*, and the nature of the question as one of statutory interpretation. He concluded that the correctness standard of review applied and that the court need not show curial deference to the decision of an adjudicator regarding the interpretation of those statutory provisions.

[19] Regarding the preliminary ruling, the reviewing judge noted that the appellant was employed “at pleasure” and fell under s. 20 of the *Civil Service Act*. In his view, the adjudicator had overlooked the effects of s. 20 and had mistakenly given ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* a substantive, rather than procedural, interpretation. Those sections are procedural in nature. They provide an employee with a right to grieve his or her dismissal and set out the steps that must be followed to pursue a grievance. The adjudicator is bound to apply the contractual provisions as they exist and has no authority to change those provisions. Thus, in cases in which s. 20 of the *Civil Service Act* applies, the adjudicator must apply the ordinary rules of contract. The reviewing judge held that the adjudicator had erred in removing the words “and the collective agreement or arbitral award does not contain a specific penalty for the infraction that resulted in the employee being discharged or otherwise disciplined” from s. 97(2.1). Those words limit s. 97(2.1) to employees who are not employed “at pleasure”. In the view of the reviewing judge, the adjudicator did not have jurisdiction to inquire into the reasons for the termination. His authority was limited to determining whether the notice period was reasonable. Having found that the adjudicator had exceeded his jurisdiction, the reviewing judge quashed his preliminary ruling.

[20] With respect to the adjudicator’s award on the merits, the reviewing judge commented that some aspects of the decision are factual in nature and should be reviewed on a patent unreasonableness standard, while other aspects involve questions

l’arbitre nommé sous son régime, l’objet de son par. 97(2.1) et de son art. 100.1 ainsi que de l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, et la nature de la question en litige — s’agissait-il d’interpréter une disposition législative? Il a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte et que l’interprétation de ces dispositions législatives par l’arbitre ne commandait pas la déférence judiciaire.

[19] Au sujet de la question préalable, le juge de révision a signalé que l’appelant avait occupé une charge « à titre amovible » et qu’il était régi par l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*. Selon lui, l’arbitre n’avait pas tenu compte de la portée de cette disposition et avait considéré à tort le par. 97(2.1) et l’art. 100.1 de la *LRTSP* comme des dispositions substantielles plutôt que procédurales. Ces dispositions confèrent à l’employé le droit de présenter un grief à l’égard de son congédiement et établissent les étapes à suivre pour le faire. L’arbitre a l’obligation d’appliquer une clause contractuelle telle qu’elle est stipulée et ne possède pas le pouvoir de la modifier. Par conséquent, dans une affaire relevant de l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, il doit appliquer les règles contractuelles ordinaires. Le juge de révision a estimé que l’arbitre avait eu tort de faire abstraction des mots « et que la convention collective ou la sentence arbitrale ne contient pas une peine spécifique pour l’infraction en raison de laquelle l’employé a été congédié ou s’est vu imposer autrement une mesure disciplinaire » employés au par. 97(2.1). Suivant ce libellé, la disposition ne s’applique qu’aux employés n’occupant pas une charge « à titre amovible ». Selon le juge de révision, l’arbitre n’avait pas compétence pour s’enquérir des motifs de la cessation d’emploi. Il pouvait seulement se prononcer sur le caractère raisonnable du préavis. Après avoir conclu que l’arbitre avait outrepassé sa compétence, le juge de révision a annulé sa décision sur la question préalable.

[20] En ce qui a trait à la sentence arbitrale sur le fond, le juge de révision a indiqué que certains de ses éléments touchaient aux faits et commandaient l’application de la norme de la décision manifestement déraisonnable, mais que d’autres portaient

of mixed fact and law which are subject to a reasonableness *simpliciter* standard. The reviewing judge agreed with the Province that the adjudicator's reasons do not stand up to a "somewhat probing examination" (para. 76). The reviewing judge held that the adjudicator's award of reinstatement could not stand as he was not empowered by the *PSLRA* to make Lieutenant-Governor in Council appointments. In addition, by concluding that the decision was void *ab initio* owing to a lack of procedural fairness, the adjudicator failed to consider the doctrine of adequate alternative remedy. The appellant received procedural fairness by virtue of the grievance hearing before the adjudicator. The adjudicator had provisionally increased the notice period to eight months — that provided an adequate alternative remedy. Concluding that the adjudicator's decision did not stand up to review on a reasonableness *simpliciter* standard, the reviewing judge quashed the reinstatement order but upheld the adjudicator's provisional award of eight months' notice.

(2) Court of Appeal of New Brunswick (2006), 297 N.B.R. (2d) 151, 2006 NBCA 27

[21] The appellant appealed the decision of the reviewing judge. The Court of Appeal, Robertson J.A. writing, held that the proper standard with respect to the interpretation of the adjudicator's authority under the *PSLRA* was reasonableness *simpliciter* and that the reviewing judge had erred in adopting the correctness standard. The court reached that conclusion by proceeding through a pragmatic and functional analysis, placing particular emphasis on the presence of a full privative clause in the *PSLRA* and the relative expertise of an adjudicator in the labour relations and employment context. The court also relied on the decision of this Court in *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28. However, the court noted that the adjudicator's interpretation of the *Mills* decision warranted no deference and that "correctness is the proper review standard when it comes to the interpretation and application of caselaw" (para. 17).

à la fois sur les faits et le droit, de sorte qu'il fallait appliquer la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Il a convenu avec la province que les motifs de l'arbitre ne résistaient pas à « un examen assez poussé » (par. 76) et statué que l'arbitre ne pouvait ordonner la réintégration car la *LRTSP* ne l'autorisait pas à effectuer une nomination relevant du lieutenant-gouverneur en conseil. En outre, en concluant que le non-respect de l'équité procédurale rendait la décision nulle *ab initio*, l'arbitre avait omis de tenir compte de l'existence d'un autre recours approprié. L'appellant avait bénéficié de l'équité procédurale du fait de l'audition de son grief par l'arbitre, lequel avait subsidiairement porté le préavis à huit mois, d'où l'existence d'un autre recours approprié. Le juge de révision a conclu que la décision de l'arbitre ne satisfaisait pas à la norme de la raisonabilité *simpliciter*, de sorte qu'il a annulé l'ordonnance de réintégration, mais confirmé la décision subsidiaire portant à huit mois le préavis requis.

(2) Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2006), 297 R.N.-B. (2^e) 151, 2006 NBCA 27

[21] L'appellant a interjeté appel de la décision du juge de révision. Par la voix du juge Robertson, la Cour d'appel a statué que la norme applicable à l'interprétation des pouvoirs conférés à l'arbitre par la *LRTSP* était celle de la raisonabilité *simpliciter* et que le juge de révision avait eu tort d'appliquer celle de la décision correcte. Elle a conclu ainsi à l'issue d'une analyse pragmatique et fonctionnelle axée sur la clause privative absolue de la *LRTSP* et l'expertise relative de l'arbitre dans le domaine des relations de travail et de l'emploi. Elle s'est également appuyée sur notre arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28. Toutefois, elle a indiqué que l'interprétation de l'arrêt *Mills* par l'arbitre n'appellait pas la déférence et que « la norme de la décision correcte est la norme de contrôle applicable lorsqu'il s'agit de l'interprétation et de l'application de la jurisprudence » (par. 17).

[22] Applying the reasonableness *simpliciter* standard, the court held that the adjudicator's decision was unreasonable. Robertson J.A. began by considering s. 20 of the *Civil Service Act* and noted that under the ordinary rules of contract, an employer holds the right to dismiss an employee with cause or with reasonable notice or with pay in lieu of notice. Section 20 of the *Civil Service Act* limits the Crown's common law right to dismiss its employees without cause or notice. Robertson J.A. reasoned that s. 97(2.1) of the *PSLRA* applies in principle to non-unionized employees, but that it is only where an employee has been discharged or disciplined *for cause* that an adjudicator may substitute such other penalty as seems just and reasonable in the circumstances. Where the employer elects to dismiss with notice or pay in lieu of notice, however, s. 97(2.1) does not apply. In such circumstances, the employee may only grieve the length of the notice period. The only exception is where the employee alleges that the decision to terminate was based on a prohibited ground of discrimination.

[23] On the issue of procedural fairness, the court found that the appellant exercised his right to grieve, and thus a finding that the duty of fairness had been breached was without legal foundation. The court dismissed the appeal.

II. Issues

[24] At issue, firstly is the approach to be taken in the judicial review of a decision of a particular adjudicative tribunal which was seized of a grievance filed by the appellant after his employment was terminated. This appeal gives us the opportunity to re-examine the foundations of judicial review and the standards of review applicable in various situations.

[25] The second issue involves examining whether the appellant who held an office "at pleasure" in the civil service of New Brunswick, had the right to procedural fairness in the employer's decision to terminate him. On this occasion, we will reassess the rule that has found formal expression in *Knight*.

[22] La Cour d'appel a conclu au regard de la norme de la raisonabilité *simpliciter* que la décision de l'arbitre était déraisonnable. Le juge Robertson a d'abord examiné l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* et relevé que suivant les règles contractuelles ordinaires, l'employeur pouvait congédier un employé soit pour motif, soit avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu. Cet article limite la faculté que le droit commun confère à l'État de congédier ses employés sans motif ni préavis. Le juge Robertson a estimé que le par. 97(2.1) de la *LRTSP* s'applique en principe aux employés non syndiqués, mais que l'arbitre ne peut substituer une autre peine lui semblant juste et raisonnable dans les circonstances que lorsque l'employé a été congédié ou a fait l'objet d'une mesure disciplinaire *pour motif*. Toutefois, lorsque l'employeur opte pour le congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, le par. 97(2.1) ne s'applique pas. Le seul recours dont dispose alors l'employé consiste à contester le préavis par voie de grief, sauf — et c'est la seule exception — lorsqu'il allègue que le congédiement est fondé sur un motif de discrimination illicite.

[23] Au chapitre de l'équité procédurale, la Cour d'appel a jugé que l'appellant avait exercé son droit de présenter un grief et qu'il n'y avait donc pas eu manquement à l'obligation d'équité procédurale. L'appel a été rejeté.

II. Les questions en litige

[24] La Cour doit d'abord déterminer quelle démarche s'imposait pour le contrôle judiciaire de la décision rendue par l'arbitre saisi du grief présenté par l'appellant après son licenciement. Le présent pourvoi lui donne l'occasion de revoir les fondements du contrôle judiciaire et les normes applicables dans différentes situations.

[25] Elle doit en second lieu se demander si l'appellant, qui était titulaire d'une charge à titre amovible dans la fonction publique du Nouveau-Brunswick, avait droit à ce que son employeur fasse preuve d'équité procédurale en prenant la décision de mettre fin à son emploi. À cet égard, nous réévaluerons la règle formulée dans l'arrêt *Knight*.

[26] The two types of judicial review, on the merits and on the process, are therefore engaged in this case. Our review of the system will therefore be comprehensive, which is preferable since a holistic approach is needed when considering fundamental principles.

III. Issue 1: Review of the Adjudicator's Statutory Interpretation Determination

A. *Judicial Review*

[27] As a matter of constitutional law, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law. It is essentially that constitutional foundation which explains the purpose of judicial review and guides its function and operation. Judicial review seeks to address an underlying tension between the rule of law and the foundational democratic principle, which finds an expression in the initiatives of Parliament and legislatures to create various administrative bodies and endow them with broad powers. Courts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures.

[28] By virtue of the rule of law principle, all exercises of public authority must find their source in law. All decision-making powers have legal limits, derived from the enabling statute itself, the common or civil law or the Constitution. Judicial review is the means by which the courts supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority. The function of judicial review is therefore to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes.

[29] Administrative powers are exercised by decision makers according to statutory regimes that are themselves confined. A decision maker may not exercise authority not specifically assigned to him or her. By acting in the absence of legal authority,

[26] Le présent pourvoi met donc en jeu les deux types de contrôle judiciaire, l'un sur le fond, l'autre sur le plan de la procédure. Notre révision portera donc sur le mécanisme dans son ensemble, ce qui est préférable, car l'examen de principes fondamentaux commande une démarche globale.

III. Premier volet : Contrôle de l'interprétation de la loi par l'arbitre

A. *Le contrôle judiciaire*

[27] Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur.

[28] La primauté du droit veut que tout exercice de l'autorité publique procède de la loi. Tout pouvoir décisionnel est légalement circonscrit par la loi habilitante, la common law, le droit civil ou la Constitution. Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s'assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue.

[29] Les décideurs administratifs exercent leurs pouvoirs dans le cadre de régimes législatifs qui sont eux-mêmes délimités. Ils ne peuvent exercer de pouvoirs qui ne leur sont pas expressément conférés. S'ils agissent sans autorisation légale,

the decision maker transgresses the principle of the rule of law. Thus, when a reviewing court considers the scope of a decision-making power or the jurisdiction conferred by a statute, the standard of review analysis strives to determine what authority was intended to be given to the body in relation to the subject matter. This is done within the context of the courts' constitutional duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at p. 234; also *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 21.

[30] In addition to the role judicial review plays in upholding the rule of law, it also performs an important constitutional function in maintaining legislative supremacy. As noted by Justice Thomas Cromwell, "the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal's authority; second, legislative supremacy is affirmed by adopting the principle that the concept of jurisdiction should be narrowly circumscribed and defined according to the intent of the legislature in a contextual and purposeful way; third, legislative supremacy is affirmed and the court-centric conception of the rule of law is reined in by acknowledging that the courts do not have a monopoly on deciding all questions of law" ("Appellate Review: Policy and Pragmatism", in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*, V-1, at p. V-12). In essence, the rule of law is maintained because the courts have the last word on jurisdiction, and legislative supremacy is assured because determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent.

[31] The legislative branch of government cannot remove the judiciary's power to review actions and decisions of administrative bodies for compliance with the constitutional capacities of the government. Even a privative clause, which provides a strong indication of legislative intent, cannot be determinative in this respect (*Executors of the Woodward Estate v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120, at

ils portent atteinte au principe de la primauté du droit. C'est pourquoi lorsque la cour de révision se penche sur l'étendue d'un pouvoir décisionnel ou de la compétence accordée par la loi, l'analyse relative à la norme de contrôle vise à déterminer quel pouvoir le législateur a voulu donner à l'organisme en la matière. Elle le fait dans le contexte de son obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l'action administrative : *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234; également, *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21.

[30] Non seulement le contrôle judiciaire contribue au respect de la primauté du droit, mais il joue un rôle constitutionnel important en assurant la suprématie législative. Comme l'a fait observer le juge Thomas Cromwell, [TRADUCTION] « la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d'une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l'étendue de la compétence d'un tribunal administratif, par l'application du principe selon lequel il convient de bien délimiter la compétence et de bien la définir, en fonction de l'intention du législateur, d'une manière à la fois contextuelle et téléologique, ainsi que par la reconnaissance du fait que les cours de justice n'ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions de droit, ce qui tempère la conception judiciairisée de la primauté du droit » (« Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12). Essentiellement, la primauté du droit est assurée par le dernier mot qu'ont les cours de justice en matière de compétence, et la suprématie législative, par la détermination de la norme de contrôle applicable en fonction de l'intention du législateur.

[31] L'organe législatif du gouvernement ne peut supprimer le pouvoir judiciaire de s'assurer que les actes et les décisions d'un organisme administratif sont conformes aux pouvoirs constitutionnels du gouvernement. Même si elle est révélatrice de l'intention du législateur, la clause privative ne saurait être décisive à cet égard (*Succession Woodward c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120, p. 127).

p. 127). The inherent power of superior courts to review administrative action and ensure that it does not exceed its jurisdiction stems from the judicature provisions in ss. 96 to 101 of the *Constitution Act, 1867*: *Crevier*. As noted by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1090, “[t]he role of the superior courts in maintaining the rule of law is so important that it is given constitutional protection”. In short, judicial review is constitutionally guaranteed in Canada, particularly with regard to the definition and enforcement of jurisdictional limits. As Laskin C.J. explained in *Crevier*:

Where . . . questions of law have been specifically covered in a privative enactment, this Court, as in *Farrah*, has not hesitated to recognize this limitation on judicial review as serving the interests of an express legislative policy to protect decisions of adjudicative agencies from external correction. Thus, it has, in my opinion, balanced the competing interests of a provincial Legislature in its enactment of substantively valid legislation and of the courts as ultimate interpreters of the *British North America Act* and s. 96 thereof. The same considerations do not, however, apply to issues of jurisdiction which are not far removed from issues of constitutionality. It cannot be left to a provincial statutory tribunal, in the face of s. 96, to determine the limits of its own jurisdiction without appeal or review. [pp. 237-38]

See also D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 50.

[32] Despite the clear, stable constitutional foundations of the system of judicial review, the operation of judicial review in Canada has been in a constant state of evolution over the years, as courts have attempted to devise approaches to judicial review that are both theoretically sound and effective in practice. Despite efforts to refine and clarify it, the present system has proven to be difficult to implement. The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable.

Le pouvoir inhérent d'une cour supérieure de contrôler les actes de l'Administration et de s'assurer que celle-ci n'outrepasse pas les limites de sa compétence tire sa source des art. 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur la magistrature : arrêt *Crevier*. Comme l'a dit le juge Beetz dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1090, « [l]e rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité est si important qu'il bénéficie d'une protection constitutionnelle ». En résumé, le contrôle judiciaire bénéficie de la protection constitutionnelle au Canada, surtout lorsqu'il s'agit de définir les limites de la compétence et de les faire respecter. Le juge en chef Laskin l'a expliqué dans l'arrêt *Crevier* :

[Q]uand la disposition privative englobe spécifiquement les questions de droit, cette Cour n'a pas hésité, comme dans l'arrêt *Farrah*, à reconnaître que cette limitation du contrôle judiciaire favorise une politique législative explicite qui veut protéger les décisions des organismes judiciaires contre la rectification externe. La Cour a ainsi, à mon avis, maintenu l'équilibre entre les objectifs contradictoires du législateur provincial de voir confirmer la validité quant au fond des lois qu'il a adoptées et ceux des tribunaux d'être les interprètes en dernier ressort de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et de son art. 96. Les mêmes considérations ne s'appliquent cependant pas aux questions de compétence qui ne sont pas très éloignées des questions de constitutionnalité. Il ne peut être accordé à un tribunal créé par une loi provinciale, à cause de l'art. 96, de définir les limites de sa propre compétence sans appel ni révision. [p. 237-238]

Voir aussi D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 50.

[32] Ses assises constitutionnelles claires et stables n'ont pas empêché le contrôle judiciaire de connaître une évolution constante au Canada, les cours de justice s'efforçant au fil des ans de concevoir une démarche tout autant valable sur le plan théorique qu'efficace en pratique. Malgré les efforts pour l'améliorer et le clarifier, le mécanisme actuel s'est révélé difficile à appliquer. Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d'établir un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel.

[33] Although the instant appeal deals with the particular problem of judicial review of the decisions of an adjudicative tribunal, these reasons will address first and foremost the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole. In the wake of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, and *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, it has become apparent that the present system must be simplified. The comments of LeBel J. in *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86, at paras. 190 and 195, questioning the applicability of the “pragmatic and functional approach” to the decisions and actions of all kinds of administrative actors, illustrated the need for change.

B. *Reconsidering the Standards of Judicial Review*

[34] The current approach to judicial review involves three standards of review, which range from correctness, where no deference is shown, to patent unreasonableness, which is most deferential to the decision maker, the standard of reasonableness *simpliciter* lying, theoretically, in the middle. In our view, it is necessary to reconsider both the number and definitions of the various standards of review, and the analytical process employed to determine which standard applies in a given situation. We conclude that there ought to be two standards of review — correctness and reasonableness.

[35] The existing system of judicial review has its roots in several landmark decisions beginning in the late 1970s in which this Court developed the theory of substantive review to be applied to determinations of law, and determinations of fact and of mixed law and fact made by administrative tribunals. In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979]

[33] Même si le présent pourvoi porte plus particulièrement sur le contrôle judiciaire d'une décision arbitrale, dans les présents motifs, la Cour se penche avant tout sur l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble. À la suite des arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, et *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, il est devenu apparent que le mécanisme actuel devait être simplifié. Les observations du juge LeBel dans l'arrêt *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86, par. 190 et 195, mettant en doute l'applicabilité de l'« approche pragmatique et fonctionnelle » aux décisions et aux mesures de tous les genres d'organisme administratif, font ressortir la nécessité d'une réévaluation.

B. *Repenser les normes de contrôle judiciaire*

[34] À l'heure actuelle, le contrôle judiciaire s'effectue en fonction de trois normes : celle de la décision correcte, qui n'appelle aucune déférence, celle du caractère manifestement déraisonnable, qui commande la plus grande déférence, et celle du caractère raisonnable *simpliciter*, qui se situe théoriquement à mi-chemin entre les deux. Il s'impose, selon nous, de repenser tant le nombre que la teneur des normes de contrôle, ainsi que la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable. Nous sommes d'avis qu'il ne devrait y avoir que deux normes de contrôle, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable.

[35] Le mécanisme actuel de contrôle judiciaire est issu d'arrêts de principe rendus à partir de la fin des années 1970. La Cour y a élaboré la théorie de l'examen approfondi des conclusions de droit, de fait ou mixtes de droit et de fait tirées par les tribunaux administratifs. Dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979]

2 S.C.R. 227 (“*CUPE*”), Dickson J. introduced the idea that, depending on the legal and administrative contexts, a specialized administrative tribunal with particular expertise, which has been given the protection of a privative clause, if acting within its jurisdiction, could provide an interpretation of its enabling legislation that would be allowed to stand unless “so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review” (p. 237). Prior to *CUPE*, judicial review followed the “preliminary question doctrine”, which inquired into whether a tribunal had erred in determining the scope of its jurisdiction. By simply branding an issue as “jurisdictional”, courts could replace a decision of the tribunal with one they preferred, often at the expense of a legislative intention that the matter lie in the hands of the administrative tribunal. *CUPE* marked a significant turning point in the approach of courts to judicial review, most notably in Dickson J.’s warning that courts “should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so” (p. 233). Dickson J.’s policy of judicial respect for administrative decision making marked the beginning of the modern era of Canadian administrative law.

[36] *CUPE* did not do away with correctness review altogether and in *Bibeault*, the Court affirmed that there are still questions on which a tribunal must be correct. As Beetz J. explained, “the jurisdiction conferred on administrative tribunals and other bodies created by statute is limited, and . . . such a tribunal cannot by a misinterpretation of an enactment assume a power not given to it by the legislator” (p. 1086). *Bibeault* introduced the concept of a “pragmatic and functional analysis” to determine the jurisdiction of a tribunal, abandoning the “preliminary question” theory. In arriving at the appropriate standard of review, courts were to consider a number of factors including the wording of the provision conferring jurisdiction on the tribunal, the purpose of the enabling statute, the reason for the existence of the tribunal, the expertise of its

2 R.C.S. 227 (« *SCFP* »), le juge Dickson a lancé l’idée que, selon les contextes juridiques et administratifs, le tribunal administratif spécialisé jouissant d’une expertise particulière et bénéficiant de la protection d’une clause privative pouvait, s’il n’outrepassait pas sa compétence, proposer une interprétation de sa loi habilitante qui serait jugée valable à moins qu’elle ne soit « déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente et d’exiger une intervention judiciaire » (p. 237). Avant cet arrêt, la « doctrine de la condition préalable » était appliquée en matière de contrôle judiciaire et s’attachait au bien-fondé de la décision du tribunal administratif concernant l’étendue de sa compétence. La cour de révision pouvait alors substituer à la décision de l’organisme celle qu’elle jugeait préférable, sous prétexte que la question soulevée avait trait à la « compétence », faisant souvent fi de l’intention du législateur de s’en remettre au tribunal administratif. L’arrêt *SCFP*, et surtout la mise en garde du juge Dickson invitant les tribunaux judiciaires à « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233), a constitué un point tournant dans la conception du contrôle judiciaire. Le respect du processus décisionnel administratif préconisé par le juge Dickson a marqué le début de l’ère moderne du droit administratif canadien.

[36] Cependant, l’arrêt *SCFP* n’a pas totalement écarté l’examen suivant la norme de la décision correcte; dans l’arrêt *Bibeault*, la Cour a rappelé qu’il demeurerait des questions qu’un tribunal administratif devait trancher correctement. Comme l’a expliqué le juge Beetz, « la compétence conférée aux tribunaux administratifs et à d’autres organismes créés par la loi [est] limitée, et [. . .] un tel tribunal ne [peut], par une interprétation erronée d’une disposition de loi, s’arroger un pouvoir que le législateur ne lui a pas donné » (p. 1086). L’arrêt *Bibeault* a introduit la notion d’« analyse pragmatique et fonctionnelle » pour déterminer la compétence d’un tribunal administratif et marqué l’abandon de la théorie « de la condition préalable ». Pour arriver à la bonne norme de contrôle, les cours de justice devaient tenir compte de divers éléments,

members, and the nature of the problem (p. 1088). The new approach would put “renewed emphasis on the superintending and reforming function of the superior courts” (p. 1090). The “pragmatic and functional analysis”, as it came to be known, was later expanded to determine the appropriate degree of deference in respect of various forms of administrative decision making.

[37] In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, a third standard of review was introduced into Canadian administrative law. The legislative context of that case, which provided a statutory right of appeal from the decision of a specialized tribunal, suggested that none of the existing standards was entirely satisfactory. As a result, the reasonableness *simpliciter* standard was introduced. It asks whether the tribunal’s decision was reasonable. If so, the decision should stand; if not, it must fall. In *Southam*, Iacobucci J. described an unreasonable decision as one that “is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination” (para. 56) and explained that the difference between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* is the “immediacy” or “obviousness” of the defect in the tribunal’s decision (para. 57). The defect will appear on the face of a patently unreasonable decision, but where the decision is merely unreasonable, it will take a searching review to find the defect.

[38] The three standards of review have since remained in Canadian administrative law, the approach to determining the appropriate standard of review having been refined in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.

[39] The operation of three standards of review has not been without practical and theoretical difficulties, neither has it been free of criticism. One major problem lies in distinguishing between the

dont le libellé de la disposition conférant la compétence, l’objet de la loi habilitante, la raison d’être du tribunal administratif, l’expertise de ses membres et la nature du problème (p. 1088). La nouvelle approche mettait « de nouveau l’accent sur le rôle de contrôle et de surveillance joué par les cours supérieures » (p. 1090). L’analyse pragmatique et fonctionnelle » a vu sa portée s’accroître ensuite pour englober la détermination du degré de déférence que commandaient les différents types de décision administrative.

[37] Dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, la Cour a introduit une troisième norme de contrôle dans le droit administratif canadien. Dans cette affaire, le contexte législatif — existence d’un droit d’appel de la décision d’un tribunal spécialisé —, donnait à penser qu’aucune des normes existantes ne convenait parfaitement. D’où l’adoption de la norme du caractère raisonnable *simpliciter*, qui consiste à déterminer si la décision est raisonnable. Dans l’affirmative, la décision demeure, dans la négative, elle est annulée. Dans l’arrêt *Southam*, le juge Iacobucci a écrit au sujet de la décision déraisonnable qu’elle « n’est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé » (par. 56). Il a expliqué que la différence entre la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter* réside dans le « caractère flagrant ou évident » du défaut entachant la décision du tribunal administratif (par. 57). Dans le cas d’une décision manifestement déraisonnable, le défaut est manifeste, alors que dans celui d’une décision seulement déraisonnable, il faut un examen approfondi pour le déceler.

[38] Les trois normes de contrôle font partie du droit administratif canadien depuis lors, et le mode de détermination de la norme applicable a été précisé dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

[39] L’application de trois normes de contrôle n’a pas manqué de poser des difficultés d’ordre pratique et théorique, et aucune n’a échappé à la critique. Il est particulièrement difficile de distinguer la

patent unreasonableness standard and the reasonableness *simpliciter* standard. The difficulty in distinguishing between those standards contributes to the problem of choosing the right standard of review. An even greater problem lies in the application of the patent unreasonableness standard, which at times seems to require parties to accept an unreasonable decision.

[40] The definitions of the patent unreasonableness standard that arise from the case law tend to focus on the magnitude of the defect and on the immediacy of the defect (see *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, at para. 78, *per* LeBel J.). Those two hallmarks of review under the patent unreasonableness standard have been used consistently in the jurisprudence to distinguish it from review under the standard of reasonableness *simpliciter*. As it had become clear that, after *Southam*, lower courts were struggling with the conceptual distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, Iacobucci J., writing for the Court in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, attempted to bring some clarity to the issue. He explained the different operations of the two deferential standards as follows, at paras. 52-53:

[A] patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. A patently unreasonable decision has been described as “clearly irrational” or “evidently not in accordance with reason” A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.

A decision may be unreasonable without being patently unreasonable when the defect in the decision is less obvious and might only be discovered after “significant searching or testing” (*Southam, supra*, at para. 57). Explaining the defect may require a detailed exposition to show that there are no lines of reasoning supporting the decision which could reasonably lead that tribunal to reach the decision it did.

[41] As discussed by LeBel J. at length in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, notwithstanding the increased

norme de la décision manifestement déraisonnable de celle de la décision raisonnable *simpliciter*, ce qui ajoute au problème du choix de la bonne norme. L'application de la norme du caractère manifestement déraisonnable est encore plus problématique en ce qu'elle paraît parfois imposer aux parties une décision déraisonnable.

[40] La définition jurisprudentielle de la décision manifestement déraisonnable met généralement l'accent sur l'importance du défaut et sur son caractère flagrant (voir l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, par. 78, le juge LeBel). Les cours de justice se sont toujours fondées sur ces deux caractéristiques pour la distinguer de la décision raisonnable *simpliciter*. Après l'arrêt *Southam*, il était apparu clairement que la distinction conceptuelle entre les deux normes n'allait pas de soi pour les juridictions inférieures. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, s'exprimant au nom de la Cour, le juge Iacobucci a donc tenté de clarifier la question en précisant le fonctionnement de chacune des deux normes commandant la déférence (par. 52-53) :

[D]ès qu'un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. La décision manifestement déraisonnable a été décrite comme étant « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la raison » [. . .] Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

Une décision peut être déraisonnable sans être manifestement déraisonnable lorsque le défaut dans la décision est moins évident et qu'il ne peut être décelé qu'après « un examen ou . . . une analyse en profondeur » (*Southam, précité*, par. 57). L'explication du défaut peut exiger une explication détaillée pour démontrer qu'aucun des raisonnements avancés pour étayer la décision ne pouvait raisonnablement amener le tribunal à rendre la décision prononcée.

[41] Comme le juge LeBel en fait longuement état dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, malgré

clarity that *Ryan* brought to the issue and the theoretical differences between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, a review of the cases reveals that any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory (see also the comments of Abella J. in *Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15, at paras. 101-3). Indeed, even this Court divided when attempting to determine whether a particular decision was “patently unreasonable”, although this should have been self-evident under the existing test (see *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*). This result is explained by the fact that both standards are based on the idea that there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute and that courts ought not to interfere where the tribunal’s decision is rationally supported. Looking to either the magnitude or the immediacy of the defect in the tribunal’s decision provides no meaningful way in practice of distinguishing between a patently unreasonable and an unreasonable decision. As Mullan has explained:

[T]o maintain a position that it is only the “clearly irrational” that will cross the threshold of patent unreasonableness while irrationality *simpliciter* will not is to make a nonsense of the law. Attaching the adjective “clearly” to irrational is surely a tautology. Like “uniqueness”, irrationality either exists or it does not. There cannot be shades of irrationality.

See D. J. Mullan, “Recent Developments in Standard of Review”, in Canadian Bar Association (Ontario), *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), at p. 25.

[42] Moreover, even if one could conceive of a situation in which a clearly or highly irrational decision were distinguishable from a merely irrational decision, it would be unpalatable to require parties to accept an irrational decision simply because, on a deferential standard, the irrationality of the decision is not clear *enough*. It is also inconsistent with the rule of law to retain an irrational decision. As

les éclaircissements de la Cour dans l’arrêt *Ryan*, notamment au chapitre des différences théoriques entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter*, il appert de la jurisprudence que toute différence réelle sur le plan de l’application se révèle illusoire (voir également les remarques de la juge Abella dans l’arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15, par. 101-103). D’ailleurs, dans l’affaire *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, même les juges de la Cour ont été partagés quant à savoir si la décision en cause était « manifestement déraisonnable », alors que la réponse aurait dû être évidente suivant le test applicable. Le phénomène s’explique par le fait que les deux normes s’appuient sur l’idée qu’une disposition législative peut donner lieu à plus d’une interprétation valable, et un litige, à plus d’une solution, et que la cour de révision doit se garder d’intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel. Dans les faits, ni l’importance du défaut entachant la décision ni son caractère flagrant ne permettent vraiment de distinguer une décision manifestement déraisonnable d’une décision déraisonnable. Comme le précise Mullan :

[TRADUCTION] [S]outenir que seule la décision « clairement irrationnelle » est manifestement déraisonnable, à l’exclusion de celle qui est irrationnelle *simpliciter*, vide de sens la règle de droit. Rattacher l’adverbe « clairement » à l’adjectif « irrationnelle » est certes une tautologie. Tout comme l’« unicité », l’irrationalité est ou n’est pas. Une décision ne peut être un peu irrationnelle.

Voir D. J. Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », dans l’Association du Barreau canadien (Ontario), *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), p. 25.

[42] En outre, même si l’on pouvait concevoir le cas où une décision clairement ou particulièrement irrationnelle se distinguerait d’une décision simplement irrationnelle, il répugnerait à la justice que les parties doivent se soumettre à une décision irrationnelle pour la seule raison que l’irrationalité n’est pas *assez* évidente suivant une norme appelant la déférence. Le maintien d’une décision

LeBel J. explained in his concurring reasons in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 108:

In the end, the essential question remains the same under both standards: was the decision of the adjudicator taken in accordance with reason? Where the answer is no, for instance because the legislation in question cannot rationally support the adjudicator's interpretation, the error will invalidate the decision, regardless of whether the standard applied is reasonableness *simpliciter* or patent unreasonableness

See also *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23, at paras. 40-41, *per* LeBel J.

C. *Two Standards of Review*

[43] The Court has moved from a highly formalistic, artificial "jurisdiction" test that could easily be manipulated, to a highly contextual "functional" test that provides great flexibility but little real on-the-ground guidance, and offers too many standards of review. What is needed is a test that offers guidance, is not formalistic or artificial, and permits review where justice requires it, but not otherwise. A simpler test is needed.

(1) Defining the Concepts of Reasonableness and Correctness

[44] As explained above, the patent unreasonableness standard was developed many years prior to the introduction of the reasonableness *simpliciter* standard in *Southam*. The intermediate standard was developed to respond to what the Court viewed as problems in the operation of judicial review in Canada, particularly the perceived all-or-nothing approach to deference, and in order to create a more finely calibrated system of judicial review (see also L. Sossin and C. M. Flood, "The Contextual Turn: Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law" (2007), 57 *U.T.L.J.* 581). However, the analytical problems that arise in trying to apply the different standards undercut any conceptual usefulness created by the inherently

irrationnelle va aussi à l'encontre de la primauté du droit. Comme l'a expliqué le juge LeBel dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, au par. 108 de ses motifs concordants :

En fin de compte, la question essentielle demeure la même pour les deux normes : la décision du tribunal est-elle conforme à la raison? Si la réponse est négative du fait que, par exemple, les dispositions en cause ne peuvent rationnellement appuyer l'interprétation du tribunal, l'erreur entraîne l'invalidation de la décision, que la norme appliquée soit celle du raisonnable *simpliciter* ou du manifestement déraisonnable

Voir également *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, par. 40-41, le juge LeBel.

C. *Deux normes de contrôle*

[43] La Cour est passée d'un test d'emploi aisé axé sur la « compétence », à la fois artificiel et très formaliste, à un test fortement contextuel axé sur le caractère « fonctionnel », qui offre une grande souplesse, mais peu de repères concrets, et qui emporte l'application d'un trop grand nombre de normes de contrôle. Il nous faut un test qui oriente bien la démarche, qui ne soit ni formaliste ni artificiel, et qui ne permette le contrôle que lorsque la justice l'exige. La démarche doit être simplifiée.

(1) Définir les notions de décision raisonnable et de décision correcte

[44] Nous rappelons que la norme intermédiaire de la raisonabilité *simpliciter* a été formulée dans l'arrêt *Southam* de nombreuses années après celle du manifestement déraisonnable. Elle visait à remédier aux problèmes que voyait la Cour dans le fonctionnement du contrôle judiciaire au Canada, notamment le tout ou rien apparent en matière de déférence, et à moduler davantage le mécanisme de révision (voir également L. Sossin et C. M. Flood, « The Contextual Turn : Iacobucci's Legacy and the Standard of Review in Administrative Law » (2007), 57 *U.T.L.J.* 581). Toutefois, les difficultés analytiques soulevées par l'application des différentes normes réduisent à néant toute utilité conceptuelle découlant de la plus grande souplesse propre

greater flexibility of having multiple standards of review. Though we are of the view that the three-standard model is too difficult to apply to justify its retention, now, several years after *Southam*, we believe that it would be a step backwards to simply remove the reasonableness *simpliciter* standard and revert to pre-*Southam* law. As we see it, the problems that *Southam* attempted to remedy with the introduction of the intermediate standard are best addressed not by three standards of review, but by two standards, defined appropriately.

[45] We therefore conclude that the two variants of reasonableness review should be collapsed into a single form of “reasonableness” review. The result is a system of judicial review comprising two standards — correctness and reasonableness. But the revised system cannot be expected to be simpler and more workable unless the concepts it employs are clearly defined.

[46] What does this revised reasonableness standard mean? Reasonableness is one of the most widely used and yet most complex legal concepts. In any area of the law we turn our attention to, we find ourselves dealing with the reasonable, reasonableness or rationality. But what is a reasonable decision? How are reviewing courts to identify an unreasonable decision in the context of administrative law and, especially, of judicial review?

[47] Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of

à l'existence de normes de contrôle multiples. Même si nous sommes d'avis que le modèle des trois normes est trop difficile à appliquer pour que son maintien soit justifié, nous estimons qu'aujourd'hui, plusieurs années après l'arrêt *Southam*, supprimer simplement la norme de la raisonabilité *simpliciter* et revenir à l'état antérieur à cet arrêt constituerait un recul. Selon nous, la solution aux problèmes que la Cour a tenté de résoudre dans l'arrêt *Southam* en introduisant la norme intermédiaire réside dans l'application non pas de trois, mais de deux normes, convenablement circonscrites.

[45] Nous concluons donc qu'il y a lieu de fondre en une seule les deux normes de raisonabilité. Il en résulte un mécanisme de contrôle judiciaire emportant l'application de deux normes — celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. Or, la nouvelle approche ne sera plus simple et plus facile à appliquer que si les concepts auxquels elle fait appel sont bien définis.

[46] En quoi consiste cette nouvelle norme de la raisonabilité? Bien que la raisonabilité figure parmi les notions juridiques les plus usitées, elle est l'une des plus complexes. La question de ce qui est raisonnable, de la raisonabilité ou de la rationalité nous interpelle dans tous les domaines du droit. Mais qu'est-ce qu'une décision raisonnable? Comment la cour de révision reconnaît-elle une décision déraisonnable dans le contexte du droit administratif et, plus particulièrement, dans celui du contrôle judiciaire?

[47] La norme déferente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à

justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[48] The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism. In this respect, the concept of deference, so central to judicial review in administrative law, has perhaps been insufficiently explored in the case law. What does deference mean in this context? Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference “is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers” (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 596, per L’Heureux-Dubé J., dissenting). We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of “deference as respect” requires of the courts “not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286 (quoted with approval in *Baker*, at para. 65, per L’Heureux-Dubé J.; *Ryan*, at para. 49).

[49] Deference in the context of the reasonableness standard therefore implies that courts will give due consideration to the determinations of decision makers. As Mullan explains, a policy of deference “recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree

l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[48] L’application d’une seule norme de raisonabilité n’ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire ni ne constitue un retour au formalisme d’avant l’arrêt *Southam*. À cet égard, les décisions judiciaires n’ont peut-être pas exploré suffisamment la notion de déférence, si fondamentale au contrôle judiciaire en droit administratif. Que faut-il entendre par déférence dans ce contexte? C’est à la fois une attitude de la cour et une exigence du droit régissant le contrôle judiciaire. Il ne s’ensuit pas que les cours de justice doivent s’incliner devant les conclusions des décideurs ni qu’elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonabilité pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 596, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente. Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n’exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » : « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286 (cité avec approbation par la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Baker*, par. 65; *Ryan*, par. 49).

[49] La déférence inhérente à la norme de la raisonabilité implique donc que la cour de révision tienne dûment compte des conclusions du décideur. Comme l’explique Mullan, le principe de la déférence [TRADUCTION] « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l’application de régimes administratifs souvent complexes possèdent

of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime”: D. J. Mullan, “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93. In short, deference requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system.

[50] As important as it is that courts have a proper understanding of reasonableness review as a deferential standard, it is also without question that the standard of correctness must be maintained in respect of jurisdictional and some other questions of law. This promotes just decisions and avoids inconsistent and unauthorized application of law. When applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker’s reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. From the outset, the court must ask whether the tribunal’s decision was correct.

(2) Determining the Appropriate Standard of Review

[51] Having dealt with the nature of the standards of review, we now turn our attention to the method for selecting the appropriate standard in individual cases. As we will now demonstrate, questions of fact, discretion and policy as well as questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues generally attract a standard of reasonableness while many legal issues attract a standard of correctness. Some legal issues, however, attract the more deferential standard of reasonableness.

ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l’égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » : D. J. Mullan, « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93. La déférence commande en somme le respect de la volonté du législateur de s’en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d’une cour de justice et celles d’un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien.

[50] S’il importe que les cours de justice voient dans la raisonabilité le fondement d’une norme empreinte de déférence, il ne fait par ailleurs aucun doute que la norme de la décision correcte doit continuer de s’appliquer aux questions de compétence et à certaines autres questions de droit. On favorise ainsi le prononcé de décisions justes tout en évitant l’application incohérente et irrégulière du droit. La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n’acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d’accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s’impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

(2) Détermination de la bonne norme de contrôle

[51] Après avoir examiné la nature des normes de contrôle, nous nous penchons maintenant sur le mode de détermination de la norme applicable dans un cas donné. Nous verrons qu’en présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, et lorsque le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés, la norme de la raisonabilité s’applique généralement. De nombreuses questions de droit commandent l’application de la norme de la décision correcte, mais certaines d’entre elles sont assujetties à la norme plus déferente de la raisonabilité.

[52] The existence of a privative or preclusive clause gives rise to a strong indication of review pursuant to the reasonableness standard. This conclusion is appropriate because a privative clause is evidence of Parliament or a legislature's intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized. This does not mean, however, that the presence of a privative clause is determinative. The rule of law requires that the constitutional role of superior courts be preserved and, as indicated above, neither Parliament nor any legislature can completely remove the courts' power to review the actions and decisions of administrative bodies. This power is constitutionally protected. Judicial review is necessary to ensure that the privative clause is read in its appropriate statutory context and that administrative bodies do not exceed their jurisdiction.

[53] Where the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically (*Mossop*, at pp. 599-600; *Dr. Q.*, at para. 29; *Suresh*, at paras. 29-30). We believe that the same standard must apply to the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated.

[54] Guidance with regard to the questions that will be reviewed on a reasonableness standard can be found in the existing case law. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39. Deference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context: *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 72. Adjudication in labour law remains a good example of the relevance of this approach. The case law has moved away considerably from the strict position evidenced in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, where it was held that an administrative decision

[52] L'existence d'une clause privative milite clairement en faveur d'un contrôle suivant la norme de la raisonabilité. En effet, elle atteste la volonté du législateur que les décisions du décideur administratif fassent l'objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire soit minimal. Cependant, elle n'est pas déterminante. La primauté du droit exige des cours supérieures qu'elles s'acquittent de leur rôle constitutionnel et, nous le rappelons, ni le Parlement ni une législature ne peuvent écarter totalement leur pouvoir de contrôler les actes et les décisions des organismes administratifs. Il s'agit d'un pouvoir protégé par la Constitution. Le contrôle judiciaire est nécessaire afin que la clause privative soit interprétée dans le bon contexte législatif et que les organismes administratifs respectent les limites de leurs attributions.

[53] En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s'impose habituellement d'emblée (*Mossop*, p. 599-600; *Dr. Q.*, par. 29; *Suresh*, par. 29-30). Nous sommes d'avis que la même norme de contrôle doit s'appliquer lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés.

[54] La jurisprudence actuelle peut être mise à contribution pour déterminer quelles questions emportent l'application de la norme de la raisonabilité. Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39. Elle peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 72. L'arbitrage en droit du travail demeure un domaine où cette approche se révèle particulièrement indiquée. La jurisprudence a considérablement évolué depuis l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, et la Cour

maker will always risk having its interpretation of an external statute set aside upon judicial review.

[55] A consideration of the following factors will lead to the conclusion that the decision maker should be given deference and a reasonableness test applied:

- A privative clause: this is a statutory direction from Parliament or a legislature indicating the need for deference.
- A discrete and special administrative regime in which the decision maker has special expertise (labour relations for instance).
- The nature of the question of law. A question of law that is of “central importance to the legal system . . . and outside the . . . specialized area of expertise” of the administrative decision maker will always attract a correctness standard (*Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62). On the other hand, a question of law that does not rise to this level may be compatible with a reasonableness standard where the two above factors so indicate.

[56] If these factors, considered together, point to a standard of reasonableness, the decision maker’s decision must be approached with deference in the sense of respect discussed earlier in these reasons. There is nothing unprincipled in the fact that some questions of law will be decided on the basis of reasonableness. It simply means giving the adjudicator’s decision appropriate deference in deciding whether a decision should be upheld, bearing in mind the factors indicated.

[57] An exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review. Here again, existing jurisprudence may be helpful in identifying some of the questions that generally fall to be determined according to the correctness

s’est dissociée de la position stricte qu’elle y avait adoptée. Dans cette affaire, la Cour avait statué que l’interprétation, par un décideur administratif, d’une autre loi que celle qui le constitue est toujours susceptible d’annulation par voie de contrôle judiciaire.

[55] Les éléments suivants permettent de conclure qu’il y a lieu de déférer à la décision et d’appliquer la norme de la raisonabilité :

- Une clause privative : elle traduit la volonté du législateur que la décision fasse l’objet de déférence.
- Un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale (p. ex., les relations de travail).
- La nature de la question de droit. Celle qui revêt « une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d’expertise » du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62). Par contre, la question de droit qui n’a pas cette importance peut justifier l’application de la norme de la raisonabilité lorsque sont réunis les deux éléments précédents.

[56] Dans le cas où, ensemble, ces facteurs militent en faveur de la norme de la raisonabilité, il convient de déférer à la décision en faisant preuve à son endroit du respect mentionné précédemment. Il n’y a rien d’incohérent dans le fait de trancher certaines questions de droit au regard du caractère raisonnable. Il s’agit simplement de confirmer ou non la décision en manifestant la déférence voulue à l’égard de l’arbitre, compte tenu des éléments indiqués.

[57] Il n’est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle. Là encore, la jurisprudence peut permettre de cerner certaines des questions qui appellent généralement l’application de la norme de la

standard (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26). This simply means that the analysis required is already deemed to have been performed and need not be repeated.

[58] For example, correctness review has been found to apply to constitutional questions regarding the division of powers between Parliament and the provinces in the *Constitution Act, 1867: Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322. Such questions, as well as other constitutional issues, are necessarily subject to correctness review because of the unique role of s. 96 courts as interpreters of the Constitution: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; Mullan, *Administrative Law*, at p. 60.

[59] Administrative bodies must also be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*. We mention true questions of *vires* to distance ourselves from the extended definitions adopted before *CUPE*. It is important here to take a robust view of jurisdiction. We neither wish nor intend to return to the jurisdiction/preliminary question doctrine that plagued the jurisprudence in this area for many years. "Jurisdiction" is intended in the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry. In other words, true jurisdiction questions arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter. The tribunal must interpret the grant of authority correctly or its action will be found to be *ultra vires* or to constitute a wrongful decline of jurisdiction: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 14-3 to 14-6. An example may be found in *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19. In that case, the issue was whether the City of Calgary was authorized under the relevant municipal acts to enact bylaws limiting the number of taxi plate licences (para. 5, *per* Bastarache J.). That case involved the decision-making powers of a municipality

décision correcte (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26). En clair, l'analyse requise est réputée avoir déjà eu lieu et ne pas devoir être reprise.

[58] À titre d'exemple, il a été établi que la norme de contrôle applicable aux questions touchant au partage des compétences entre le Parlement et les provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867* est celle de la décision correcte : *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322. Il ne pouvait en aller autrement pour ces questions et celles touchant par ailleurs à la Constitution à cause du rôle unique des cours de justice visées à l'art. 96 en tant qu'interprètes de la Constitution (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; Mullan, *Administrative Law*, p. 60).

[59] Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. Nous mentionnons la question touchant véritablement à la constitutionnalité afin de nous distancier des définitions larges retenues avant l'arrêt *SCFP*. Il importe en l'espèce de considérer la compétence avec rigueur. Loin de nous l'idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années. La « compétence » s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question. L'interprétation de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour *ultra vires* ou assimilés à un refus injustifié d'exercer sa compétence : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 14-3 et 14-6. L'affaire *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19, constitue un bon exemple. Il s'agissait de savoir si les dispositions municipales en cause autorisaient la ville de Calgary à limiter par règlement le

and exemplifies a true question of jurisdiction or *vires*. These questions will be narrow. We reiterate the caution of Dickson J. in *CUPE* that reviewing judges must not brand as jurisdictional issues that are doubtfully so.

[60] As mentioned earlier, courts must also continue to substitute their own view of the correct answer where the question at issue is one of general law “that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise” (*Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62, *per* LeBel J.). Because of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform and consistent answers. Such was the case in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, which dealt with complex common law rules and conflicting jurisprudence on the doctrines of *res judicata* and abuse of process — issues that are at the heart of the administration of justice (see para. 15, *per* Arbour J.).

[61] Questions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals have also been subject to review on a correctness basis: *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39.

[62] In summary, the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review.

nombre de permis de taxi délivrés (par. 5, le juge Bastarache). Cette affaire relative aux pouvoirs décisionnels d’une municipalité offre un exemple de véritable question de compétence ou de constitutionnalité. L’examen relatif à l’une et l’autre questions a une portée restreinte. Il convient de rappeler la mise en garde du juge Dickson selon laquelle, en cas de doute, il faut se garder de qualifier un point de question de compétence (*SCFP*).

[60] Rappelons que dans le cas d’une question de droit générale « à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62, le juge LeBel), la cour de révision doit également continuer de substituer à la décision rendue celle qu’elle estime constituer la bonne. Pareille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble. C’est ce que la Cour a conclu dans l’affaire *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, où étaient en cause des règles de common law complexes ainsi qu’une jurisprudence contradictoire concernant les doctrines de la chose jugée et de l’abus de procédure, des questions qui jouent un rôle central dans l’administration de la justice (par. 15, la juge Arbour).

[61] La norme de la décision correcte s’est également appliquée à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents : *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39.

[62] Bref, le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle.

[63] The existing approach to determining the appropriate standard of review has commonly been referred to as “pragmatic and functional”. That name is unimportant. Reviewing courts must not get fixated on the label at the expense of a proper understanding of what the inquiry actually entails. Because the phrase “pragmatic and functional approach” may have misguided courts in the past, we prefer to refer simply to the “standard of review analysis” in the future.

[64] The analysis must be contextual. As mentioned above, it is dependent on the application of a number of relevant factors, including: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal. In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case.

D. Application

[65] Returning to the instant appeal and bearing in mind the foregoing discussion, we must determine the standard of review applicable to the adjudicator’s interpretation of the *PSLRA*, in particular ss. 97(2.1) and 100.1, and s. 20 of the *Civil Service Act*. That standard of review must then be applied to the adjudicator’s decision. In order to determine the applicable standard, we will now examine the factors relevant to the standard of review analysis.

(1) Proper Standard of Review on the Statutory Interpretation Issue

[66] The specific question on this front is whether the combined effect of s. 97(2.1) and s. 100.1 of the *PSLRA* permits the adjudicator to inquire into the employer’s reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice. This is a question of law. The question to be answered is therefore whether in light of the privative clause, the regime under which the adjudicator acted, and the nature of the question of law involved, a standard of correctness should apply.

[63] L’analyse qui préside actuellement à la détermination de la norme de contrôle applicable est généralement qualifiée de « pragmatique et fonctionnelle ». Cette appellation importe peu, et la cour de révision ne doit pas s’y attacher au détriment de ce qu’exige réellement la démarche. Il se peut qu’elle ait induit les cours de justice en erreur dans le passé. C’est pourquoi, à l’avenir, nous parlerons simplement d’« analyse relative à la norme de contrôle ».

[64] L’analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l’application d’un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable.

D. Application

[65] Forts de ces principes, il nous faut maintenant déterminer la norme de contrôle applicable à l’interprétation de la *LRTSP* par l’arbitre, en particulier le par. 97(2.1) et l’art. 100.1, ainsi que de l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, puis l’appliquer à la décision de l’arbitre. Pour arrêter cette norme, nous examinons ci-après les facteurs pertinents pour l’analyse relative à la norme de contrôle.

(1) La norme de contrôle applicable à l’interprétation législative

[66] La question précise soulevée sur ce point est celle de savoir si, ensemble, le par. 97(2.1) et l’art. 100.1 de la *LRTSP* autorisent l’arbitre à s’enquérir des motifs d’un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu. Il s’agit d’une question de droit. Il nous faut donc déterminer si, à la lumière de la clause privative, du régime habilitant l’arbitre et de la nature de la question de droit en cause, il convient d’appliquer la norme de la décision correcte.

[67] The adjudicator was appointed and empowered under the *PSLRA*; s. 101(1) of that statute contains a full privative clause, stating in no uncertain terms that “every order, award, direction, decision, declaration or ruling of . . . an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court”. Section 101(2) adds that “[n]o order shall be made or process entered, and no proceedings shall be taken in any court, whether by way of injunction, judicial review, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain . . . an adjudicator in any of its or his proceedings.” The inclusion of a full privative clause in the *PSLRA* gives rise to a strong indication that the reasonableness standard of review will apply.

[68] The nature of the regime also favours the standard of reasonableness. This Court has often recognized the relative expertise of labour arbitrators in the interpretation of collective agreements, and counselled that the review of their decisions should be approached with deference: *CUPE*, at pp. 235-36; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079, at para. 58; *Voice Construction*, at para. 22. The adjudicator in this case was, in fact, interpreting his enabling statute. Although the adjudicator was appointed on an *ad hoc* basis, he was selected by the mutual agreement of the parties and, at an institutional level, adjudicators acting under the *PSLRA* can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate, as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions. See *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*. This factor also suggests a reasonableness standard of review.

[69] The legislative purpose confirms this view of the regime. The *PSLRA* establishes a time- and cost-effective method of resolving employment disputes. It provides an alternative to judicial determination. Section 100.1 of the *PSLRA* defines the adjudicator’s powers in deciding a dispute, but it also provides remedial protection for employees who are not unionized. The remedial nature of s. 100.1 and its provision for timely and binding

[67] L’arbitre a été nommé et investi de pouvoirs en vertu de la *LRTSP*, et le par. 101(1) de celle-ci constitue une clause privative absolue au libellé non équivoque : « toute ordonnance, sentence, directive, décision ou déclaration [. . .] d’un arbitre, est définitive et ne peut être contestée devant aucun tribunal ni révisée par aucun tribunal ». Le paragraphe 101(2) ajoute : « [a]ucune ordonnance ne peut être rendue, aucune action intentée et aucune procédure entamée devant un tribunal, par voie d’injonction, de recours en révision, ou autrement, pour contester, réviser, supprimer ou restreindre les pouvoirs [. . .] d’un arbitre dans l’une quelconque de [ses] procédures ». L’existence d’une clause privative absolue milite clairement en faveur d’un contrôle selon la norme de la raisonabilité.

[68] La nature du régime est également compatible avec l’application de cette norme. La Cour a maintes fois reconnu l’expertise relative de l’arbitre dans l’interprétation d’une convention collective et préconisé le respect de sa décision à cet égard : *SCFP*, p. 235-236; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079, par. 58; *Voice Construction*, par. 22. En l’espèce, l’arbitre a en fait interprété sa loi habilitante. Il a certes été nommé pour régler le différend, mais les parties l’ont choisi de concert. En outre, sur le plan institutionnel, on peut présumer que les arbitres nommés en vertu de la *LRTSP* possèdent une expertise relative dans l’interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu’ils sont souvent appelés à appliquer dans l’exercice de leurs fonctions. Voir l’arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*. Ce facteur milite aussi en faveur de la norme de la raisonabilité.

[69] L’objectif législatif confirme cette interprétation du régime. La *LRTSP* prévoit à l’égard des différends entre employeurs et employés un mode de règlement rapide et peu coûteux permettant d’éviter la voie judiciaire. Son article 100.1 définit les pouvoirs de l’arbitre appelé à régler un différend, mais il offre également une voie de recours à l’employé non syndiqué. L’accent mis sur la réparation et le règlement rapide et exécutoire des différends donne

settlements of disputes also imply that a reasonableness review is appropriate.

[70] Finally, the nature of the legal question at issue is not one that is of central importance to the legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator. This also suggests that the standard of reasonableness should apply.

[71] Considering the privative clause, the nature of the regime, and the nature of the question of law here at issue, we conclude that the appropriate standard is reasonableness. We must now apply that standard to the issue considered by the adjudicator in his preliminary ruling.

(2) Was the Adjudicator's Interpretation Unreasonable?

[72] While we are required to give deference to the determination of the adjudicator, considering the decision in the preliminary ruling as a whole, we are unable to accept that it reaches the standard of reasonableness. The reasoning process of the adjudicator was deeply flawed. It relied on and led to a construction of the statute that fell outside the range of admissible statutory interpretations.

[73] The adjudicator considered the New Brunswick Court of Appeal decision in *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* as well as amendments made to the *PSLRA* in 1990 (S.N.B. 1990, c. 30). Under the former version of the Act, an employee could grieve "with respect to . . . disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty" (s. 92(1)). The amended legislation grants the right to grieve "with respect to discharge, suspension or a financial penalty" (*PSLRA*, s. 100.1(2)). The adjudicator reasoned that the referential incorporation of s. 97(2.1) in s. 100.1(5) "necessarily means that an adjudicator has jurisdiction to make the determination described in subsection 97(2.1), i.e. that an employee has been discharged or otherwise disciplined for cause" (p. 5). He further stated that an employer "cannot avoid an inquiry into its real reasons for a discharge, or exclude resort to subsection 97(2.1), by simply stating that cause is not alleged" (*ibid.* (emphasis added)). The

à penser qu'un contrôle au regard de la norme de la raisonabilité est indiqué.

[70] Enfin, de par sa nature, la question de droit en cause ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et n'est pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, ce qui favorise encore le critère de la raisonabilité.

[71] Compte tenu de la clause privative, de la nature du régime et de celle de la question de droit soulevée, nous arrivons à la conclusion que la norme qui convient est celle de la raisonabilité. Il nous faut donc l'appliquer à la question préalable sur laquelle a statué l'arbitre.

(2) L'interprétation de l'arbitre était-elle déraisonnable?

[72] Même si la retenue s'impose en l'espèce, nous ne pouvons conclure que, considérée dans son ensemble, la décision relative à la question préalable était raisonnable. En effet, le raisonnement de l'arbitre était foncièrement défectueux; il s'appuyait et débouchait sur une interprétation de la loi qui ne faisait pas partie des lectures acceptables.

[73] L'arbitre a tenu compte de l'arrêt *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills*, de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, ainsi que des modifications apportées à la *LRTSP* en 1990 (L.N.-B. 1990, ch. 30). Dans sa version antérieure, celle-ci prévoyait qu'un employé pouvait contester par voie de grief « une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire » (par. 92(1)). Dans sa version modifiée, elle confère le droit de présenter un grief « à l'égard du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire » (*LRTSP*, par. 100.1(2)). L'arbitre a jugé que l'incorporation par renvoi du par. 97(2.1) au par. 100.1(5) [TRADUCTION] « confère nécessairement à l'arbitre le pouvoir de prendre la décision visée au paragraphe 97(2.1), c'est-à-dire que l'employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui "pour motif" » (p. 5). Il a indiqué en outre que l'employeur [TRADUCTION] « ne peut se soustraire à l'examen des véritables motifs du

adjudicator concluded that he could determine whether a discharge purportedly with notice or pay in lieu of notice was in reality for cause.

[74] The interpretation of the law is always contextual. The law does not operate in a vacuum. The adjudicator was required to take into account the legal context in which he was to apply the law. The employment relationship between the parties in this case was governed by private law. The contractual terms of employment could not reasonably be ignored. That is made clear by s. 20 of the *Civil Service Act*. Under the ordinary rules of contract, the employer is entitled to discharge an employee for cause, with notice or with pay in lieu of notice. Where the employer chooses to exercise its right to discharge with reasonable notice or pay in lieu thereof, the employer is not required to assert cause for discharge. The grievance process cannot have the effect of changing the terms of the contract of employment. The respondent chose to exercise its right to terminate without alleging cause in this case. By giving the *PSLRA* an interpretation that allowed him to inquire into the reasons for discharge where the employer had the right not to provide — or even have — such reasons, the adjudicator adopted a reasoning process that was fundamentally inconsistent with the employment contract and, thus, fatally flawed. For this reason, the decision does not fall within the range of acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and the law.

[75] The decision of the adjudicator treated the appellant, a non-unionized employee, as a unionized employee. His interpretation of the *PSLRA*, which permits an adjudicator to inquire into the reasons for discharge where notice is given and, under s. 97(2.1), substitute a penalty that he or she determines just and reasonable in the circumstances, creates a requirement that the employer show cause before dismissal. There can be no justification for this; no reasonable interpretation can lead to that result. Section 100.1(5) incorporates s. 97(2.1) by reference into the determination of grievances brought by non-unionized employees.

congédiement ni écarter l'application du paragraphe 97(2.1) en s'abstenant simplement d'invoquer un motif » (*ibid.* (nous soulignons)). Il a conclu qu'il pouvait déterminer si un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constituait en fait un congédiement pour motif.

[74] L'interprétation du droit est toujours contextuelle. Une disposition ne s'applique pas en vase clos. L'arbitre devait tenir compte du contexte juridique dans lequel il lui fallait appliquer les dispositions en cause. En l'espèce, le lien d'emploi entre les parties ressortissait au droit privé. Il ne pouvait raisonnablement être fait abstraction des clauses du contrat d'emploi. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* est clair à ce sujet. Suivant les règles contractuelles ordinaires, l'employeur peut congédier un employé pour motif, avec préavis ou indemnité en tenant lieu. S'il opte pour le congédiement avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu, il n'a pas à invoquer de motif. La procédure de grief ne saurait modifier le contenu du contrat d'emploi. En l'espèce, l'intimée a décidé d'exercer son droit de mettre fin à l'emploi sans invoquer de motif. En concluant que la *LRTSP* lui permettait de rechercher les motifs du congédiement, alors que l'employeur avait le droit de ne pas les préciser, et même, de ne pas en avoir, l'arbitre a tenu un raisonnement foncièrement incompatible avec le contrat d'emploi et, de ce fait, entaché d'un vice fatal. C'est pourquoi sa décision ne fait pas partie des issues acceptables au regard des faits et du droit.

[75] Dans sa décision, l'arbitre a considéré l'appelant comme un employé syndiqué alors qu'il n'en était pas un. L'interprétation de la *LRTSP* suivant laquelle l'arbitre peut s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis et, en vertu du par. 97(2.1), substituer la peine qui lui paraît juste et raisonnable dans les circonstances, oblige l'employeur à justifier au préalable le congédiement. Or, rien ne justifie pareil résultat, et nulle interprétation raisonnable ne saurait y aboutir. Le paragraphe 100.1(5) incorpore le par. 97(2.1) à la procédure de grief dans le cas d'un employé non syndiqué. Les employés assujettis à la *LRTSP* sont généralement

The employees subject to the *PSLRA* are usually unionized and the terms of their employment are determined by collective agreement; s. 97(2.1) explicitly refers to the collective agreement context. Section 100.1(5) referentially incorporates s. 97(2.1) *mutatis mutandis* into the non-collective agreement context so that non-unionized employees who are discharged *for cause and without notice* have the right to grieve the discharge and have the adjudicator substitute another penalty as seems just and reasonable in the circumstances. Therefore, the combined effect of s. 97(2.1) and s. 100.1 cannot, on any reasonable interpretation, remove the employer's right under contract law to discharge an employee with reasonable notice or pay in lieu of notice.

[76] The interpretation of the adjudicator was simply unreasonable in the context of the legislative wording and the larger labour context in which it is embedded. It must be set aside. Nevertheless, it must be acknowledged that his interpretation of the *PSLRA* was ultimately inconsequential to the overall determination of the grievance, since the adjudicator made no finding as to whether the discharge was or was not, in fact, for cause. The decision on the merits, which resulted in an order that the appellant be reinstated, instead turned on the adjudicator's decision on a separate issue — whether the appellant was entitled to and, if so, received procedural fairness with regard to the employer's decision to terminate his employment. This issue is discrete and isolated from the statutory interpretation issue, and it raises very different considerations.

IV. Issue 2: Review of the Adjudicator's Procedural Fairness Determination

[77] Procedural fairness has many faces. It is at issue where an administrative body may have prescribed rules of procedure that have been breached. It is also concerned with general principles involving the right to answer and defence where one's rights are affected. In this case, the appellant raised in his grievance letter that the reasons for the employer's dissatisfaction were not specified and that he did not have a reasonable opportunity to respond to the employer's concerns. There was,

syndiqués et une convention collective établit leurs conditions d'emploi; le par. 97(2.1) renvoie expressément au contexte de l'application d'une convention collective. Le paragraphe 100.1(5) intègre le par. 97(2.1) par renvoi, avec les adaptations nécessaires, au contexte de la non-application d'une convention collective, de façon que l'employé non syndiqué qui est congédié *pour motif et sans préavis* puisse contester le congédiement par voie de grief et obtenir de l'arbitre qu'il substitue une autre peine, selon ce qui lui semble juste et raisonnable dans les circonstances. L'application concomitante du par. 97(2.1) et de l'art. 100.1 ne saurait donc raisonnablement supprimer le droit contractuel de l'employeur de congédier un employé avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu.

[76] L'interprétation de la *LRTSP* par l'arbitre était tout simplement déraisonnable eu égard au texte de la loi et au contexte plus large des relations de travail dans lequel elle s'insérait. Elle doit être écartée. Il faut toutefois reconnaître que cette interprétation n'a finalement pas influencé le règlement global du grief, car l'arbitre n'a pas conclu qu'il s'agissait ou non d'un congédiement pour motif. La décision sur le fond et, partant, l'ordonnance de réintégration découlent plutôt de la conclusion de l'arbitre sur un autre point : l'appellant avait-il droit à l'équité procédurale et si oui, l'employeur a-t-il respecté son obligation à cet égard en décidant de mettre fin à l'emploi? Il s'agit d'une question totalement distincte de celle de l'interprétation législative et qui fait intervenir des considérations très différentes.

IV. Second volet : Contrôle de la décision de l'arbitre concernant l'équité procédurale

[77] L'équité procédurale comporte de nombreuses facettes. Elle peut être mise en doute lorsque les règles de procédure établies par un organisme administratif n'ont pas été respectées. Elle sous-tend aussi les principes généraux permettant à une personne de répondre à une allégation et de se défendre lorsque ses droits sont atteints. Dans la présente affaire, l'appellant a fait valoir dans son grief que les motifs d'insatisfaction de l'employeur n'avaient pas été précisés et qu'il n'avait pas eu la

in his view, lack of due process and a breach of procedural fairness.

[78] The procedural fairness issue was dealt with only briefly by the Court of Appeal. Robertson J.A. mentioned at the end of his reasons that a duty of fairness did not arise in this case since the appellant had been terminated with notice and had exercised his right to grieve. Before this Court, however, the appellant argued that he was entitled to procedural fairness as a result of this Court's jurisprudence. Although ultimately we do not agree with the appellant, his contention raises important issues that need to be examined more fully.

A. *Duty of Fairness*

[79] Procedural fairness is a cornerstone of modern Canadian administrative law. Public decision makers are required to act fairly in coming to decisions that affect the rights, privileges or interests of an individual. Thus stated the principle is easy to grasp. It is not, however, always easy to apply. As has been noted many times, "the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case" (*Knight*, at p. 682; *Baker*, at para. 21; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at paras. 74-75).

[80] This case raises the issue of the extent to which a duty of fairness applies to the dismissal of a public employee pursuant to a contract of employment. The grievance adjudicator concluded that the appellant had been denied procedural fairness because he had not been granted a hearing by the employer before being dismissed with four months' pay in lieu of notice. This conclusion was said to flow from this Court's decision in *Knight*, where it was held that the holder of an office "at pleasure" was entitled to be given the reasons for his or her dismissal and an opportunity to be heard before being dismissed (p. 683).

[81] We are of the view that the principles established in *Knight* relating to the applicability of a duty of fairness in the context of public employment

possibilité raisonnable d'y répondre. À son avis, il n'y avait eu ni application régulière de la loi ni équité procédurale.

[78] La Cour d'appel n'a fait qu'effleurer la question de l'équité procédurale. Le juge Robertson a mentionné à la fin de ses motifs qu'il n'y avait pas d'obligation d'équité en l'espèce car l'appelant avait été congédié avec préavis et avait exercé son droit de présenter un grief. L'appelant soutient toutefois devant nous que suivant la jurisprudence de la Cour, il avait droit à l'équité procédurale. Même si, en fin de compte, sa prétention doit être rejetée, elle soulève d'importantes questions qu'il importe d'examiner plus avant.

A. *L'obligation d'équité*

[79] L'équité procédurale est un fondement du droit administratif canadien moderne. Les décideurs publics sont tenus de faire preuve d'équité lorsqu'ils prennent des décisions touchant les droits, les privilèges ou les biens d'une personne. Le principe paraît simple, mais son application n'est pas toujours facile. Comme on l'a signalé maintes fois, « la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas » (*Knight*, p. 682; *Baker*, par. 21; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 74-75).

[80] Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quelle mesure l'obligation d'équité s'applique à l'employeur qui congédie un fonctionnaire conformément à un contrat d'emploi. L'arbitre a conclu que l'appelant n'avait pas bénéficié de l'équité procédurale parce qu'il n'avait pas été entendu par l'employeur avant d'être congédié sur versement d'une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis. Il a dit se fonder sur l'arrêt *Knight* où la Cour a statué que le titulaire d'une charge à titre amovible a le droit de connaître les motifs de son renvoi et d'être entendu au préalable (p. 683).

[81] Nous sommes d'avis qu'il y a lieu de revenir sur les principes établis dans l'arrêt *Knight* à propos de l'obligation d'équité dans le contexte

merit reconsideration. While the majority opinion in *Knight* properly recognized the important place of a general duty of fairness in administrative law, in our opinion, it incorrectly analyzed the effects of a contract of employment on such a duty. The majority in *Knight* proceeded on the premise that a duty of fairness based on public law applied unless expressly excluded by the employment contract or the statute (p. 681), without consideration of the terms of the contract with regard to fairness issues. It also upheld the distinction between office holders and contractual employees for procedural fairness purposes (pp. 670-76). In our view, what matters is the nature of the employment relationship between the public employee and the public employer. Where a public employee is employed under a contract of employment, regardless of his or her status as a public office holder, the applicable law governing his or her dismissal is the law of contract, not general principles arising out of public law. What *Knight* truly stands for is the principle that there is always a recourse available where the employee is an office holder and the applicable law leaves him or her without any protection whatsoever when dismissed.

[82] This conclusion does not detract from the general duty of fairness owed by administrative decision makers. Rather it acknowledges that in the specific context of dismissal from public employment, disputes should be viewed through the lens of contract law rather than public law.

[83] In order to understand why a reconsideration of *Knight* is warranted, it is necessary to review the development of the duty of fairness in Canadian administrative law. As we shall see, its development in the public employment context was intimately related to the distinction between public office holders and contractual employees, a distinction which, in our view, has become increasingly difficult to maintain both in principle and in practice.

(1) The Preliminary Issue of Jurisdiction

[84] Before dealing with the scope of the duty of fairness in this case, a word should be said about the respondent's preliminary objection to the jurisdiction of the adjudicator under the *PSLRA*

de l'emploi dans la fonction publique. Bien que, dans cet arrêt, les juges majoritaires aient à juste titre reconnu l'importance d'une obligation générale d'équité en droit administratif, ils n'ont pas correctement analysé, selon nous, les effets d'un contrat d'emploi sur cette obligation. Ils sont partis du principe qu'il y a obligation d'équité fondée sur le droit public à moins que le contrat d'emploi ou la loi ne l'écarte expressément (p. 681), sans égard aux dispositions du contrat touchant à l'équité. Ils ont également confirmé la distinction entre le titulaire d'une charge et l'employé contractuel pour ce qui est du droit à l'équité procédurale (p. 670-676). Selon nous, la nature du lien d'emploi entre l'employé et l'employeur du secteur public est déterminante. En présence d'un contrat d'emploi, le renvoi de l'employé, que ce dernier soit ou non titulaire d'une charge publique, est régi par le droit contractuel, et non par les principes généraux du droit public. Le véritable principe qui se dégage de l'arrêt *Knight* est que le titulaire d'une charge auquel le droit applicable n'offre aucune protection en cas de renvoi dispose toujours d'un recours.

[82] Cette conclusion n'affaiblit pas l'obligation générale faite aux décideurs administratifs d'agir avec équité. Elle reconnaît plutôt que dans le contexte particulier du renvoi de la fonction publique, c'est le droit contractuel, et non le droit public, qui préside au règlement des différends.

[83] Pour comprendre la nécessité d'un réexamen de l'arrêt *Knight*, il faut retracer l'évolution de l'obligation d'équité en droit administratif canadien. Comme nous le verrons, dans le contexte de l'emploi dans la fonction publique, cette évolution est étroitement liée à la distinction entre titulaire de charge publique et employé contractuel, une distinction qui, à notre avis, soulève de plus en plus de difficultés en théorie et en pratique.

(1) La question préalable de la compétence

[84] Avant d'examiner l'étendue de l'obligation d'équité en l'espèce, nous nous penchons brièvement sur l'objection préliminaire de l'intimée selon laquelle l'arbitre n'a pas compétence, sous le

to consider procedural fairness. The respondent argues that allowing adjudicators to consider procedural fairness risks granting them the inherent powers of a court. We disagree. We can see nothing problematic with a grievance adjudicator considering a public law duty of fairness issue where such a duty exists. It falls squarely within the adjudicator's task to resolve a grievance. However, as will be explained below, the proper approach is to first identify the nature of the employment relationship and the applicable law. Where, as here, the relationship is contractual, a public law duty of fairness is not engaged and therefore should play no role in resolving the grievance.

(2) The Development of the Duty of Fairness in Canadian Public Law

[85] In Canada, the modern concept of procedural fairness in administrative law was inspired by the House of Lords' landmark decision in *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, a case which involved the summary dismissal of the chief constable of Brighton. The House of Lords declared the chief constable's dismissal a nullity on the grounds that the administrative body which had dismissed him had failed to provide the reasons for his dismissal or to accord him an opportunity to be heard in violation of the rules of natural justice. Central to the reasoning in the case was Lord Reid's distinction between (i) master-servant relationships (i.e. contractual employment), (ii) offices held "at pleasure", and (iii) offices where there must be cause for dismissal, which included the chief constable's position. According to Lord Reid, only the last category of persons was entitled to procedural fairness in relation to their dismissal since both contractual employees and office holders employed "at pleasure" could be dismissed without reason (p. 72). As the authors Wade and Forsyth note that, after a period of retreat from imposing procedural fairness requirements on administrative decision makers, *Ridge v. Baldwin* "marked an important change of judicial policy, indicating that natural justice was restored to favour and would be applied on a wide basis" (W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th ed. 2000), at p. 438).

régime de la *LRTSP*, pour connaître de questions liées à l'équité procédurale. L'intimée soutient qu'autoriser l'arbitre à se prononcer sur l'équité procédurale pourrait revenir à lui conférer les pouvoirs inhérents d'une cour de justice. Nous ne sommes pas de cet avis. Rien ne s'oppose à ce que l'arbitre saisi d'un grief examine une question touchant à l'obligation d'équité en droit public lorsqu'une telle obligation existe. Cela ressortit clairement à son mandat de régler le grief. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, il convient d'abord de définir la nature du lien d'emploi et le droit applicable. Lorsque, comme en l'espèce, le lien est contractuel, l'obligation d'équité en droit public ne saurait jouer dans le règlement du grief.

(2) L'évolution de l'obligation d'équité en droit public canadien

[85] En droit administratif canadien, la notion moderne d'équité procédurale tire son origine de l'arrêt de principe *Ridge c. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, où la Chambre des lords a annulé le congédiement sommaire du chef de police de Brighton au motif que le décideur administratif n'avait pas motivé le renvoi ni donné à l'intéressé la possibilité de se faire entendre, contrevenant ainsi aux règles de justice naturelle. Lord Reid a axé son raisonnement sur la distinction entre (i) l'occupation d'un poste à titre d'employé (lien contractuel), (ii) l'occupation d'une charge à titre amovible et (iii) l'occupation d'un poste dont le titulaire ne peut être renvoyé que pour motif valable, tel celui du chef de police. Selon lui, seul ce dernier type de fonction conférerait le droit à l'équité procédurale en cas de renvoi, car l'employé contractuel et le titulaire de charge à titre amovible pouvaient être renvoyés sans motif (p. 72). Comme le signalent Wade et Forsyth, après que l'assujettissement des décideurs administratifs à l'obligation d'équité procédurale eut connu un recul, l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [TRADUCTION] « a substantiellement modifié la politique judiciaire en indiquant que la justice naturelle reprenait du service et s'appliquerait désormais largement » (W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (8^e éd. 2000), p. 438).

[86] The principles established by *Ridge v. Baldwin* were followed by this Court in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. *Nicholson*, like its U.K. predecessor, marked the return to a less rigid approach to natural justice in Canada (see Brown and Evans, at pp. 7-5 to 7-9). *Nicholson* concerned the summary dismissal of a probationary police officer by a regional board of police commissioners. Laskin C.J., for the majority, at p. 328, declared the dismissal void on the ground that the officer fell into Lord Reid's third category and was therefore entitled to the same procedural protections as in *Ridge v. Baldwin*.

[87] Although *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson* were concerned with procedural fairness in the context of the dismissal of public office holders, the concept of fairness was quickly extended to other types of administrative decisions (see e.g. *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735). In *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, Le Dain J. stated that the duty of fairness was a general principle of law applicable to all public authorities:

This Court has affirmed that there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual . . . [p. 653]

(See also *Baker*, at para. 20.)

[88] In *Knight*, the Court relied on the statement of Le Dain J. in *Cardinal v. Director of Kent Institution* that the existence of a general duty to act fairly will depend on "(i) the nature of the decision to be made by the administrative body; (ii) the relationship existing between that body and the

[86] Dans l'affaire *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, notre Cour a suivi les principes établis par l'arrêt *Ridge c. Baldwin*. Comme son prédécesseur britannique, l'arrêt *Nicholson* a marqué le retour au Canada d'une conception moins rigide de la justice naturelle (voir Brown et Evans, p. 7-5 à 7-9). Le litige portait sur le congédiement sommaire d'un policier stagiaire par un comité régional des services de police. Au nom des juges majoritaires, le juge en chef Laskin (p. 328) a annulé le congédiement, estimant que le policier appartenait à la troisième catégorie établie par lord Reid, de sorte qu'il avait droit à la garantie procédurale reconnue dans l'arrêt *Ridge c. Baldwin*.

[87] Dans les affaires *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson*, les cours de justice ont appliqué l'équité procédurale à la décision de congédier le titulaire d'une charge publique, mais elles ont tôt fait d'y assujettir par la suite d'autres types de décision administrative (voir notamment *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735). Dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, au nom de la Cour, le juge Le Dain a vu dans l'obligation d'équité un principe de droit général applicable à tout organisme public :

[La] Cour a confirmé que, à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne . . . [p. 653]

(Voir aussi l'arrêt *Baker*, par. 20.)

[88] Dans l'arrêt *Knight*, la Cour s'est appuyée sur les propos du juge Le Dain dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent* selon lesquels l'existence d'une obligation générale d'agir équitablement dépend de ce qui suit : « (i) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme

individual; and (iii) the effect of that decision on the individual's rights" (*Knight*, at p. 669).

[89] The dispute in *Knight* centred on whether a board of education had failed to accord procedural fairness when it dismissed a director of education with three months' notice pursuant to his contract of employment. The main issue was whether the director's employment relationship with the school board was one that attracted a public law duty of fairness. L'Heureux-Dubé J., for the majority, held that it did attract such a duty on the ground that the director's position had a "strong 'statutory flavour'" and could thus be qualified as a public office (p. 672). In doing so, she specifically recognized that, contrary to Lord Reid's holding in *Ridge v. Baldwin*, holders of an office "at pleasure", were also entitled to procedural fairness before being dismissed (pp. 673-74). The fact that the director's written contract of employment specifically provided that he could be dismissed with three months' notice was held not to be enough to displace a public law duty to act fairly (p. 681).

[90] From these foundational cases, procedural fairness has grown to become a central principle of Canadian administrative law. Its overarching purpose is not difficult to discern: administrative decision makers, in the exercise of public powers, should act fairly in coming to decisions that affect the interests of individuals. In other words, "[t]he observance of fair procedures is central to the notion of the 'just' exercise of power" (Brown and Evans, at p. 7-3). What is less clear, however, is whether this purpose is served by imposing public law procedural fairness requirements on public bodies in the exercise of their contractual rights as employers.

(3) Procedural Fairness in the Public Employment Context

[91] *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson* established that a public employee's right to procedural fairness

administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier » (arrêt *Knight*, p. 669).

[89] L'affaire *Knight* soulevait la question de savoir si un conseil scolaire avait manqué à son obligation d'équité procédurale en congédiant un directeur de l'enseignement avec un préavis de trois mois conformément à son contrat d'emploi. La Cour devait principalement trancher si le lien d'emploi entre le directeur et le conseil scolaire faisait naître une obligation d'équité en droit public. Au nom des juges majoritaires, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que tel était le cas, car le poste de directeur s'apparentait fortement à un poste d'origine législative et pouvait donc être assimilé à une charge publique (p. 672). Du coup, à l'opposé de lord Reid dans l'affaire *Ridge c. Baldwin*, elle a expressément reconnu que le titulaire d'une charge à titre amovible avait également droit au respect de l'équité procédurale en cas de congédiement (p. 673-674). La juge L'Heureux-Dubé a estimé que la clause du contrat d'emploi prévoyant que le directeur pouvait être congédié moyennant un préavis de trois mois n'était pas suffisante pour écarter l'obligation d'équité en droit public (p. 681).

[90] Ces arrêts fondateurs ont fait de l'équité procédurale un principe fondamental du droit administratif canadien dont l'objectif primordial se conçoit aisément : dans l'exercice de ses pouvoirs publics, le décideur administratif doit agir avec équité lorsqu'il rend une décision touchant les droits d'un administré. Autrement dit, [TRADUCTION] « [l]e respect de l'équité dans la procédure est essentiel à la notion d'exercice "équitable" du pouvoir » (Brown et Evans, p. 7-3). On peut toutefois se demander si l'obligation faite à un organisme public d'observer les exigences de l'équité procédurale dans l'exercice de ses droits contractuels en tant qu'employeur contribue à la réalisation de cet objectif.

(3) L'équité procédurale dans la fonction publique

[91] Les arrêts *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson* ont établi qu'un employé du secteur public a droit

depended on his or her status as an office holder. While *Knight* extended a duty of fairness to office holders during pleasure, it nevertheless upheld the distinction between office holders and contractual employees as an important criterion in establishing whether a duty of fairness was owed. Courts have continued to rely on this distinction, either extending or denying procedural protections depending on the characterization of the public employee's legal status as an office holder or contractual employee (see e.g. *Reglin v. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.); *Seshia v. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen v. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis v. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard v. Sackville (Town)* (1992), 124 N.B.R. (2d) 70 (C.A.)).

[92] In practice, a clear distinction between office holders and contractual employees has been difficult to maintain:

Although the law makes such a sharp distinction between office and service in theory, in practice it may be difficult to tell which is which. For tax purposes "office" has long been defined as a "subsisting, permanent substantive position which has an existence independent of the person who fills it", but for the purposes of natural justice the test may not be the same. Nor need an office necessarily be statutory, although nearly all public offices of importance in administrative law are statutory. A statutory public authority may have many employees who are in law merely its servants, and others of higher grades who are office-holders.

(Wade and Forsyth, at pp. 532-33)

[93] Lord Wilberforce noted that attempting to separate office holders from contractual employees

involves the risk of a compartmental approach which, although convenient as a solvent, may lead to narrower distinctions than are appropriate to the broader issues of administrative law. A comparative list of situations in which persons have been held entitled or not entitled to a hearing, or to observation of rules of natural

à l'équité procédurale s'il est titulaire d'une charge. Bien que l'arrêt *Knight* en ait fait également bénéficier le titulaire de charge à titre amovible, il a quand même retenu comme critère important à cet égard la distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel. Les cours de justices ont continué d'appliquer cette distinction pour reconnaître ou non ce droit selon que le fonctionnaire est titulaire de charge ou employé contractuel (voir notamment *Reglin c. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.); *Seshia c. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen c. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis c. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard c. Sackville (Ville)* (1992), 124 R.N.-B. (2^e) 70 (C.A.)).

[92] En pratique, toutefois, la distinction entre le titulaire d'une charge et l'employé contractuel s'est révélée difficile à appliquer :

[TRADUCTION] Même si, en théorie, le droit fait une nette distinction entre charge et emploi, en pratique, il peut être difficile de les différencier. En matière fiscale, la « charge » est depuis longtemps définie comme « un poste durable, permanent et important qui existe indépendamment de la personne qui l'occupe ». Mais pour les besoins de la justice naturelle, le critère peut différer. Il n'est pas nécessaire non plus que la charge soit établie par une loi, bien que ce soit le cas de presque toutes les charges publiques d'importance en droit administratif. Un organisme public créé par une loi peut compter à son service de nombreuses personnes qui, légalement, sont de simples employés et d'autres, plus élevées dans la hiérarchie, qui sont titulaires d'une charge.

(Wade et Forsyth, p. 532-533)

[93] Lord Wilberforce a signalé que la démarche consistant à établir une distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel

[TRADUCTION] peut mener à une analyse compartimentée qui, malgré la solution qu'elle offre, peut donner lieu à des distinctions trop ténues pour le règlement des questions plus générales qui se posent en droit administratif. L'énumération comparative des situations dans lesquelles on a reconnu ou non le droit d'être entendu ou

justice, according to the master and servant test, looks illogical and even bizarre.

(*Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), at p. 1294)

[94] There is no reason to think that the distinction has been easier to apply in Canada. In *Knight*, as has been noted, the majority judgment relied on whether the public employee's position had a "strong 'statutory flavour'" (p. 672), but as Brown and Evans observe, "there is no simple test for determining whether there is a sufficiently strong 'statutory flavour' to a job for it to be classified as an 'office'" (p. 7-19). This has led to uncertainty as to whether procedural fairness attaches to particular positions. For instance, there are conflicting decisions on whether the position of a "middle manager" in a municipality is sufficiently important to attract a duty of fairness (compare *Gismondi*, at para. 53, and *Hughes v. Moncton (City)* (1990), 111 N.B.R. (2d) 184 (Q.B.), aff'd (1991), 118 N.B.R. (2d) 306 (C.A.)). Similarly, physicians working in the public health system may or may not be entitled to a duty of fairness (compare *Seshia* and *Rosen v. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40).

[95] Further complicating the distinction is the fact that public employment is for the most part now viewed as a regular contractual employment relationship. The traditional position at common law was that public servants were literally "servants of the Crown" and could therefore be dismissed at will. However, it is now recognized that most public employees are employed on a contractual basis: *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

[96] *Wells* concerned the dismissal without compensation of a public office holder whose position had been abolished by statute. The Court held that, while *Wells*' position was created by statute, his employment relationship with the Crown was contractual and therefore he was entitled to be compensated for breach of contract according

le droit au respect de la justice naturelle, selon le lien de subordination, paraît illogique, voire bizarre.

(*Malloch c. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), p. 1294)

[94] Il n'y a pas lieu de penser que la distinction a été plus aisée au Canada. Dans l'affaire *Knight*, on l'a vu, les juges majoritaires se sont demandé si le poste de l'employé du secteur public s'apparentait fortement à un poste d'origine législative (p. 672). Brown et Evans signalent toutefois [TRADUCTION] « qu'aucun critère simple ne permet de déterminer qu'un poste s'apparente assez fortement à un poste d'origine législative pour qu'il soit qualifié de "charge" » (p. 7-19), d'où l'incertitude quant à savoir si l'équité procédurale s'applique à certains postes. Des décisions contradictoires ont d'ailleurs été rendues sur la question de savoir si le poste de « cadre intermédiaire » d'un fonctionnaire municipal était assez important pour faire naître l'obligation d'équité (comparer *Gismondi*, par. 53, et *Hughes c. Moncton (Ville)* (1990), 111 R.N.-B. (2^e) 184 (B.R.), conf. par (1991), 118 R.N.-B. (2^e) 306 (C.A.)). De même, l'obligation d'équité peut s'appliquer ou non au médecin travaillant pour le régime de santé public (comparer *Seshia*, et *Rosen c. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40).

[95] La distinction est d'autant plus difficile à établir que, de nos jours, un emploi dans la fonction publique est généralement assimilé à un emploi contractuel ordinaire. Auparavant, en common law, les fonctionnaires étaient considérés comme de véritables « employés personnels de la Couronne » et pouvaient donc être congédiés à volonté. Toutefois, il est désormais établi que la plupart des fonctionnaires ont un lien d'emploi contractuel : *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

[96] L'arrêt *Wells* porte sur le renvoi sans indemnité d'un titulaire de charge publique dont le poste avait été aboli par la loi. La Cour a statué que malgré l'origine législative de son poste, M. Wells avait un lien d'emploi contractuel avec l'État, de sorte qu'il avait droit à une indemnité pour rupture de contrat suivant les règles habituelles du droit privé. Cet

to ordinary private law principles. Indeed, *Wells* recognized that most civil servants and public officers are employed under contracts of employment, either as members of unions bound by collective agreements or as non-unionized employees under individual contracts of employment (paras. 20-21 and 29-32). Only certain officers, like ministers of the Crown and “others who fulfill constitutionally defined state roles”, do not have a contractual relationship with the Crown, since the terms of their positions cannot be modified by agreement (*Wells*, at paras. 29-32).

[97] The effect of *Wells*, as Professors Hogg and Monahan note, is that

[t]he government’s common law relationship with its employees will now be governed, for the most part, by the general law of contract, in the same way as private employment relationships. This does not mean that governments cannot provide for a right to terminate employment contracts at pleasure. However, if the government wishes to have such a right, it must either contract for it or make provision (expressly or by necessary implication) by way of statute.

(P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 240)

The important point for our purposes is that *Wells* confirmed that most public office holders have a contractual employment relationship. Of course, office holders’ positions will also often be governed by statute and regulations, but the essence of the employment relationship is still contractual. In this context, attempting to make a clear distinction between office holders and contractual employees for the purposes of procedural fairness becomes even more difficult.

[98] If the distinction has become difficult to maintain in practice, it is also increasingly hard to justify in principle. There would appear to be three main reasons for distinguishing between office holders and contractual employees and for extending procedural fairness protections only to the former, all of which, in our view, are problematic.

[99] First, historically, offices were viewed as a form of property, and thus could be recovered by

arrêt a en effet reconnu que l’emploi de la plupart des fonctionnaires et hauts fonctionnaires est régi par un contrat — une convention collective lorsque l’intéressé est membre d’un syndicat ou un contrat individuel de travail lorsqu’il ne l’est pas (par. 20-21 et 29-32). Seuls les titulaires de certains postes, tels les ministres de la Couronne et « d’autres personnes qui remplissent au sein de l’État des rôles définis constitutionnellement » n’ont pas de relations contractuelles avec l’État puisque leurs conditions d’emploi ne peuvent être modifiées de gré à gré (*Wells*, par. 29-32).

[97] Voici comment les professeurs Hogg et Monahan décrivent les retombées de l’arrêt *Wells* :

[TRADUCTION] En droit commun, la relation entre l’État et ses employés sera désormais régie, pour l’essentiel, par le droit général des contrats, tout comme la relation d’emploi entre parties privées. Cela n’empêchera pas l’État de prévoir le droit de mettre fin à un contrat d’emploi à son gré. Cependant, pour qu’il puisse s’en prévaloir, ce droit devra figurer dans le contrat ou être prévu (expressément ou par déduction nécessaire) dans la loi.

(P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000), p. 240)

Pour les besoins du présent pourvoi, l’arrêt *Wells* confirme surtout la nature contractuelle du lien d’emploi de la plupart des titulaires de charge publique. Évidemment, il arrive souvent qu’une charge soit par ailleurs assujettie à des dispositions législatives ou réglementaires, mais le lien d’emploi demeure essentiellement contractuel. Dans ce contexte, il est encore plus difficile d’établir une nette distinction entre le titulaire de charge et l’employé contractuel pour ce qui est du droit à l’équité procédurale.

[98] Si la distinction se révèle elle-même difficile en pratique, sa justification théorique l’est elle aussi de plus en plus. Trois raisons principales sont invoquées pour distinguer le titulaire de charge de l’employé contractuel et n’accorder le bénéfice de l’équité procédurale qu’au premier, mais à notre avis, elles posent toutes problème.

[99] La première raison réside dans le fait qu’autrefois, la charge était considérée comme un bien, de

the office holder who was removed contrary to the principles of natural justice. Employees who were dismissed in breach of their contract, however, could only sue for damages, since specific performance is not generally available for contracts for personal service (Wade and Forsyth, at pp. 531-32). This conception of public office has long since faded from our law: public offices are no longer treated as a form of private property.

[100] A second and more persuasive reason for the distinction is that dismissal from public office involves the exercise of delegated statutory power and should therefore be subject to public law controls like any other administrative decision (*Knight*, at p. 675; *Malloch*, at p. 1293, *per* Lord Wilberforce). In contrast, the dismissal of a contractual employee only implicates a public authority's private law rights as an employer.

[101] A third reason is that, unlike contractual employees, office holders did not typically benefit from contractual rights protecting them from summary discharge. This was true of the public office holders in *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson*. Indeed, in both cases the statutory language purported to authorize dismissal without notice. The holders of an office "at pleasure" were in an even more tenuous position since by definition they could be dismissed without notice *and* without reason (*Nicholson*, at p. 323; *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), at p. 1192 "pleasure appointment"). Because of this relative insecurity it was seen to be desirable to impose minimal procedural requirements in order to ensure that office holders were not deprived of their positions arbitrarily (*Nicholson*, at pp. 322-23; *Knight*, at pp. 674-75; Wade and Forsyth, at pp. 536-37).

[102] In our view, the existence of a contract of employment, not the public employee's status as an office holder, is the crucial consideration. Where a public office holder is employed under a contract of employment the justifications for imposing a public law duty of fairness with respect to his or her dismissal lose much of their force.

sorte qu'elle pouvait être recouvrée par le titulaire qui en avait été dépossédé au mépris des règles de justice naturelle. Or, l'employé démis de ses fonctions en violation de son contrat d'emploi ne pouvait qu'intenter une action en dommages-intérêts puisque le contrat relatif à des services personnels n'était généralement pas susceptible d'exécution en nature (Wade et Forsyth, p. 531-532). Cette conception est depuis longtemps révolue dans notre droit, car la charge publique n'est plus considérée comme un bien privé.

[100] Plus convaincante, la deuxième raison d'être de la distinction est que la décision de démettre un titulaire de charge publique suppose l'exercice d'un pouvoir légal délégué, de sorte que, à l'instar de toute décision administrative, elle doit être soumise aux mécanismes de contrôle du droit public (*Knight*, p. 675; *Malloch*, p. 1293, *per* Lord Wilberforce). À l'opposé, le renvoi d'un employé contractuel ne fait intervenir que les droits privés de l'organisme public en tant qu'employeur.

[101] Suivant la troisième raison avancée, contrairement à l'employé contractuel, le titulaire de charge ne bénéficiait généralement pas d'une clause contractuelle le protégeant contre le renvoi sommaire. Tel était le cas dans les affaires *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson*, car le libellé de la loi autorisait la destitution sans préavis. La situation du titulaire de charge à titre amovible était encore plus précaire puisque, par définition, il pouvait être destitué sans préavis *et* sans motif : *Nicholson*, p. 323; *Black's Law Dictionary* (8^e éd. 2004), p. 1192, « *pleasure appointment* » ([TRADUCTION] « nomination à titre amovible »). À cause de cette relative insécurité, il a paru souhaitable d'établir un minimum d'exigences procédurales afin que le titulaire de charge ne soit pas destitué arbitrairement (*Nicholson*, p. 322-323; *Knight*, p. 674-675; Wade et Forsyth, p. 536-537).

[102] À notre sens, c'est l'existence d'un contrat d'emploi, et non la qualité de titulaire de charge publique de l'employé, qui est déterminante. Lorsque le titulaire d'une charge publique est partie à un contrat d'emploi, l'imposition à l'employeur d'une obligation d'équité en droit public se justifie beaucoup moins.

[103] Where the employment relationship is contractual, it becomes difficult to see how a public employer is acting any differently in dismissing a public office holder and a contractual employee. In both cases, it would seem that the public employer is merely exercising its private law rights as an employer. For instance, in *Knight*, the director's position was terminated by a resolution passed by the board of education pursuant to statute, but it was done in accordance with the contract of employment, which provided for dismissal on three months' notice. Similarly, the appellant in this case was dismissed pursuant to s. 20 of the *New Brunswick Civil Service Act*, but that section provides that the ordinary rules of contract govern dismissal. He could therefore only be dismissed for just cause or on reasonable notice, and any failure to do so would give rise to a right to damages. In seeking to end the employment relationship with four months' pay in lieu of notice, the respondent was acting no differently than any other employer at common law. In *Wells*, Major J. noted that public employment had all of the features of a contractual relationship:

A common-sense view of what it means to work for the government suggests that these relationships have all the hallmarks of contract. There are negotiations leading to agreement and employment. This gives rise to enforceable obligations on both sides. The Crown is acting much as an ordinary citizen would, engaging in mutually beneficial commercial relations with individual and corporate actors. Although the Crown may have statutory guidelines, the result is still a contract of employment. [Emphasis added; para. 22.]

If the Crown is acting as any other private actor would in hiring its employees, then it follows that the dismissal of its employees should be viewed in the same way.

[104] Furthermore, while public law is rightly concerned with preventing the arbitrary exercise of delegated powers, the good faith exercise of the contractual rights of an employer, such as the right

[103] Du moment que le lien d'emploi est contractuel, il est difficile de concevoir qu'un employeur du secteur public agisse différemment selon qu'il congédie un titulaire de charge publique ou un employé contractuel. Dans les deux cas, il appert que l'employeur ne fait qu'exercer ses droits privés à titre d'employeur. Par exemple, dans l'affaire *Knight*, le conseil scolaire avait adopté, conformément à la loi, une résolution mettant fin à l'emploi du directeur, mais il avait respecté le contrat d'emploi qui prévoyait un préavis de trois mois. De même, en l'espèce, l'appelant a été congédié en application de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* du Nouveau-Brunswick. Or, cet article dispose que la cessation d'emploi est régie par les règles contractuelles ordinaires. En conséquence, l'appelant devait être congédié pour un motif valable ou avec un préavis raisonnable, sinon l'intimée pouvait être condamnée à lui verser des dommages-intérêts. En mettant fin à l'emploi par le versement d'une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis, l'intimée n'a pas agi différemment de n'importe quel autre employeur assujetti à la common law. Dans l'arrêt *Wells*, le juge Major a signalé que l'emploi dans la fonction publique possédait toutes les caractéristiques d'une relation contractuelle :

Un examen fondé sur le bon sens de ce que signifie le fait de travailler pour le gouvernement tend à indiquer que ces relations portent toutes les marques d'un contrat. Des négociations donnent lieu à une entente et à un emploi et engendrent des obligations exécutoires pour les deux parties. La Couronne agit en grande partie comme un citoyen ordinaire le ferait, s'engageant dans des relations commerciales avantageuses pour les deux parties, tant avec des particuliers qu'avec des sociétés. Bien que la Couronne puisse être tenue de suivre des lignes directrices prévues par la loi, le résultat demeure quand même un contrat de travail. [Nous soulignons; par. 22.]

Si la Couronne se confond avec tout employeur du secteur privé lorsqu'elle engage ses employés, il devrait donc en être de même lorsqu'elle les congédie.

[104] En outre, le droit public se soucie à juste titre d'empêcher l'exercice arbitraire du pouvoir délégué, mais on ne saurait qualifier d'arbitraire l'exercice de bonne foi d'un droit contractuel

to end the employment relationship on reasonable notice, cannot be qualified as arbitrary. Where the terms of the employment contract were explicitly agreed to, it will be assumed that procedural fairness was dealt with by the parties (see, for example, in the context of collective agreements: *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowwaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56). If, however, the contract of employment is silent, the fundamental terms will be supplied by the common law or the civil law, in which case dismissal may only be for just cause or on reasonable notice.

[105] In the context of this appeal, it must be emphasized that dismissal with reasonable notice is not unfair *per se*. An employer's right to terminate the employment relationship with due notice is simply the counterpart to the employee's right to quit with due notice (G. England, *Employment Law in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), at para. 13.3). It is a well-established principle of the common law that, unless otherwise provided, both parties to an employment contract may end the relationship without alleging cause so long as they provide adequate notice. An employer's right to terminate on reasonable notice must be exercised within the framework of an employer's general obligations of good faith and fair dealing: *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 95. But the good faith exercise of a common law contractual right to dismiss with notice does not give rise to concerns about the illegitimate exercise of public power. Moreover, as will be discussed below, where public employers do act in bad faith or engage in unfair dealing, the private law provides a more appropriate form of relief and there is no reason that they should be treated differently than private sector employers who engage in similar conduct.

[106] Of course, a public authority must abide by any statutory restrictions on the exercise of its discretion as an employer, regardless of the terms of an employment contract, and failure to do so may give rise to a public law remedy. A public authority cannot contract out of its statutory duties. But where a dismissal decision is properly within the public authority's powers and is taken pursuant to

de l'employeur, tel celui de mettre fin à la relation d'emploi moyennant un préavis raisonnable. Lorsque les parties ont expressément convenu des clauses du contrat d'emploi, il sera présumé qu'elles se sont également entendues sur l'équité procédurale (voir, p. ex., dans le cas d'une convention collective, *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowwaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56). Si rien n'est prévu au contrat, la common law ou le droit civil dicte les conditions fondamentales et il ne peut alors y avoir congédiement que pour motif valable ou avec préavis raisonnable.

[105] Dans le contexte du présent pourvoi, il importe de souligner que le congédiement avec préavis raisonnable n'est pas intrinsèquement injuste. Le droit de l'employeur de mettre fin à l'emploi moyennant le préavis requis est la simple contrepartie du droit de l'employé de donner sa démission moyennant le préavis requis (G. England, *Employment Law in Canada* (4^e éd. (feuilles mobiles)), par. 13.3). Un principe bien établi du droit commun veut que, sauf disposition contraire, les deux parties au contrat d'emploi peuvent mettre fin à la relation sans invoquer de motif à condition que le préavis soit suffisant. L'employeur est tenu d'exercer ce droit conformément à ses obligations générales de bonne foi et de traitement équitable : *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 95. Or, l'exercice de bonne foi du droit issu du droit commun des contrats de congédier l'employé avec préavis ne saurait mettre en doute la légitimité de l'exercice du pouvoir public. De plus — nous y reviendrons —, lorsque l'employeur du secteur public agit de mauvaise foi ou de manière inéquitable, le droit privé offre un type de recours plus approprié, et il n'y a pas lieu de le traiter différemment de l'employeur du secteur privé qui agit de même.

[106] Un organisme public doit évidemment respecter les limites légales fixées à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à titre d'employeur, quelles que soient les conditions du contrat d'emploi, faute de quoi il s'expose à un recours en droit public. Il ne peut se soustraire par contrat à ses obligations légales. Cependant, lorsqu'il prend la décision de congédier une personne conformément à ses

a contract of employment, there is no compelling public law purpose for imposing a duty of fairness.

[107] Nor is the protection of office holders a justification for imposing a duty of fairness when the employee is protected from wrongful dismissal by contract. The appellant's situation provides a good illustration of why this is so. As an office holder, the appellant was employed "at pleasure", and could therefore be terminated without notice or reason (*Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 20). However, he was also a civil servant and, pursuant to s. 20 of the *Civil Service Act*, his dismissal was governed by the ordinary rules of contract. If his employer had dismissed him without notice and without cause he would have been entitled to claim damages for breach of contract. Even if he was dismissed with notice, it was open to him to challenge the length of notice or amount of pay in lieu of notice given. On the facts, the respondent gave the appellant four months' worth of pay in lieu of notice, which he was successful in having increased to eight months before the grievance adjudicator.

[108] It is true that the remedy of reinstatement is not available for breach of contract at common law. In this regard, it might be argued that contractual remedies, on their own, offer insufficient protection to office holders (see *de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at p. 187). However, it must be kept in mind that breach of a public law duty of fairness also does not lead to full reinstatement. The effect of a breach of procedural fairness is to render the dismissal decision void *ab initio* (*Ridge v. Baldwin*, at p. 81). Accordingly, the employment is deemed to have never ceased and the office holder is entitled to unpaid wages and benefits from the date of the dismissal to the date of judgment (see England, at para. 17.224). However, an employer is free to follow the correct procedure and dismiss the office holder again. A breach of the duty of fairness simply requires that the dismissal decision be retaken. It therefore is incorrect to equate it to reinstatement (see *Malloch*, at p. 1284).

pouvoirs et à un contrat d'emploi, nulle considération supérieure du droit public ne justifie l'imposition d'une obligation d'équité.

[107] La protection du titulaire de charge publique ne justifie pas non plus l'assujettissement à l'obligation d'équité lorsqu'un contrat protège l'intéressé contre le congédiement injuste. La situation de l'appelant le montre bien. En tant que titulaire d'une charge publique, l'appelant était employé à titre amovible, et l'employeur pouvait donc mettre fin à son emploi sans préavis et sans motif (*Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, art. 20). Or, il était également fonctionnaire et, suivant l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, les règles contractuelles ordinaires régissaient son congédiement. Si son employeur l'avait congédié sans préavis et sans motif, il aurait pu réclamer des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Même s'il a été congédié avec préavis, il pouvait contester la durée de celui-ci ou le montant de l'indemnité en tenant lieu. Il appert que l'intimée lui a versé une indemnité équivalant à quatre mois de salaire en lieu et place d'un préavis et que l'arbitre saisi de son grief a porté cette indemnité à huit mois de salaire.

[108] Il est vrai qu'en common law, la réintégration ne peut être ordonnée par suite d'une rupture de contrat. On peut à cet égard soutenir que le seul droit contractuel ne protège pas suffisamment le titulaire de charge (voir *de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5^e éd. 1995), p. 187). Toutefois, il ne faut pas oublier que le recours pour manquement à l'obligation d'équité en droit public ne permet pas non plus la réintégration, mais bien l'annulation *ab initio* de la décision de congédier (*Ridge c. Baldwin*, p. 81). L'emploi est donc réputé n'avoir jamais pris fin, et le titulaire de charge a droit au salaire et aux avantages impayés entre la date du congédiement et celle du jugement (voir England, par. 17.224). Cependant, l'employeur peut toujours congédier la personne de nouveau en suivant alors la bonne procédure. L'employeur qui manque à l'obligation d'équité doit simplement reprendre le processus décisionnel. Il est donc erroné de penser qu'un tel manquement donne droit à la réintégration (voir *Malloch*, p. 1284).

[109] In addition, a public law remedy can lead to unfairness. The amount of unpaid wages and benefits an office holder is entitled to will be a function of the length of time the judicial process has taken to wend its way to a final resolution rather than criteria related to the employee's situation. Furthermore, in principle, there is no duty to mitigate since unpaid wages are not technically damages. As a result, an employee may recoup much more than he or she actually lost (see *England*, at para. 17.224).

[110] In contrast, the private law offers a more principled and fair remedy. The length of notice or amount of pay in lieu of notice an employee is entitled to depends on a number of factors including length of service, age, experience and the availability of alternative employment (see *Wallace*, at paras. 81 ff.). The notice period may be increased if it is established that the employer acted in bad faith or engaged in unfair dealing when acting to dismiss the employee (*Wallace*, at para. 95). These considerations aim at ensuring that dismissed employees are afforded some measure of protection while looking for new employment.

[111] It is important to note as well that the appellant, as a public employee employed under a contract of employment, also had access to all of the same statutory and common law protections that surround private sector employment. He was protected from dismissal on the basis of a prohibited ground of discrimination under the *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11. His employer was bound to respect the norms laid down by the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2. As has already been mentioned, if his dismissal had been in bad faith or he had been subject to unfair dealing, it would have been open to him to argue for an extension of the notice period pursuant to the principles laid down in *Wallace*. In short, the appellant was not without legal protections or remedies in the face of his dismissal.

(4) The Proper Approach to the Dismissal of Public Employees

[112] In our view, the distinction between office holder and contractual employee for the purposes

[109] En outre, le recours fondé sur le droit public peut avoir des effets inéquitables. Le montant du salaire et des avantages impayés auquel le titulaire d'une charge a droit dépend du temps écoulé avant qu'une cour de justice ne rende une décision définitive, et non de critères liés à sa situation. De plus, l'employé n'a pas en principe l'obligation de limiter le préjudice, le salaire impayé ne constituant pas à strictement parler des dommages-intérêts. Il s'ensuit que l'employé peut obtenir beaucoup plus que ce qu'il a réellement perdu (voir *England*, par. 17.224).

[110] À l'opposé, le droit privé offre un recours mieux fondé et plus juste. La durée du préavis ou le montant de l'indemnité en tenant lieu dépend de différentes variables, dont les états de service, l'âge, l'expérience et l'existence d'autres possibilités d'emploi (voir *Wallace*, par. 81 et suiv.). Le préavis peut être prolongé lorsqu'il est établi que l'employeur a fait preuve de mauvaise foi ou agi de manière inéquitable en congédiant l'employé (*Wallace*, par. 95). L'objectif est d'assurer à l'employé congédié une certaine protection jusqu'à ce qu'il trouve un nouvel emploi.

[111] Il importe de signaler qu'à titre d'employé du secteur public régi par un contrat d'emploi, l'appelant avait également droit aux mesures de protection prévues par la loi et le droit commun au bénéfice des employés du secteur privé. La *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, le protégeait contre le congédiement pour un motif de discrimination interdit, et son employeur était tenu de se conformer à la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2. Rappelons que s'il avait été congédié de mauvaise foi ou de façon inéquitable, il aurait pu demander un préavis plus long selon les principes énoncés dans l'arrêt *Wallace*. Bref, l'appelant n'était pas privé de protections ou de recours légaux advenant son congédiement.

(4) La démarche qui s'impose à l'égard du congédiement d'un fonctionnaire

[112] La distinction entre titulaire de charge et employé contractuel aux fins de déterminer un droit

of a public law duty of fairness is problematic and should be done away with. The distinction is difficult to apply in practice and does not correspond with the justifications for imposing public law procedural fairness requirements. What is important in assessing the actions of a public employer in relation to its employees is the nature of the employment relationship. Where the relationship is contractual, it should be viewed as any other private law employment relationship regardless of an employee's status as an office holder.

[113] The starting point, therefore, in any analysis, should be to determine the nature of the employment relationship with the public authority. Following *Wells*, it is assumed that most public employment relationships are contractual. Where this is the case, disputes relating to dismissal should be resolved according to the express or implied terms of the contract of employment and any applicable statutes and regulations, without regard for whether the employee is an office holder. A public authority which dismisses an employee pursuant to a contract of employment should not be subject to any additional public law duty of fairness. Where the dismissal results in a breach of contract, the public employee will have access to ordinary contractual remedies.

[114] The principles expressed in *Knight* in relation to the general duty of fairness owed by public authorities when making decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals are valid and important. However, to the extent that the majority decision in *Knight* ignored the important effect of a contract of employment, it should not be followed. Where a public employee is protected from wrongful dismissal by contract, his or her remedy should be in private law, not in public law.

[115] The dismissal of a public employee should therefore generally be viewed as a typical employment law dispute. However, there may be occasions where a public law duty of fairness will still apply. We can envision two such situations at present. The first occurs where a public employee is not, in fact,

à l'équité reconnu en droit public soulève des difficultés et devrait selon nous être abandonnée. Elle s'est révélée difficile dans les faits et sans corrélation avec la raison d'être de l'imposition de l'obligation d'équité procédurale. Ce qui importe dans l'évaluation des actes de l'employeur public à l'endroit de son employé, c'est la nature de la relation d'emploi : lorsqu'elle est contractuelle, elle doit être considérée comme toute autre relation d'emploi assujettie au droit privé, même lorsque l'employé est titulaire d'une charge.

[113] L'analyse doit donc s'attacher d'abord à la nature du lien d'emploi avec l'organisme public. Depuis l'arrêt *Wells*, la plupart des relations d'emploi dans la fonction publique sont tenues pour contractuelles. Lorsque le lien est contractuel, tout différend relatif au congédiement doit être réglé comme le prévoit expressément ou implicitement le contrat d'emploi et conformément aux dispositions législatives ou réglementaires applicables, que l'employé soit ou non titulaire de charge. L'organisme public qui renvoie un employé en application d'un contrat d'emploi ne devrait pas être assujéti en outre à une obligation d'équité reconnue en droit public. Lorsque le congédiement contrevient au contrat, le fonctionnaire dispose des recours habituels suivant le droit des contrats.

[114] Les principes formulés dans l'arrêt *Knight* relativement à l'obligation générale d'équité à laquelle est tenu l'organisme public dont la décision touche les droits, les privilèges ou les biens d'une personne demeurent valables et importants. Toutefois, dans la mesure où les juges majoritaires n'ont pas tenu compte de l'effet déterminant d'un contrat d'emploi, l'arrêt ne devrait pas être suivi. L'employé qu'un contrat protège contre le congédiement injuste devait pouvoir exercer un recours en droit privé, et non en droit public.

[115] Il convient donc généralement de considérer le congédiement d'un employé du secteur public comme un différend ordinaire en droit du travail. Il peut quand même arriver que l'obligation d'équité procédurale s'applique. Deux situations peuvent actuellement être envisagées. La

protected by a contract of employment. This will be the case with judges, ministers of the Crown and others who “fulfill constitutionally defined state roles” (*Wells*, at para. 31). It may also be that the terms of appointment of some public office holders expressly provide for summary dismissal or, at the very least, are silent on the matter, in which case the office holders may be deemed to hold office “at pleasure” (see e.g. *New Brunswick Interpretation Act*, s. 20; *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 23(1)). Because an employee in this situation is truly subject to the will of the Crown, procedural fairness is required to ensure that public power is not exercised capriciously.

[116] A second situation occurs when a duty of fairness flows by necessary implication from a statutory power governing the employment relationship. In *Malloch*, the applicable statute provided that dismissal of a teacher could only take place if the teacher was given three weeks’ notice of the motion to dismiss. The House of Lords found that this necessarily implied a right for the teacher to make representations at the meeting where the dismissal motion was being considered. Otherwise, there would have been little reason for Parliament to have provided for the notice procedure in the first place (p. 1282). Whether and what type of procedural requirements result from a particular statutory power will of course depend on the specific wording at issue and will vary with the context (*Knight*, at p. 682).

B. Conclusion

[117] In this case, the appellant was a contractual employee of the respondent in addition to being a public office holder. Section 20 of the *Civil Service Act* provided that, as a civil servant, he could only be dismissed in accordance with the ordinary rules of contract. In these circumstances it was unnecessary to consider any public law duty of procedural fairness. The respondent was fully within its rights

première est celle où l’employé du secteur public n’est pas protégé dans les faits par un contrat d’emploi, comme c’est le cas des ministres de la Couronne et d’autres personnes qui « remplissent au sein de l’État des rôles définis constitutionnellement » (*Wells*, par. 31). Il peut aussi arriver que la nomination autorise expressément le congédiement sommaire du titulaire de la charge publique ou, à tout le moins, qu’elle ne prévoit rien à ce sujet, auquel cas l’intéressé peut être réputé occuper son poste à titre amovible (voir notamment la *Loi d’interprétation* du Nouveau-Brunswick, art. 20, et la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, par. 23(1)). Étant donné que l’employé est alors véritablement soumis à la volonté de l’État, l’obligation d’équité procédurale doit être imposée afin que le pouvoir public ne soit pas exercé de façon irrégulière.

[116] Dans la deuxième situation possible, l’obligation d’équité découle, par déduction nécessaire, d’un pouvoir légal régissant la relation d’emploi. Dans l’affaire *Malloch*, la loi applicable prévoyait qu’un enseignant ne pouvait être congédié qu’après avoir été informé trois semaines à l’avance de la tenue de la réunion où son congédiement serait proposé. La Chambre des lords a estimé que l’enseignant avait nécessairement le droit d’être entendu à cette réunion, sinon l’avis exigé par le législateur n’aurait eu aucune raison d’être (p. 1282). Naturellement, l’existence d’exigences procédurales et leur nature dépendront du libellé de la disposition en cause et varieront selon le contexte (*Knight*, p. 682).

B. Conclusion

[117] En l’espèce, l’appelant était à la fois titulaire d’une charge publique et employé contractuel de l’intimée. L’article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* prévoyait qu’à titre de fonctionnaire, il ne pouvait être congédié que suivant les règles contractuelles ordinaires. Il n’était donc pas nécessaire de tenir compte de quelque obligation d’équité procédurale en droit public. L’intimée

to dismiss the appellant with pay in lieu of notice without affording him a hearing. The respondent dismissed the appellant with four months' pay in lieu of notice. The appellant was successful in increasing this amount to eight months. The appellant was protected by contract and was able to obtain contractual remedies in relation to his dismissal. By imposing procedural fairness requirements on the respondent over and above its contractual obligations and ordering the full "reinstatement" of the appellant, the adjudicator erred in his application of the duty of fairness and his decision was therefore correctly struck down by the Court of Queen's Bench.

V. Disposition

[118] We would dismiss the appeal. There will be no order for costs in this Court as the respondent is not requesting them.

The following are the reasons delivered by

[119] BINNIE J. — I agree with my colleagues that the appellant's former employment relationship with the respondent is governed by contract. The respondent chose to exercise its right to terminate the employment without alleging cause. The adjudicator adopted an unreasonable interpretation of s. 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, and of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25. The appellant was a non-unionized employee whose job was terminated in accordance with contract law. Public law principles of procedural fairness were not applicable in the circumstances. These conclusions are enough to dispose of the appeal.

[120] However, my colleagues Bastarache and LeBel JJ. are embarked on a more ambitious mission, stating that:

Although the instant appeal deals with the particular problem of judicial review of the decisions of an

pouvait parfaitement congédier l'appelant en lui versant une indemnité tenant lieu de préavis, sans lui offrir la possibilité d'être entendu. Elle a versé à l'appelant quatre mois de salaire tenant lieu de préavis, et ce dernier a obtenu que cette indemnité soit portée à huit mois de salaire. Bénéficiaire de la protection d'un contrat, l'appelant a pu obtenir des mesures de réparation de nature contractuelle en liaison avec son congédiement. En assujettissant l'intimée à l'obligation d'équité procédurale en sus de ses obligations contractuelles et en ordonnant la réintégration de l'appelant, l'arbitre a commis une erreur dans l'application de l'obligation d'équité, et la Cour du Banc de la Reine a annulé à bon droit sa décision.

V. Dispositif

[118] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Aucune demande n'ayant été présentée en ce sens par l'intimée, aucune ordonnance n'est rendue relativement aux dépens devant la Cour.

Version française des motifs rendus par

[119] LE JUGE BINNIE — Je conviens avec mes collègues que le lien d'emploi était régi par un contrat. L'intimée a exercé son droit de mettre fin à l'emploi de l'appelant sans invoquer de motif. L'arbitre a interprété l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, ainsi que le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, d'une manière déraisonnable. L'appelant était un employé non syndiqué, et l'intimée a mis fin à son emploi conformément au droit contractuel. Les principes du droit public relatifs à l'équité procédurale ne s'appliquaient pas dans les circonstances. Ces conclusions suffisent pour statuer sur le pourvoi.

[120] Cependant, mes collègues les juges Bastarache et LeBel s'attellent à une tâche plus ambitieuse et affirment ce qui suit :

Même si le présent pourvoi porte plus particulièrement sur le contrôle judiciaire d'une décision arbitrale,

adjudicative tribunal, these reasons will address first and foremost the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole.

... The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable. [Emphasis added; paras. 33 and 32.]

[121] The need for such a re-examination is widely recognized, but in the end my colleagues' reasons for judgment do not deal with the "system as a whole". They focus on administrative tribunals. In that context, they reduce the applicable standards of review from three to two ("correctness" and "reasonableness"), but retain the pragmatic and functional analysis, although now it is to be called the "standard of review analysis" (para. 63). A broader reappraisal is called for. Changing the name of the old pragmatic and functional test represents a limited advance, but as the poet says:

What's in a name? that which we call a rose
By any other name would smell as sweet;

(*Romeo and Juliet*, Act II, Scene ii)

[122] I am emboldened by my colleagues' insistence that "a holistic approach is needed when considering fundamental principles" (para. 26) to express the following views. Judicial review is an idea that has lately become unduly burdened with law office metaphysics. We are concerned with substance not nomenclature. The words themselves are unobjectionable. The dreaded reference to "functional" can simply be taken to mean that generally speaking courts have the last word on what *they* consider the correct decision on legal matters (because deciding legal issues is their "function"), while administrators should generally have the last word within *their* function, which is to decide administrative matters. The word "pragmatic" not only signals a distaste for formalism but recognizes that a conceptually tidy division of functions has to be tempered by

dans les présents motifs, la Cour se penche avant tout sur l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble.

... Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d'établir un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel. [Nous soulignons; par. 33 et 32.]

[121] La nécessité d'un tel réexamen est largement reconnue, mais en fin de compte, mes collègues ne s'attaquent pas au « mécanisme dans son ensemble ». Leurs motifs visent les tribunaux administratifs. Dans ce contexte, ils ramènent le nombre de normes de contrôle applicables de trois à deux (la « décision correcte » et la « décision raisonnable »), mais conservent l'analyse pragmatique et fonctionnelle, qu'ils rebaptisent « analyse relative à la norme de contrôle » (par. 63). Une réévaluation plus vaste s'impose. Modifier l'appellation de l'ancienne analyse pragmatique et fonctionnelle constitue une modeste avancée, mais comme dit le poète :

Qu'y a-t-il dans un nom?
Ce que nous appelons une rose embaumerait autant sous un autre nom.

(*Roméo et Juliette*, acte II, scène ii)

[122] Vu l'affirmation de mes collègues selon laquelle « l'examen de principes fondamentaux commande une démarche globale » (par. 26), j'ose exprimer mon point de vue sur le sujet. Ces dernières années, des débats métaphysico-juridiques ont indûment embrouillé la notion de contrôle judiciaire. Il s'agit de modifier le mécanisme lui-même, et non son appellation. En eux-mêmes, les termes employés n'ont rien de répréhensible. Le redoutable qualificatif « fonctionnel » peut simplement être interprété comme conférant généralement aux cours de justice le pouvoir de décider en fin de compte ce qui, à *leur* avis, constitue la bonne décision sur le plan juridique (leur « fonction » étant de statuer sur les questions de droit), alors que le décideur administratif devrait généralement avoir le dernier mot dans l'exercice de *sa* fonction, qui consiste à trancher en matière administrative. Non

practical considerations: for example, a labour board is better placed than the courts to interpret the intricacies of provisions in a labour statute governing replacement of union workers; see e.g. *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

[123] Parliament or a provincial legislature is often well advised to allocate an administrative decision to someone other than a judge. The judge is on the outside of the administration looking in. The legislators are entitled to put their trust in the viewpoint of the designated decision maker (particularly as to what constitutes a reasonable outcome), not only in the case of the administrative tribunals of principal concern to my colleagues but (taking a “holistic approach”) also in the case of a minister, a board, a public servant, a commission, an elected council or other administrative bodies and statutory decision makers. In the absence of a full statutory right of appeal, the court ought generally to respect the exercise of the administrative discretion, particularly in the face of a privative clause.

[124] On the other hand, a court is right to insist that *its* view of the correct opinion (i.e. the “correctness” standard of review) is accepted on questions concerning the Constitution, the common law, and the interpretation of a statute other than the administrator’s enabling statute (the “home statute”) or a rule or statute closely connected with it; see generally D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 14:2210.

[125] Thus the law (or, more grandly, the “rule of law”) sets the boundaries of potential administrative action. It is sometimes said by judges that an administrator acting within his or her discretion

seulement l’adjectif « pragmatique » exprime une répugnance pour le formalisme, mais il reconnaît également la nécessité de tempérer la stricte division conceptuelle des fonctions par des considérations pratiques (p. ex., le fait qu’un conseil des relations de travail est plus à même qu’une cour de justice d’interpréter les subtilités de dispositions législatives sur le travail régissant le remplacement de travailleurs syndiqués : voir, entre autres, *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227).

[123] Souvent, le législateur fédéral ou provincial est bien inspiré de confier à un autre organisme qu’une cour de justice le soin de rendre une décision administrative. La cour de justice a sur l’Administration un point de vue extérieur à celle-ci. Il est loisible au législateur de s’en remettre au jugement d’un décideur qu’il désigne (en particulier quant à la raisonnable du résultat) non seulement dans le cas des tribunaux administratifs auxquels s’intéressent principalement mes collègues, mais aussi (suivant une démarche globale) dans le cas d’un ministre, d’un organisme, d’un fonctionnaire, d’un corps élu ou d’un autre organisme administratif ou d’origine législative. En l’absence d’un droit d’appel inconditionnel prévu par la loi, la cour de révision doit généralement respecter l’exercice du pouvoir discrétionnaire, surtout en présence d’une clause privative.

[124] Par contre, elle peut légitimement soutenir que ce qu’elle estime constituer la bonne décision (la norme de la « décision correcte ») prévaut pour les questions relatives à la Constitution, au droit commun et à l’interprétation d’autres lois que la loi habilitante du décideur administratif (sa « loi constitutive ») ou une règle ou un texte législatif étroitement lié à celle-ci : voir généralement D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 14 : 2210.

[125] Le droit ou, plus solennellement, la « règle de droit », délimite donc la portée de l’action administrative possible. Les juges disent parfois que dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, le

“has the right to be wrong”. This reflects an unduly court-centred view of the universe. A disagreement between the court and an administrator does not necessarily mean that the administrator is wrong.

A. *Limits on the Allocation of Decision Making*

[126] It should not be difficult in the course of judicial review to identify legal questions requiring disposition by a judge. There are three basic legal limits on the allocation of administrative discretion.

[127] Firstly, the Constitution restricts the legislator’s ability to allocate issues to administrative bodies which s. 96 of the *Constitution Act, 1867* has allocated to the courts. The logic of the constitutional limitation is obvious. If the limitation did not exist, the government could transfer the work of the courts to administrative bodies that are not independent of the executive and by statute immunize the decisions of these bodies from effective judicial review. The country would still possess an independent judiciary, but the courts would not be available to citizens whose rights or interests are trapped in the administration.

[128] Secondly, administrative action must be founded on statutory or prerogative (i.e. common law) powers. This too is a simple idea. No one can exercise a power they do not possess. Whether or not the power (or jurisdiction) exists is a question of law for the courts to determine, just as it is for the courts (not the administrators) to have the final word on questions of general law that may be relevant to the resolution of an administrative issue. The instances where this Court has deferred to an administrator’s conclusion of law *outside* his or her home statute, or a statute “intimately” connected thereto, are exceptional. We should say so. Instead, my colleagues say the court’s view of the law will prevail

décideur administratif « a le droit de se tromper », ce qui traduit, de la part des cours de justice, une conception de l’univers centrée sur elles-mêmes. Ce n’est pas parce que la cour est en désaccord avec le décideur administratif que ce dernier a nécessairement tort.

A. *Les limites imposées à l’attribution du pouvoir décisionnel*

[126] Lors du contrôle judiciaire, la détermination des questions de droit devant être tranchées par une cour de justice ne devrait pas être ardue. Trois éléments restreignent fondamentalement l’attribution du pouvoir discrétionnaire administratif.

[127] En premier lieu, la Constitution empêche le législateur de confier à un organisme administratif le règlement d’une question qui relève d’une cour de justice suivant l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ce, pour une raison manifeste. Si ce n’était pas le cas, l’État pourrait confier la tâche des tribunaux judiciaires à des organismes administratifs qui ne sont pas indépendants de l’exécutif et, par voie législative, soustraire les décisions de ces organismes à un véritable contrôle judiciaire. Le pays conserverait un pouvoir judiciaire indépendant, mais les cours de justice seraient hors de portée des citoyens dont les droits sont piégés dans l’appareil administratif.

[128] En deuxième lieu, l’action administrative doit s’appuyer sur un pouvoir conféré par la loi ou découlant d’une prérogative (c.-à-d. de la common law). Là également, le principe est simple. Nul ne peut exercer un pouvoir dont il n’est pas investi. Il appartient à la cour de révision de statuer sur la question de droit que constitue l’existence ou l’inexistence d’un pouvoir (ou d’une compétence), tout comme il lui revient (et non au décideur administratif) de trancher en dernier ressort les questions de droit générales susceptibles de jouer dans le règlement d’une question administrative. Ce n’est qu’exceptionnellement que la Cour a déferé à une conclusion de droit tirée par un décideur administratif dans l’application d’autres dispositions que celles de sa loi constitutive ou d’une loi « intimement » liée à celle-ci. Disons-le. Au lieu de cela, mes collègues estiment que l’interprétation préconisée par la cour de révision l’emporte

where the question at issue is one of general law “that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise”. [para. 60]

It is, with respect, a distraction to unleash a debate in the reviewing judge’s courtroom about whether or not a particular question of law is “of central importance to the legal system as a whole”. It should be sufficient to frame a rule exempting from the correctness standard the provisions of the home statute and closely related statutes which require the expertise of the administrative decision maker (as in the labour board example). Apart from that exception, we should prefer clarity to needless complexity and hold that the last word on questions of general law should be left to judges.

[129] Thirdly, a fair procedure is said to be the handmaiden of justice. Accordingly, procedural limits are placed on administrative bodies by statute and the common law. These include the requirements of “procedural fairness”, which will vary with the type of decision maker and the type of decision under review. On such matters, as well, the courts have the final say. The need for such procedural safeguards is obvious. Nobody should have his or her rights, interests or privileges adversely dealt with by an unjust process. Nor is such an unjust intent to be attributed easily to legislators. Hansard is full of expressions of concern by Ministers and Members of Parliament regarding the fairness of proposed legislative provisions. There is a dated *hauteur* about judicial pronouncements such as that the “justice of the common law will supply the omission of the legislature” (*Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414 (C.P.), at p. 420). Generally speaking, legislators and judges in this country are working with a common set of basic legal and constitutional values. They share a belief in the rule of law. Constitutional considerations aside, however, statutory protections can nevertheless be repealed and common law protections can be modified by statute, as was demonstrated in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor*

dans le cas d’une question de droit générale « à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre ». [par. 60]

Sauf le respect que je leur dois, tout débat quant à savoir si une question de droit donnée est « d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » distrait la cour dans l’accomplissement de sa tâche. Il devrait suffire de soustraire à l’application de la norme de la décision correcte l’interprétation de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque loi très connexe faisant appel à l’expertise de ce dernier (en matière de relations de travail, par exemple). Cette exception mise à part, nous devrions préférer la clarté à la complexité superflue et statuer que la cour de révision a le dernier mot sur une question de droit générale.

[129] En troisième lieu, le caractère équitable de la procédure est censé être au service de la justice. C’est pourquoi le législateur et la common law imposent aux organismes administratifs des obligations en la matière — dont l’« équité procédurale » — qui varient selon la catégorie à laquelle appartient le décideur et la nature de la décision en cause. La cour de révision a le dernier mot à ce chapitre aussi. La nécessité de telles garanties procédurales est manifeste. Nul ne devrait voir ses droits, ses intérêts ou ses privilèges faire l’objet d’une décision défavorable à l’issue d’une procédure injuste. On ne saurait non plus prêter au législateur l’intention d’obtenir pareil résultat inique. Le Hansard regorge de préoccupations exprimées par des ministres et des députés concernant le caractère équitable des dispositions législatives proposées. Certaines affirmations, telle la [TRADUCTION] « justice de la common law suppléera aux lacunes du législateur » (*Cooper c. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414 (C.P.), p. 420), traduisent une attitude hautaine dépassée à l’égard des décisions de justice. En règle générale, les législateurs et les juges de ce pays exercent leurs fonctions à partir d’un ensemble commun de valeurs juridiques et constitutionnelles. Ils partagent une même foi dans la primauté du droit. Toutefois, abstraction faite du respect de la Constitution, une

Control and Licensing Branch), [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52.

B. *Reasonableness of Outcome*

[130] At this point, judicial review shifts gears. When the applicant for judicial review challenges the substantive *outcome* of an administrative action, the judge is invited to cross the line into second-guessing matters that lie within the function of the administrator. This is controversial because it is not immediately obvious why a judge's view of the reasonableness of an administrative policy or the exercise of an administrative discretion should be preferred to that of the administrator to whom Parliament or a legislature has allocated the decision, unless there is a full statutory right of appeal to the courts, or it is otherwise indicated in the conferring legislation that a "correctness" standard is intended.

[131] In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, Beetz J. adopted the view that "[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation" (p. 1087 (emphasis deleted)). Judicial intervention in administrative decisions on grounds of substance (in the absence of a constitutional challenge) has been based on presumed legislative intent in a line of cases from *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.) ("you may have something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority" (p. 683)) to *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.* ("was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation . . . ?" (p. 237)). More recent examples are *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (para. 53), and *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*,

garantie légale peut tout de même être abrogée et celle offerte par la common law, modifiée par la loi, comme cela avait été le cas dans l'affaire *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52.

B. *La raisonabilité du résultat*

[130] À cette étape, l'objet du contrôle judiciaire devient différent. Lorsque le demandeur conteste une mesure administrative quant au fond, la cour de révision est invitée à faire un pas de plus et à remettre en question une décision relevant du décideur administratif, ce qui prête à controverse. En effet, en ce qui concerne la raisonabilité d'une politique administrative ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il n'y a pas de raison évidente de préférer l'appréciation judiciaire à celle du décideur administratif auquel le législateur a attribué le pouvoir de trancher, sauf lorsque la loi prévoit un droit d'appel inconditionnel devant une cour de justice ou que l'intention du législateur d'assujettir le décideur à la norme de la décision correcte ressort par ailleurs de la loi habilitante.

[131] Dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, le juge Beetz a estimé que « [d]ans une large mesure, l'examen judiciaire d'un acte administratif est une division spécialisée de l'interprétation des lois » (p. 1087 (soulignement omis)). Dans une série d'affaires allant d'*Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.) (où il est dit à la p. 683 : [TRADUCTION] « on peut se trouver en présence de quelque chose de si absurde qu'il ne viendrait jamais à l'idée d'une personne sensée que cela relève des pouvoirs de l'autorité ») à *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963* (où la Cour se demande à la p. 237 : « l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente . . . ? »), le contrôle judiciaire de décisions administratives sur le fond (en l'absence d'une allégation d'inconstitutionnalité) s'est appuyé sur l'intention présumée du législateur. Au nombre des arrêts plus récents, mentionnons *Baker c. Canada (Ministre de la*

[2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41 (paras. 60-61). Judicial review proceeds on the justified presumption that legislators do not intend results that depart from *reasonable* standards.

C. *The Need to Reappraise the Approach to Judicial Review*

[132] The present difficulty, it seems, does not lie in the component parts of judicial review, most of which are well entrenched in decades of case law, but in the current methodology for putting those component parts into action. There is afoot in the legal profession a desire for clearer guidance than is provided by lists of principles, factors and spectrums. It must be recognized, of course, that complexity is inherent in all legal principles that must address the vast range of administrative decision making. The objection is that our present “pragmatic and functional” approach is more complicated than is required by the subject matter.

[133] People who feel victimized or unjustly dealt with by the apparatus of government, and who have no recourse to an administrative appeal, should have access to an independent judge through a procedure that is quick and relatively inexpensive. Like much litigation these days, however, judicial review is burdened with undue cost and delay. Litigants understandably hesitate to go to court to seek redress for a perceived administrative injustice if their lawyers cannot predict with confidence even what standard of review will be applied. The disposition of the case may well *turn* on the choice of standard of review. If litigants do take the plunge, they may find the court’s attention focussed not on their complaints, or the government’s response, but on lengthy and arcane discussions of something they are told is the pragmatic and functional test. Every hour of a lawyer’s preparation and court time devoted to unproductive “lawyer’s talk” poses a significant cost to the applicant. If the challenge is unsuccessful, the unhappy applicant may also

Citoyenneté et de l’Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817 (par. 53), et *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41 (par. 60-61). Le contrôle judiciaire se fonde sur la présomption légitime que le législateur n’a pas voulu de résultats qui ne répondent pas à quelque norme de *raisonnabilité*.

C. *La réévaluation nécessaire du mécanisme de contrôle judiciaire*

[132] Il appert que la difficulté actuelle réside non pas dans les éléments constitutifs du contrôle judiciaire, dont la plupart sont bien ancrés dans des décennies de jurisprudence, mais bien dans la méthode couramment employée pour les mettre à l’œuvre. La profession juridique appelle de ses vœux l’établissement de repères plus clairs que ceux offerts par des énumérations de principes, de facteurs et d’échelles. Force est toutefois de reconnaître que la complexité est inhérente à tout principe juridique devant s’appliquer à une vaste gamme de décisions administratives. Ce que l’on reproche à l’actuelle analyse « pragmatique et fonctionnelle » c’est d’être plus compliquée qu’elle ne le devrait.

[133] La personne qui s’estime victime de l’appareil gouvernemental ou traitée injustement par celui-ci, et à qui l’Administration ne confère aucun droit d’appel, devrait avoir accès à un tribunal judiciaire indépendant au moyen d’une procédure rapide et relativement peu coûteuse. Or, comme bien des instances engagées de nos jours, le contrôle judiciaire est à la fois trop coûteux et trop long. On comprend le justiciable d’hésiter à s’adresser aux tribunaux pour obtenir réparation à l’égard de ce qu’il considère comme une injustice administrative lorsque son avocat ne peut même pas prévoir avec certitude quelle norme de contrôle s’appliquera. Pourtant, l’issue du recours peut bien *dépendre* de la norme de contrôle retenue. Le justiciable qui va de l’avant constate que la cour ne met pas l’accent sur sa prétention ou sur la mesure prise par l’État, mais qu’elle arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle ». Chaque heure de préparation et de vacation que consacre l’avocat à un débat

face a substantial bill of costs from the successful government agency. A victory before the reviewing court may be overturned on appeal because the wrong “standard of review” was selected. A small business denied a licence or a professional person who wants to challenge disciplinary action should be able to seek judicial review without betting the store or the house on the outcome. Thus, in my view, the law of judicial review should be pruned of some of its unduly subtle, unproductive, or esoteric features.

D. *Standards of Review*

[134] My colleagues conclude that three standards of review should be reduced to two standards of review. I agree that this simplification will avoid some of the arcane debates about the point at which “unreasonableness” becomes “patent unreasonableness”. However, in my view the repercussions of their position go well beyond administrative tribunals. My colleagues conclude, and I agree:

Looking to either the magnitude or the immediacy of the defect in the tribunal’s decision provides no meaningful way in practice of distinguishing between a patently unreasonable and an unreasonable decision. [para. 41]

More broadly, they declare that “the analytical problems that arise in trying to apply the different standards undercut any conceptual usefulness created by the inherently greater flexibility of having multiple standards of review” (para. 44), and “any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory” (para. 41). A test which is incoherent when applied to administrative tribunals does not gain in coherence or logic when applied to other administrative decision makers such as mid-level bureaucrats or, for that matter, Ministers. If logic and language cannot capture the distinction in one context, it must equally be deficient elsewhere in the field of judicial review. I therefore proceed on the basis that the distinction between “patent unreasonableness” and “reasonableness *simpliciter*” has been declared by the Court

juridique improductif coûte cher au client. De plus, le demandeur débouté peut bien devoir verser des dépens substantiels au gouvernement. La décision favorable rendue par la cour de révision peut être infirmée en appel au motif que la bonne « norme de contrôle » n’a pas été appliquée. La petite entreprise à qui on refuse un permis ou le professionnel qui fait l’objet d’une mesure disciplinaire devrait pouvoir demander le contrôle judiciaire de la décision sans miser son commerce ou sa maison sur l’issue de l’instance. C’est pourquoi le droit applicable en la matière devrait à mon sens être débarrassé de certaines caractéristiques indûment subtiles, improductives ou ésotériques.

D. *Les normes de contrôle*

[134] Mes collègues concluent que les trois normes de contrôle devraient être ramenées à deux. Cette simplification permettra certes d’éviter certains échanges obscurs sur le moment auquel une décision « déraisonnable » devient « manifestement déraisonnable », mais selon moi, elle aura des repercussions sur bien d’autres décideurs. Je souscris à l’avis de mes collègues lorsqu’ils affirment :

Dans les faits, ni l’importance du défaut entachant la décision ni son caractère flagrant ne permettent vraiment de distinguer une décision manifestement déraisonnable d’une décision déraisonnable. [par. 41]

D’un point de vue général, ils ajoutent que « les difficultés analytiques soulevées par l’application des différentes normes réduisent à néant toute utilité conceptuelle découlant de la plus grande souplesse propre à l’existence de normes de contrôle multiples » (par. 44), puis « toute différence réelle sur le plan de l’application se révèle illusoire » (par. 41). Un test incohérent appliqué à un tribunal administratif ne gagne pas en cohérence ou en logique lorsqu’il s’applique à un autre décideur administratif, qu’il s’agisse d’un fonctionnaire de rang moyen, voire d’un ministre. Lorsque ni la logique ni la langue ne peuvent saisir la distinction dans un contexte, elles ne peuvent non plus le faire par ailleurs dans le domaine du contrôle judiciaire. Je suppose donc que la Cour abandonne la distinction entre le « manifestement déraisonnable » et le

to be abandoned. I propose at this point to examine what I see as some of the implications of this abandonment.

E. *Degrees of Deference*

[135] The distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness was not directed merely to “the magnitude or the immediacy of the defect” in the administrative decision (para. 41). The distinction also recognized that different administrative decisions command different degrees of deference, depending on who is deciding what.

[136] A minister making decisions under the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, to surrender a fugitive, for example, is said to be “at the extreme legislative end of the *continuum* of administrative decision-making” (*Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at p. 659). On the other hand, a ministerial delegate making a deportation decision according to ministerial guidelines was accorded considerably less deference in *Baker* (where the “reasonableness *simpliciter*” standard was applied). The difference does not lie only in the judge’s view of the perceived immediacy of the defect in the administrative decision. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, a unanimous Court adopted the caution in the context of counter-terrorism measures that “[i]f the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove” (para. 33). Administrative decision makers generally command respect more for their expertise than for their prominence in the administrative food chain. Far more numerous are the lesser officials who reside in the bowels and recesses of government departments adjudicating pension benefits or the granting or withholding of licences, or municipal boards poring over budgets or allocating costs of local improvements. Then there are the Cabinet and Ministers of the Crown who make broad decisions of public policy such as testing cruise missiles, *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, or policy decisions

« raisonnable *simpliciter* ». Je me penche maintenant sur certaines des conséquences que me paraît avoir cet abandon.

E. *Les degrés de déférence*

[135] La distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle de la décision manifestement déraisonnable ne tenait pas seulement à « l’importance du défaut entachant la décision [administrative] ni [à] son caractère flagrant » (par. 41). Elle reconnaissait aussi le fait que différentes décisions administratives appellent différents degrés de déférence, selon l’identité du décideur et la nature de la décision.

[136] On dit par exemple de la décision du ministre d’extrader un fugitif en application de la *Loi sur l’extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, qu’elle « se situe à l’extrême limite législative du processus décisionnel administratif » (*Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 659). Par contre, la décision d’un représentant du ministre d’expulser une personne sur le fondement de lignes directrices ministérielles a fait l’objet d’une déférence bien moins grande dans l’affaire *Baker*, où la norme de la « décision raisonnable *simpliciter* » a été appliquée. La distinction ne tient pas seulement à l’opinion du juge quant au caractère flagrant du défaut entachant la décision administrative. Dans l’affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, la Cour a fait sienne à l’unanimité la mise en garde suivante applicable dans le contexte de mesures contre le terrorisme : [TRADUCTION] « Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu’elle peut écarter » (par. 33). En règle générale, le décideur administratif commande le respect davantage pour son expertise que pour son importance dans la hiérarchie de l’État. Les fonctionnaires de rang inférieur qui, dans le dédale des différents ministères, accordent prestations de retraite et autres ou délivrent (ou refusent) permis et licences, ou encore, les organismes municipaux qui planchent sur des budgets ou répartissent les coûts d’améliorations locales, sont de loin les décideurs les plus nombreux. Puis il y a le Cabinet et

arising out of decisions of major administrative tribunals, as in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 753, where the Court said: “The very nature of the body must be taken into account in assessing the technique of review which has been adopted by the Governor in Council.”

[137] Of course, the degree of deference also depends on the nature and content of the question. An adjudicative tribunal called on to approve pipelines based on “public convenience and necessity” (*Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322) or simply to take a decision in the “public interest” is necessarily accorded more room to manoeuvre than is a professional body, given the task of determining an appropriate sanction for a member’s misconduct (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20).

[138] In our recent jurisprudence, the “nature of the question” before the decision maker has been considered as one of a number of elements to be considered in choosing amongst the various standards of review. At this point, however, I believe it plays a more important role in terms of substantive review. It helps to define the range of reasonable outcomes within which the administrator is authorized to choose.

[139] The judicial sensitivity to different levels of respect (or deference) required in different situations is quite legitimate. “Contextualizing” a single standard of review will shift the debate (slightly) from choosing *between* two standards of reasonableness that each represent a different level of deference to a debate *within* a single standard of reasonableness to determine the appropriate level of deference. In practice, the result of today’s decision may be like the bold innovations of a traffic engineer that in the end do no more than shift rush hour congestion from one road intersection to another

les ministres qui prennent des décisions politiques de large portée comme celle de permettre l’essai de missiles de croisière (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441) ou des décisions politiques dans la foulée de tribunaux administratifs de premier plan, comme dans l’affaire *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, où la Cour a dit qu’« [i] faut, dans l’évaluation de la technique de révision adoptée par le gouverneur en conseil, tenir compte de la nature même de ce corps constitué » (p. 753).

[137] Bien sûr, le degré de déférence tient aussi à la nature et à la teneur de la question à trancher. Le tribunal administratif appelé à approuver un pipeline sur le fondement de l’« utilité publique » (*Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l’énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322) ou simplement à rendre une décision « dans l’intérêt public » jouit nécessairement d’une plus grande marge de manœuvre que l’organisme professionnel auquel il incombe de déterminer la sanction qu’il convient d’imposer à un membre pris en faute (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20).

[138] Dans la jurisprudence récente de la Cour, la « nature de la question » soumise au décideur est considérée comme l’un des éléments à prendre en compte pour arrêter la bonne norme de contrôle. Maintenant, je crois cependant qu’elle joue un rôle plus déterminant sur le fond. Elle contribue en effet à circonscrire les issues raisonnables qui s’offrent au décideur administratif.

[139] Il est parfaitement légitime que les cours se soucient des différents degrés de respect (ou de déférence) que commandent différentes situations. Appliquer en fonction du contexte une norme de contrôle unique transforme (quelque peu) le débat : il ne s’agit plus de choisir *entre* deux normes de raisonabilité correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence *à l’intérieur* d’une seule norme de raisonabilité. Le résultat du présent arrêt pourrait bien s’apparenter dans les faits à celui obtenu par un ingénieur de la circulation routière dont les

without any overall saving to motorists in time or expense.

[140] That said, I agree that the repeated attempts to define and explain the difference between reasonableness *simpliciter* and “patent” unreasonableness can be seen with the benefit of hindsight to be unproductive and distracting. Nevertheless, the underlying issue of degrees of deference (which the two standards were designed to address) remains.

[141] Historically, our law recognized “patent” unreasonableness before it recognized what became known as reasonableness *simpliciter*. The adjective “patent” initially underscored the level of respect that was due to the designated decision maker, and signalled the narrow authority of the courts to interfere with a particular administrative *outcome* on substantive grounds. The reasonableness *simpliciter* standard was added at a later date to recognize a reduced level of deference. Reducing three standards of review to two standards of review does not alter the reality that at the high end “patent” unreasonableness (in the sense of manifestly indefensible) was not a bad description of the hurdle an applicant had to get over to have an administrative decision quashed on a ground of substance. The danger of labelling the most “deferential” standard as “reasonableness” is that it may be taken (wrongly) as an invitation to reviewing judges not simply to identify the usual issues, such as whether irrelevant matters were taken into consideration, or relevant matters were not taken into consideration, but to reweigh the input that resulted in the administrator’s decision as if it were the judge’s view of “reasonableness” that counts. At this point, the judge’s role is to identify the outer boundaries of reasonable outcomes within which the administrative decision maker is free to choose.

F. *Multiple Aspects of Administrative Decisions*

[142] Mention should be made of a further feature that also reflects the complexity of the subject

mesures audacieuses visant à réduire la congestion à l’heure de pointe ne font en fin de compte que déplacer le problème d’une intersection à une autre sans économie globale de temps ou d’argent pour les automobilistes.

[140] Cela dit, je conviens qu’avec le recul, les tentatives répétées de définir et d’expliquer la différence entre la décision raisonnable *simpliciter* et la décision « manifestement » déraisonnable peuvent être tenues pour vaines et importunes. Néanmoins, la question sous-jacente du degré de déférence (que devait régler l’application des deux normes) demeure.

[141] Notre droit a reconnu la norme du « manifestement » déraisonnable avant celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Au départ, l’adverbe « manifestement » soulignait l’importance du respect auquel avait droit le décideur administratif et la minceur du pouvoir de la cour de réviser sa décision sur le fond. La norme du raisonnable *simpliciter* s’est ajoutée subséquentement pour reconnaître un degré de déférence moindre. Malgré l’abaissement du nombre de normes de contrôle de trois à deux, il demeure qu’à la limite supérieure de l’échelle, l’expression « manifestement » déraisonnable (au sens de manifestement indéfendable) rendait assez bien la difficulté que devait surmonter le demandeur pour obtenir l’annulation d’une décision administrative sur le fond. Qualifier de « raisonnable » la décision qui justifie la plus grande déférence risque d’inciter (à tort) les cours de révision à ne pas seulement se poser les questions habituelles (p. ex., des éléments non pertinents ont-ils été pris en compte ou a-t-on fait abstraction d’éléments pertinents?), mais à soupeser à leur tour les données à partir desquelles le décideur administratif a tranché, comme si leur perception de ce qui est « raisonnable » l’emportait. Le rôle de la cour de révision est de délimiter les résultats raisonnables parmi lesquels le décideur administratif est libre de choisir.

F. *Les multiples facettes de la décision administrative*

[142] Il convient de faire état d’une autre caractéristique qui témoigne également de la complexité

matter of judicial review. An applicant may advance several grounds for quashing an administrative decision. He or she may contend that the decision maker has misinterpreted the general law. He or she may argue, in the alternative, that even if the decision maker got the general law straight (an issue on which the court's view of what is correct will prevail), the decision maker did not properly apply it to the facts (an issue on which the decision maker is entitled to deference). In a challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to a surrender for extradition, for example, the minister will have to comply with the Court's view of *Charter* principles (the "correctness" standard), but if he or she correctly appreciates the applicable law, the court will properly recognize a wide discretion in the application of those principles to the particular facts. The same approach is taken to less exalted decision makers (*Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11). In the jargon of the judicial review bar, this is known as "segmentation".

G. *The Existence of a Privative Clause*

[143] The existence of a privative clause is currently subsumed within the "pragmatic and functional" test as one factor amongst others to be considered in determining the appropriate standard of review, where it supports the choice of the patent unreasonableness standard. A single standard of "reasonableness" cannot mean that the degree of deference is unaffected by the existence of a suitably worded privative clause. It is certainly a relevant contextual circumstance that helps to calibrate the intrusiveness of a court's review. It signals the level of respect that must be shown. Chief Justice Laskin during argument once memorably condemned the quashing of a labour board decision protected by a strong privative clause, by saying "what's wrong with these people [the judges], can't they read?" A system of judicial review based on the rule of law ought not to treat a privative clause as conclusive, but it is more than just another "factor" in the hopper of pragmatism and functionality. Its existence should presumptively foreclose judicial review on the basis of *outcome* on substantive grounds unless the applicant can show that the

du contrôle judiciaire. Plusieurs motifs d'annulation peuvent être invoqués à l'encontre d'une décision administrative, dont celui que son auteur a mal interprété le droit général. Subsidiairement, même si le décideur a bien interprété celui-ci (la norme de la décision correcte s'appliquant à cet égard), on peut lui reprocher de ne l'avoir pas correctement appliqué aux faits (le décideur ayant droit à la déférence sur ce point). Lorsque, par exemple, la décision d'extrader une personne est contestée sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le ministre doit se conformer à l'interprétation judiciaire des principes constitutionnels (la norme de la « décision correcte »), mais lorsqu'il saisit bien le droit applicable, la cour lui reconnaît à juste titre un large pouvoir discrétionnaire dans l'application de ces principes aux faits de l'espèce. La même approche vaut pour les décideurs de rang inférieur (*Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11). Dans le jargon du contrôle judiciaire, on parle de « fractionnement ».

G. *L'existence d'une clause privative*

[143] L'existence d'une clause privative est actuellement prise en compte lors l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » comme l'un des facteurs jouant dans la détermination de la bonne norme de contrôle et elle milite alors en faveur de la norme du manifestement déraisonnable. Même si une seule norme de « raisonnabilité » s'applique, l'existence d'une clause privative convenablement libellée influence nécessairement le degré de déférence. Il s'agit sans aucun doute d'un élément contextuel pertinent qui permet à la cour de moduler son immixtion, et c'est un indice du respect qui s'impose. Lors de plaidoiries, le juge en chef Laskin a un jour vertement condamné l'annulation d'une décision administrative en droit du travail malgré l'application d'une clause privative non équivoque : [TRADUCTION] « Qu'est-ce qui ne va pas chez ces gens [les juges], ils ne savent pas lire? » Un mécanisme de contrôle judiciaire axé sur la primauté du droit ne doit pas tenir une clause privative pour décisive, mais celle-ci constitue davantage qu'un « facteur » parmi d'autres dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Sa présence devrait *a priori*

clause, properly interpreted, permits it or there is some legal reason why it cannot be given effect.

H. *A Broader Reappraisal*

[144] “Reasonableness” is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court’s review of the outcome of administrative decision making.

[145] The theory of our recent case law has been that once the appropriate standard of review is selected, it is a fairly straightforward matter to apply it. In practice, the criteria for selection among “reasonableness” standards of review proved to be undefinable and their application unpredictable. The present incarnation of the “standard of review” analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise against the “real” nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere *preparation* for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn’t be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case.

[146] The going-in presumption should be that the standard of review of any administrative outcome on grounds of substance is not correctness but reasonableness (“contextually” applied). The fact that the legislature designated someone other than the court as the decision maker calls for deference to (or judicial respect for) the outcome, absent a broad statutory right of appeal. Administrative decisions generally call for the exercise of discretion. Everybody recognizes in such cases that there is *no* single “correct” outcome. It should also be

faire obstacle au contrôle judiciaire de la *décision* sur le fond, sauf lorsque le demandeur peut établir que la clause, interprétée correctement, l’autorise ou que pour quelque motif juridique, il ne peut être donné effet à celle-ci.

H. *Une réévaluation plus large*

[144] La notion de « raisonabilité » est vaste et son application devra prendre en compte un grand nombre de variables qui délimitent le contrôle judiciaire d’une décision administrative.

[145] Suivant la jurisprudence récente de notre Cour, une fois arrêtée, la norme de contrôle est en principe relativement simple à appliquer. Or, dans les faits, les critères présidant au choix entre les normes fondées sur la « raisonabilité » se révèlent indéfinissables et leur application, imprévisible. La démarche actuelle commande l’examen préalable de quatre facteurs (non exhaustifs) qui, selon les détracteurs du mécanisme, prolongent indûment l’instance, accroissent l’incertitude et majoreront les coûts, des arguments étant alors présentés à la cour quant à l’adéquation de l’expertise du décideur administratif avec la nature « véritable » de la question à trancher ou quant à la préséance de la clause privative sur l’objet général de la loi, etc. Et tout cela n’est que le *prélude* à la plaidoirie sur la véritable question de fond. Le doute va jusqu’à un certain point de soi en la matière, comme dans tout litige (sinon il n’y en aurait pas), mais nous devrions à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond.

[146] Il devrait être présumé au départ que la norme de contrôle de toute décision administrative sur le fond est celle non pas de la décision correcte, mais bien de la raisonabilité (appliquée selon le contexte). Le fait que le législateur a conféré le pouvoir décisionnel à un autre organisme qu’une cour de justice appelle la déférence (ou le respect judiciaire), sauf droit d’appel général prévu par la loi. La décision administrative suppose normalement l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Nul ne conteste qu’il *ne saurait* alors y avoir qu’une seule

presumed, in accordance with the ordinary rules of litigation, that the decision under review *is* reasonable until the applicant shows otherwise.

[147] An applicant urging the non-deferential “correctness” standard should be required to demonstrate that the decision under review rests on an error in the determination of a *legal* issue not confided (or which constitutionally *could* not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. Labour arbitrators, as in this case, command deference on legal matters within their enabling statute or on legal matters intimately connected thereto.

[148] When, then, should a decision be deemed “unreasonable”? My colleagues suggest a test of *irrationality* (para. 46), but the editors of *de Smith* point out that “many decisions which fall foul of [unreasonableness] have been coldly rational” (*de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at para. 13-003). A decision meeting this description by this Court is *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, where the Minister’s appointment of retired judges with little experience in labour matters to chair “interest” arbitrations (as opposed to “grievance” arbitrations) between hospitals and hospital workers was “coldly rational” in terms of the Minister’s own agenda, but was held by a majority of this Court to be patently unreasonable in terms of the history, object and purpose of the authorizing legislation. He had not used the appointment power for the purposes for which the legislature had conferred it.

[149] Reasonableness rather than rationality has been the traditional standard and, properly interpreted, it works. That said, a single “reasonableness” standard will now necessarily incorporate *both* the degree of deference formerly reflected in the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and an assessment

décision correcte. Conformément aux règles qui régissent habituellement les litiges, on devrait aussi présumer que la décision visée par le contrôle *est* raisonnable, sauf preuve contraire du demandeur.

[147] Celui qui préconise l’application de la norme de la décision correcte — soit l’absence de déférence — devrait être tenu de prouver que la décision contestée résulte du règlement erroné d’une question *juridique* ne relevant pas (ou ne *pouvant* pas constitutionnellement relever) du décideur administratif, qu’elle ait trait à la compétence ou au droit en général. Un arbitre en droit du travail, comme celui visé en l’espèce, a droit à la déférence lorsque sa décision porte sur une question de droit relevant de sa loi habilitante ou sur une question de droit très connexe.

[148] Dans quels cas une décision devrait-elle alors être tenue pour « déraisonnable »? Mes collègues proposent le critère de l’*irrationalité* (par. 46). Or, l’introduction de *de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5^e éd. 1995) signale que [TRADUCTION] « nombre de décisions qui heurtent [la raison] se révèlent froidement rationnelles » (par. 13-003). Dans l’affaire *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, où le ministre responsable avait choisi des juges retraités peu familiarisés avec le domaine des relations de travail pour présider des conseils d’arbitrage appelés à statuer sur des différends (et non des griefs) opposant des hôpitaux à leurs employés, la décision du ministre était « froidement rationnelle » au regard des objectifs du ministre, mais les juges majoritaires de la Cour ont estimé qu’elle était manifestement déraisonnable eu égard à l’historique, à l’objet et à la raison d’être de la loi habilitante. Le ministre n’avait pas exercé son pouvoir de désignation aux fins prévues par le législateur.

[149] La norme traditionnelle est celle de la raisonnable, et non de la rationalité. Interprétée correctement, elle s’applique fort bien. Dorénavant, toutefois, une norme de « raisonnable » unique englobera nécessairement le degré de déférence que traduisait auparavant la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*,

of the range of options reasonably open to the decision maker in the circumstances, in light of the reasons given for the decision. Any reappraisal of our approach to judicial review should, I think, explicitly recognize these different dimensions to the “reasonableness” standard.

I. *Judging “Reasonableness”*

[150] I agree with my colleagues that “reasonableness” depends on the context. It must be calibrated to fit the circumstances. A driving speed that is “reasonable” when motoring along a four-lane interprovincial highway is not “reasonable” when driving along an inner city street. The standard (“reasonableness”) stays the same, but the reasonableness assessment will vary with the relevant circumstances.

[151] This, of course, is the nub of the difficulty. My colleagues write:

In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

I agree with this summary but what is required, with respect, is a more easily applied framework into which the judicial review court and litigants can plug in the relevant context. No one doubts that in order to overturn an administrative outcome on grounds of substance (i.e. leaving aside errors of fairness or law which lie within the supervising “function” of the courts), the reviewing court must be satisfied that the outcome was outside the scope of reasonable responses open to the decision maker under its grant of authority, usually a statute. “[T]here is always a perspective”, observed Rand J., “within which a statute is intended [by the legislature] to operate”: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140. How is that “perspective” to be ascertained? The reviewing judge will obviously want to consider the precise nature and function of the decision maker including its expertise, the terms and objectives of the governing statute (or common law) conferring the power of decision, including

et la prise en compte des décisions qui auraient pu raisonnablement être rendues dans les circonstances, compte tenu des motifs invoqués. Je suis d’avis que toute réforme du mécanisme de contrôle judiciaire doit reconnaître expressément ces différents aspects de la norme de la « raisonabilité ».

I. *Statuer sur la « raisonabilité »*

[150] À l’instar de mes collègues, je crois que la « raisonabilité » d’une décision tient au contexte. La raisonabilité doit être adaptée aux circonstances. La limite de vitesse jugée « raisonnable » sur une autoroute interprovinciale à quatre voies ne l’est plus dans une rue du centre-ville. La norme (celle de la « raisonabilité ») demeure la même, mais l’appréciation du caractère raisonnable varie selon les faits en cause.

[151] Tel est évidemment le nœud du problème. Mes collègues affirment :

Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

Je suis d’accord, mais sauf le respect que je leur dois, il faut une grille d’analyse que la cour de révision et les parties puissent plus aisément appliquer aux faits en cause. Nul doute que pour infirmer une décision administrative sur le fond (abstraction faite des erreurs relatives à l’équité ou au droit, qui ressortissent à sa fonction de surveillance), la cour de révision doit être convaincue que la décision ne fait pas partie de celles que pouvait raisonnablement rendre le décideur dans l’exercice du pouvoir que lui confère généralement une disposition législative. Comme l’a fait observer le juge Rand, [TRADUCTION] « une loi est toujours censée [suivant l’intention du législateur] s’appliquer dans une certaine optique » : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140. Comment doit-on déterminer cette « optique »? La cour de révision tiendra assurément compte de la nature et de la fonction précises du décideur, y compris son expertise, du libellé et des objectifs de la loi (ou de la common

the existence of a privative clause and the nature of the issue being decided. Careful consideration of these matters will reveal the extent of the discretion conferred, for example, the extent to which the decision formulates or implements broad public policy. In such cases, the range of permissible considerations will obviously be much broader than where the decision to be made is more narrowly circumscribed, e.g., whether a particular claimant is entitled to a disability benefit under governmental social programs. In some cases, the court will have to recognize that the decision maker was required to strike a proper balance (or achieve proportionality) between the adverse impact of a decision on the rights and interests of the applicant or others directly affected weighed against the public purpose which is sought to be advanced. In each case, careful consideration will have to be given to the reasons given for the decision. To this list, of course, may be added as many "contextual" considerations as the court considers relevant and material.

[152] Some of these indicia were included from the outset in the pragmatic and functional test itself (see *Bibeault*, at p. 1088). The problem, however, is that under *Bibeault*, and the cases that followed it, these indicia were used to choose among the different standards of review, which were themselves considered more or less fixed. In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, for example, the Court rejected the argument that "it is sometimes appropriate to apply the reasonableness standard more deferentially and sometimes less deferentially depending on the circumstances" (para. 43). It seems to me that collapsing everything beyond "correctness" into a single "reasonableness" standard will require a reviewing court to do exactly that.

[153] The Court's adoption in this case of a single "reasonableness" standard that covers both the degree of deference assessment and the reviewing court's evaluation, in light of the appropriate degree of deference, of whether the decision falls within a range of reasonable administrative choices will require a reviewing court to juggle a number of variables that are necessarily to be considered

law) conférant le pouvoir, y compris la présence d'une clause privative, et de la nature de la question à trancher. L'examen attentif de ces éléments révélera l'étendue du pouvoir discrétionnaire, comme la mesure dans laquelle la décision traduit ou met en œuvre une politique publique générale. Bien sûr, la gamme des éléments pouvant être considérés sera alors plus grande que lorsque la question à trancher est plus étroitement circonscrite (le demandeur a-t-il droit, p. ex., à une prestation d'invalidité en application d'un programme social public?). La cour devra parfois reconnaître que le décideur devait établir un juste équilibre (ou une proportionnalité) entre, d'une part, les répercussions défavorables de la décision sur les droits et les intérêts du demandeur ou d'autres personnes directement touchées et, d'autre part, l'objectif public poursuivi. Elle devra toujours considérer attentivement les motifs de la décision. Elle pourra évidemment prendre en compte tous les autres éléments « contextuels » qu'elle jugera pertinents et importants.

[152] Certains de ces éléments ont été intégrés dès le départ à l'analyse pragmatique et fonctionnelle elle-même (voir l'arrêt *Bibeault*, p. 1088). Or, dans cet arrêt comme dans ceux qui l'ont suivi, ces éléments ont présidé au choix entre les différentes normes de contrôle, lesquelles étaient considérées comme plus ou moins immuables. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, la Cour a rejeté l'argument qu'« il est parfois approprié d'appliquer la norme de la décision raisonnable avec plus de déférence et parfois avec moins de déférence, selon les circonstances » (par. 43). Assujettir tout ce qui n'est pas soumis à la norme de la « décision correcte » à une norme de « raisonabilité » unique revient à exiger de la cour de révision qu'elle fasse exactement cela.

[153] Le fait que la Cour adopte en l'espèce une norme de « raisonabilité » unique qui suppose à la fois que l'on arrête le degré de déférence approprié et, compte tenu de celui-ci, que l'on détermine si la décision administrative figure au nombre des choix qui s'offraient raisonnablement au décideur, oblige la cour de révision à soupeser un certain nombre de variables qui doivent nécessairement être

together. Asking courts to have regard to more than one variable is not asking too much, in my opinion. In other disciplines, data are routinely plotted simultaneously along both an *X* axis and a *Y* axis, without traumatizing the participants.

[154] It is not as though we lack guidance in the decided cases. Much has been written by various courts about deference and reasonableness in the particular contexts of different administrative situations. Leaving aside the “pragmatic and functional” test, we have ample precedents to show when it is (or is not) appropriate for a court to intervene in the outcome of an administrative decision. The problem is that courts have lately felt obliged to devote too much time to multi-part threshold tests instead of focussing on the who, what, why and wherefor of the litigant’s complaint on its merits.

[155] That having been said, a reviewing court ought to recognize throughout the exercise that fundamentally the “reasonableness” of the outcome is an issue given to others to decide. The exercise of discretion is an important part of administrative decision making. Adoption of a single “reasonableness” standard should not be seen by potential litigants as a lowering of the bar to judicial intervention.

J. *Application to This Case*

[156] Labour arbitrators often have to juggle different statutory provisions in disposing of a grievance. The courts have generally attached great importance to their expertise in keeping labour peace. In this case, the adjudicator was dealing with his “home statute” plus other statutes intimately linked to public sector relations in New Brunswick. He was working on his “home turf”, and the legislature has made clear in the privative clause that it intended the adjudicator to determine the outcome of the appellant’s grievance. In this field, quick and cheap justice (capped by finality) advances the achievement of the legislative scheme. Recourse to judicial review is discouraged. I would therefore apply a reasonableness standard to the adjudicator’s

considérées de pair. Selon moi, exiger des cours de justice qu’elles prennent en compte plus d’une variable à la fois n’est pas excessif. Dans d’autres domaines, il est courant que des données figurent sur l’axe des *X* et l’axe des *Y* sans que cela n’effare les participants.

[154] Ce n’est pas comme si la jurisprudence n’établissait aucun paramètre. Différentes cours de justice se sont prononcées abondamment sur la déférence et la raisonabilité eu égard à différentes situations administratives. Au-delà de l’analyse « pragmatique et fonctionnelle », un grand nombre de décisions judiciaires permettent de déterminer dans quels cas il convient ou non de réformer une décision administrative. Or, ces dernières années, les cours se sont senties obligées de consacrer un temps considérable à l’application de critères préalables comportant de multiples volets, et ce, au détriment des tenants et des aboutissants du litige.

[155] Cela dit, tout au long de la démarche, la cour de révision doit se rappeler que, fondamentalement, ce n’est pas à elle de juger de la « raisonabilité » d’une décision. Le pouvoir discrétionnaire joue un rôle important dans le processus décisionnel administratif. Il ne faudrait pas voir dans l’établissement d’une seule norme de « raisonabilité » un assouplissement des conditions auxquelles une cour de justice peut s’immiscer dans ce processus.

J. *L’application à la présente espèce*

[156] L’arbitre doit souvent appliquer différentes dispositions législatives pour statuer sur un grief. Les tribunaux ont généralement accordé une grande importance à son expertise pour le maintien de la paix sociale. Dans la présente affaire, l’arbitre a appliqué sa « loi constitutive » et d’autres dispositions législatives intimement liées aux relations de travail dans les services publics au Nouveau-Brunswick. Il évoluait sur son propre terrain, et la clause privative indiquait clairement la volonté du législateur de lui laisser le soin de statuer sur le grief de l’appelant. Dans ce domaine, le caractère rapide et peu coûteux de la procédure (le caractère définitif de la décision jouant à cet égard) favorise la mise en œuvre du régime législatif. Le contrôle

interpretation of his “home turf” statutory framework.

[157] Once under the flag of reasonableness, however, the salient question before the adjudicator in this case was essentially legal in nature, as reflected in the reasons he gave for his decision. He was not called on to implement public policy; nor was there a lot of discretion in dealing with a non-unionized employee. The basic facts were not in dispute. He was disposing of a *lis* which he believed to be governed by the legislation. He was right to be conscious of the impact of his decision on the appellant, but he stretched the law too far in coming to his rescue. I therefore join with my colleagues in dismissing the appeal.

The reasons of Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

[158] DESCHAMPS J. — The law of judicial review of administrative action not only requires repairs, it needs to be cleared of superfluous discussions and processes. This area of the law can be simplified by examining the *substance* of the work courts are called upon to do when reviewing any case, whether it be in the context of administrative or of appellate review. Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. Very little else needs to be done in order to determine whether deference needs to be shown to an administrative body.

[159] By virtue of the Constitution, superior courts are the only courts that possess inherent jurisdiction. They are responsible both for applying the laws enacted by Parliament and the legislatures and for insuring that statutory bodies respect their legal boundaries. Parliament and the legislatures cannot totally exclude judicial oversight without overstepping the division between legislative or executive powers and judicial powers. Superior courts are, in the end, the protectors of the integrity of the rule of law and the justice system.

judiciaire est déconseillé aux parties. C’est pourquoi j’appliquerais la norme de la raisonabilité à l’interprétation de sa loi habilitante par l’arbitre.

[157] Dès lors, toutefois, la principale question que devait trancher l’arbitre revêtait essentiellement un caractère juridique, comme l’attestent ses motifs. Il n’avait pas à appliquer une politique publique et il ne jouissait pas d’un large pouvoir discrétionnaire pour trancher à l’égard d’un employé non syndiqué. Les faits fondamentaux n’étaient pas contestés. Il devait statuer sur un différend qui, selon lui, ressortissait à la loi. Il a eu raison de se soucier de l’incidence de sa décision sur l’appelant, mais il a exagéré la portée de la loi au bénéfice de ce dernier. Je me joins donc à mes collègues pour rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

[158] LA JUGE DESCHAMPS — Les règles régissant le contrôle judiciaire de l’action gouvernementale ont besoin de plus que d’une simple réforme. Le droit, en ce domaine, doit être débarrassé des grilles d’analyse et des débats inutiles. On peut simplifier ce domaine du droit en s’en remettant à la *substance* du travail qu’accomplit une cour de justice lorsqu’elle est appelée à réviser une décision, que ce soit lors d’un contrôle administratif ou d’un simple appel. Dans chaque cas, il faut d’abord déterminer si la question en litige est une question de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Cela fait, bien peu d’autres éléments doivent s’ajouter à l’analyse pour déterminer si la cour doit faire preuve de déférence à l’endroit de l’organisme administratif.

[159] En vertu de la Constitution, seules les cours supérieures sont dotées d’une compétence inhérente. Il leur revient d’appliquer les lois adoptées par le Parlement et les assemblées législatives et de veiller à ce que les organismes créés par les lois n’outrepassent pas leurs pouvoirs légaux. Un législateur ne peut écarter complètement leur rôle de surveillance sans enfreindre la règle de la séparation des pouvoirs législatif ou exécutif et du pouvoir judiciaire. Les cours supérieures assurent en définitive l’intégrité de la règle de droit et du système de

Judicial review of administrative action is rooted in these fundamental principles and its boundaries are largely informed by the roles of the respective branches of government.

[160] The judicial review of administrative action has, over the past 20 years, been viewed as involving a preliminary analysis of whether deference is owed to an administrative body based on four factors: (1) the nature of the question, (2) the presence or absence of a privative clause, (3) the expertise of the administrative decision maker and (4) the object of the statute. The process of answering this preliminary question has become more complex than the determination of the substantive questions the court is called upon to resolve. In my view, the analysis can be made plainer if the focus is placed on the issues the parties need to have adjudicated rather than on the nature of the judicial review process itself. By focusing first on “the nature of the question”, to use what has become familiar parlance, it will become apparent that all four factors need not be considered in every case and that the judicial review of administrative action is often not distinguishable from the appellate review of court decisions.

[161] Questions before the courts have consistently been identified as either questions of fact, questions of law or questions of mixed fact and law. Whether undergoing appellate review or administrative law review, decisions on questions of fact always attract deference. The use of different terminology — “palpable and overriding error” versus “unreasonable decision” — does not change the substance of the review. Indeed, in the context of appellate review of court decisions, this Court has recognized that these expressions as well as others all encapsulate the same principle of deference with respect to a trial judge’s findings of fact: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at paras. 55-56. Therefore, when the issue is limited to questions of fact, there is no need to enquire into any other factor in order to determine that deference is owed to an administrative decision maker.

[162] Questions of law, by contrast, require more thorough scrutiny when deference is evaluated,

justice. Le contrôle judiciaire de l’action administrative s’appuie sur ces principes fondamentaux et il est en grande partie délimité par le rôle de chacun de ces organes du gouvernement.

[160] Depuis une vingtaine d’années, on considère que le contrôle judiciaire de l’action administrative exige que l’on détermine au préalable le degré de déférence applicable, et ce, en fonction de quatre facteurs : (1) la nature de la question en cause, (2) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (3) l’expertise du décideur administratif et (4) l’objet de la loi. La démarche préalable se révèle plus complexe que le règlement des questions de fond en litige. À mon sens, l’analyse peut être simplifiée si une plus grande importance est accordée aux questions que les parties demandent à la cour de trancher qu’à la nature du processus de révision lui-même. En s’attachant d’abord à « la nature de la question », pour reprendre l’expression désormais consacrée, on constatera que les quatre facteurs ne doivent pas être pris en compte dans tous les cas et que, souvent, le contrôle judiciaire de l’action administrative fait appel aux mêmes notions que le contrôle en appel d’une décision judiciaire.

[161] De tout temps, une question en litige a été qualifiée de question de fait, de droit ou mixte de fait et de droit. Dans le cadre d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, la décision relative à une question de fait commande toujours la déférence. Les nuances terminologiques — « erreur manifeste et dominante » ou « décision déraisonnable » — ne changent pas la teneur de l’examen. En effet, dans le contexte d’un appel visant une décision judiciaire, la Cour a reconnu que ces expressions ainsi que d’autres renvoient au même principe du respect des conclusions de fait tirées en première instance : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 55-56. Partant, lorsque le litige ne porte que sur les faits, il n’est nécessaire de tenir compte d’aucun autre facteur pour déterminer si la déférence s’impose à l’endroit du décideur administratif.

[162] Par contre, dans le cas d’une question de droit, un examen plus approfondi est requis pour

and the particular context of administrative decision making can make judicial review different than appellate review. Although superior courts have a core expertise to interpret questions of law, Parliament or a legislature may have provided that the decision of an administrative body is protected from judicial review by a privative clause. When an administrative body is created to interpret and apply certain legal rules, it develops specific expertise in exercising its jurisdiction and has a more comprehensive view of those rules. Where there is a privative clause, Parliament or a legislature's intent to leave the final decision to that body cannot be doubted and deference is usually owed to the body.

[163] However, privative clauses cannot totally shield an administrative body from review. Parliament, or a legislature, cannot have intended that the body would be protected were it to overstep its delegated powers. Moreover, if such a body is asked to interpret laws in respect of which it does not have expertise, the constitutional responsibility of the superior courts as guardians of the rule of law compels them to insure that laws falling outside an administrative body's core expertise are interpreted correctly. This reduced deference insures that laws of general application, such as the Constitution, the common law and the *Civil Code*, are interpreted correctly and consistently. Consistency of the law is of prime societal importance. Finally, deference is not owed on questions of law where Parliament or a legislature has provided for a statutory right of review on such questions.

[164] The category of questions of mixed fact and law should be limited to cases in which the determination of a legal issue is inextricably intertwined with the determination of facts. Often, an administrative body will first identify the rule and then apply it. Identifying the contours and the content of a legal rule are questions of law. Applying the rule, however, is a question of mixed fact and law. When considering a question of mixed fact and law, a reviewing court should show an adjudicator the same deference as an appeal court would show a lower court.

évaluer le niveau de déférence, et dans le contexte particulier de l'action administrative, le contrôle judiciaire peut différer de l'appel. Les cours supérieures sont certes mieux placées pour interpréter le droit, mais le législateur peut, au moyen d'une clause privative, limiter le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Lorsqu'un organisme administratif est constitué pour interpréter et appliquer certaines règles juridiques, il acquiert une expertise particulière dans l'exercice de sa compétence et a une compréhension plus complète de ces règles. En présence d'une clause privative, l'on ne saurait mettre en doute la volonté du législateur de laisser à l'organisme le soin de trancher en dernier ressort, de sorte que la déférence s'impose habituellement.

[163] Une clause privative ne peut toutefois faire totalement obstacle au contrôle judiciaire. Le législateur ne peut avoir voulu y soustraire l'organisme administratif qui outrepassé les pouvoirs qui lui sont délégués. De plus, en tant que gardiennes de la primauté du droit, les cours supérieures ont l'obligation constitutionnelle de veiller à ce qu'un organisme administratif interprète correctement les lois qui ne ressortissent pas à son domaine d'expertise propre. Cette atténuation de la déférence garantit une interprétation juste et cohérente des dispositions de portée générale comme celles de la Constitution, de la common law et du *Code civil*. La cohérence du droit revêt une importance primordiale dans notre société. Enfin, une cour n'a pas à montrer de déférence lorsqu'il s'agit d'une question de droit et que la loi prévoit expressément un droit de révision pour ce type de question.

[164] Il n'y a de question mixte de fait et de droit que lorsque la question de droit est inextricablement liée aux conclusions de fait. Dans bien des cas, l'organisme administratif détermine d'abord la règle applicable, puis l'applique. Circonscrire une règle de droit et en déterminer la teneur sont des questions de droit. Toutefois, l'application de la règle de droit aux faits est une question mixte de fait et de droit. La cour de révision qui se penche sur une question mixte de fait et de droit devrait manifester autant de déférence envers le décideur que le ferait une cour d'appel vis-à-vis d'une cour inférieure.

[165] In addition, Parliament or a legislature may confer a discretionary power on an administrative body. Since the case at bar does not concern a discretionary power, it will suffice for the purposes of these reasons to note that, in any analysis, deference is owed to an exercise of discretion unless the body has exceeded its mandate.

[166] In summary, in the adjudicative context, the same deference is owed in respect of questions of fact and questions of mixed fact and law on administrative review as on an appeal from a court decision. A decision on a question of law will also attract deference, provided it concerns the interpretation of the enabling statute and provided there is no right of review.

[167] I would be remiss were I to disregard the difficulty inherent in any exercise of deference. In *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, LeBel J. explained why a distinction between the standards of patent unreasonableness and unreasonableness *simpliciter* is untenable. I agree. The problem with the definitions resides in attempts by the courts to enclose the concept of reasonableness in a formula fitting all cases. No matter how this Court defines this concept, any context considered by a reviewing court will, more often than not, look more like a rainbow than a black and white situation. One cannot change this reality. I use the word “deference” to define the contours of reasonableness because it describes the attitude adopted towards the decision maker. The word “reasonableness” concerns the decision. However, neither the concept of reasonableness nor that of deference is particular to the field of administrative law. These concepts are also found in the context of criminal and civil appellate review of court decisions. Yet, the exercise of the judicial supervisory role in those fields has not given rise to the complexities encountered in administrative law. The process of stepping back and taking an *ex post facto* look at the decision to determine whether there is an error justifying intervention should not be more

[165] De plus, le législateur peut investir un organisme administratif d'un pouvoir discrétionnaire. Comme un tel pouvoir n'est pas en cause dans la présente affaire, je me contente de faire observer que peu importe le cadre d'analyse, il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, sauf lorsque le décideur outrepassé son mandat.

[166] En résumé, dans le contexte juridictionnel, la décision sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit commande le même respect qu'il s'agisse du contrôle d'une décision administrative ou de l'appel d'une décision judiciaire. La décision sur une question de droit justifie aussi la déférence, à condition qu'elle porte sur l'interprétation de la loi habilitante et qu'il n'y ait pas de droit de révision.

[167] Je ne saurais passer sous silence la difficulté inhérente à tout exercice de déférence. Dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, le juge LeBel explique en quoi la distinction établie entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision déraisonnable *simpliciter* n'est pas défendable. Je suis du même avis. Il est difficile de définir ces normes parce que les tribunaux tentent de ramener la notion de raisonabilité à une formule unique d'application universelle. Quelle que soit la manière dont la Cour définit le concept, le contexte soumis à l'examen de la cour de révision sera plus souvent nuancé que tranché. On ne peut changer cette réalité. J'emploie le terme « déférence » pour définir les contours de la raisonabilité parce qu'il renvoie à l'attitude adoptée vis-à-vis du décideur. Le terme « raisonabilité » se rattache, lui, à la décision. Cependant, ni la notion de raisonabilité ni celle de déférence ne sont spécifiques au droit administratif. On les retrouve également dans le contexte du contrôle en appel d'une décision judiciaire rendue au pénal ou au civil. Pourtant, dans ces domaines, le contrôle judiciaire ne soulève pas les difficultés rencontrées en droit administratif. La démarche qui consiste à prendre du recul et à faire un examen *ex post facto* pour déterminer si la décision est entachée d'une erreur justifiant sa révision ne devrait

complex in the administrative law context than in the criminal and civil law contexts.

[168] In the case at bar, the adjudicator was asked to adjudicate the grievance of a non-unionized employee. This meant that he had to identify the rules governing the contract. Identifying those rules is a question of law. Section 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, incorporates the rules of the common law, which accordingly become the starting point of the analysis. The adjudicator had to decide whether those rules had been ousted by the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 (“*PSLRA*”), as applied, *mutatis mutandis*, to the case of a non-unionized employee (ss. 97(2.1), 100.1(2) and 100.1(5)). The common law rules relating to the dismissal of an employee differ completely from the ones provided for in the *PSLRA* that the adjudicator is regularly required to interpret. Since the common law, not the adjudicator’s enabling statute, is the starting point of the analysis, and since the adjudicator does not have specific expertise in interpreting the common law, the reviewing court does not have to defer to his decision on the basis of expertise. This leads me to conclude that the reviewing court can proceed to its own interpretation of the rules applicable to the non-unionized employee’s contract of employment and determine whether the adjudicator could enquire into the cause of the dismissal. The applicable standard of review is correctness.

[169] It is clear from the adjudicator’s reasoning that he did not even consider the common law rules. He said:

An employee to whom section 20 of the *Civil Service Act* and section 100.1 of the *PSLR Act* apply may be discharged for cause, with reasonable notice or with severance pay in lieu of reasonable notice. A discharge for cause may be for disciplinary or non-disciplinary reasons. [p. 5]

[170] The employer’s common law right to dismiss without cause is not alluded to in this key passage of the decision. Unlike a unionized employee, a non-unionized employee does not have employment security. His or her employment may be terminated without cause. The corollary of the

pas être plus complexe en matière administrative qu’en matière pénale ou civile.

[168] En l’espèce, l’arbitre était saisi du grief d’un employé non syndiqué. Il devait donc déterminer les règles applicables au contrat. La détermination de ces règles constitue une décision sur une question de droit. L’article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, incorpore les règles de la common law, lesquelles constituent dès lors le point de départ de l’analyse. L’arbitre devait déterminer si ces règles étaient écartées par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 (« *LRTSP* »), appliquée avec les adaptations nécessaires à l’employé non syndiqué (par. 97(2.1), 100.1(2) et 100.1(5)). Les règles de la common law relatives au congédiement d’un employé diffèrent totalement de celles prévues dans la *LRTSP* que l’arbitre est régulièrement appelé à interpréter. La décision ne commande pas la retenue, car c’est la common law, et non la loi habilitante, qui est le point de départ de l’analyse; l’arbitre ne possède en ce domaine aucune expertise particulière. J’en conclus que la cour de révision peut s’en remettre à sa propre interprétation des règles applicables au contrat d’emploi de l’employé non syndiqué et déterminer si l’arbitre pouvait ou non s’enquérir des motifs du congédiement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[169] Il ressort du raisonnement de l’arbitre que l’application des règles de la common law n’a même pas été envisagée :

[TRADUCTION] L’employé visé à l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* et à l’art. 100.1 de la *LRTSP* peut être congédié pour motif avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu. Un tel congédiement peut, selon le cas, se fonder sur des motifs disciplinaires ou autres. [p. 5]

[170] Dans ce passage clé, l’arbitre ne mentionne pas que la common law permet à l’employeur de congédier l’employé sans motif. Contrairement à l’employé syndiqué, l’employé non syndiqué ne bénéficie pas de la sécurité d’emploi. Il peut être mis fin à son emploi sans motif. Ce droit de l’employeur

employer's right to dismiss without cause is the employee's right to reasonable notice or to compensation in lieu of notice. The distinction between the common law rules of employment and the statutory rules applicable to a unionized employee is therefore essential if s. 97(2.1) is to be applied *mutatis mutandis* to the case of a non-unionized employee as required by s. 100.1(5). The adjudicator's failure to inform himself of this crucial difference led him to look for a cause, which was not relevant in the context of a dismissal without cause. In a case involving dismissal without cause, only the amount of the compensation or the length of the notice is relevant. In a case involving dismissal for cause, the employer takes the position that no compensation or notice is owed to the employee. This was not such a case. In the case at bar, the adjudicator's role was limited to evaluating the length of the notice. He erred in interpreting s. 97(2.1) in a vacuum. He overlooked the common law rules, misinterpreted s. 100.1(5) and applied s. 97(2.1) literally to the case of a non-unionized employee.

[171] This case is one where, even if deference had been owed to the adjudicator, his interpretation could not have stood. The legislature could not have intended to grant employment security to non-unionized employees while providing only that the *PSLRA* was to apply *mutatis mutandis*. This right is so fundamental to an employment relationship that it could not have been granted in so indirect and obscure a manner.

[172] In this case, the Court has been given both an opportunity and the responsibility to simplify and clarify the law of judicial review of administrative action. The judicial review of administrative action need not be a complex area of law in itself. Every day, reviewing courts decide cases raising multiple questions, some of fact, some of mixed fact and law and some purely of law; in various contexts, the first two of these types of questions tend to require deference, while the third often does not. Reviewing courts are already amply equipped to resolve such questions and do not need a specialized analytical toolbox in order to review administrative decisions.

a pour corollaire le droit de l'employé à un préavis raisonnable ou à une indemnité en tenant lieu. La distinction entre les règles de la common law régissant l'emploi et celles d'origine législative applicables à l'employé syndiqué est donc essentielle à l'application du par. 97(2.1) à un employé non syndiqué, avec les adaptations nécessaires, conformément au par. 100.1(5). L'omission de tenir compte de cette différence cruciale a amené l'arbitre à rechercher un motif de congédiement, ce qui était hors de propos dans le contexte d'un congédiement sans motif. En effet, dans le cas d'un tel congédiement, seul est en cause le montant de l'indemnité ou la durée du préavis. Lorsqu'il congédie un employé pour motif, l'employeur tient pour acquis qu'il n'a pas à lui verser d'indemnité ou à lui donner de préavis. Or, en l'espèce, il ne s'agit pas d'un congédiement pour motif. Le rôle de l'arbitre se limitait à l'examen de la durée du préavis. Il a eu tort d'interpréter le par. 97(2.1) en vase clos. Il a ignoré les règles de la common law, il a mal interprété le par. 100.1(5) et il a appliqué le par. 97(2.1) à la lettre à un employé non syndiqué.

[171] Dans la présente affaire, même si l'arbitre avait eu droit à déférence, son interprétation n'aurait pu être retenue. Le législateur n'a pu manifester son intention d'accorder la sécurité d'emploi aux employés non syndiqués en prévoyant seulement l'application de la *LRTSP* avec les adaptations nécessaires. En matière de relations de travail, ce droit revêt une importance telle qu'il ne saurait être reconnu de manière aussi indirecte et vague.

[172] Dans le présent pourvoi, la Cour a à la fois la possibilité et l'obligation de simplifier et de clarifier le droit relatif au contrôle judiciaire de l'action administrative, un domaine qui ne saurait être condamné à la complexité. Tous les jours, les cours de révision sont appelées à statuer sur des affaires soulevant de multiples questions, certaines de fait, d'autres de fait et de droit et d'autres encore, de droit seulement. Dans les divers contextes considérés, les deux premières catégories de questions commandent la déférence, mais pas toujours la troisième. Les cours de révision sont déjà tout à fait en mesure de trancher ces questions et elles n'ont pas besoin de nouveaux outils d'analyse spécialisés pour contrôler les décisions administratives.

[173] On the issue of natural justice, I agree with my colleagues. On the result, I agree that the appeal should be dismissed.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1

20 Subject to the provisions of this Act or any other Act, termination of the employment of a deputy head or an employee shall be governed by the ordinary rules of contract.

Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25

92(1) Where an employee has presented a grievance up to and including the final level in the grievance process with respect to

(a) the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and his grievance has not been dealt with to his satisfaction, he may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, as amended

97(2.1) Where an adjudicator determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by the employer for cause and the collective agreement or arbitral award does not contain a specific penalty for the infraction that resulted in the employee being discharged or otherwise disciplined, the adjudicator may substitute such other penalty for the discharge or discipline as to the adjudicator seems just and reasonable in all the circumstances.

100.1(2) An employee who is not included in a bargaining unit may, in the manner, form and within such time as may be prescribed, present to the employer a

[173] Je souscris aux motifs de mes collègues concernant le respect de la justice naturelle. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Dispositions législatives

Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1

20 Sous réserve de la présente loi ou de toute autre loi, la cessation d'emploi d'un administrateur général ou d'un employé est régie par les règles contractuelles ordinaires.

Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25

92(1) Lorsqu'un employé a porté son grief au plus haut palier de la procédure applicable aux griefs, en ce qui concerne

a) l'interprétation ou l'application à son égard d'une disposition d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale, ou

b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire,

et que son grief n'a pas été réglé de façon satisfaisante pour lui, il peut, sous réserve du paragraphe (2), renvoyer ce grief à l'arbitrage.

Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, et modifications

97(2.1) Lorsqu'un arbitre décide qu'un employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui par l'employeur pour motif et que la convention collective ou la sentence arbitrale ne contient pas une peine spécifique pour l'infraction en raison de laquelle l'employé a été congédié ou s'est vu imposer autrement une mesure disciplinaire, l'arbitre peut substituer une autre peine pour le congédiement ou la mesure disciplinaire qui semble juste et raisonnable à l'arbitre dans toutes les circonstances.

100.1(2) Un employé qui ne fait pas partie d'une unité de négociation peut, de la manière, au moyen de la formule et dans le délai qui peuvent être prescrits, présenter

grievance with respect to discharge, suspension or a financial penalty.

100.1(3) Where an employee has presented a grievance in accordance with subsection (2) and the grievance has not been dealt with to the employee's satisfaction, the employee may refer the grievance to the Board who shall, in the manner and within such time as may be prescribed, refer the grievance to an adjudicator appointed by the Board.

100.1(5) Sections 19, 97, 98.1, 101, 108 and 111 apply *mutatis mutandis* to an adjudicator to whom a grievance has been referred in accordance with subsection (3) and in relation to any decision rendered by such adjudicator.

101(1) Except as provided in this Act, every order, award, direction, decision, declaration or ruling of the Board, an arbitration tribunal or an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

101(2) No order shall be made or process entered, and no proceedings shall be taken in any court, whether by way of injunction, judicial review, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board, an arbitration tribunal or an adjudicator in any of its or his proceedings.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Stewart McKelvey, Fredericton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

un grief à l'employeur à l'égard du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire.

100.1(3) Lorsqu'un employé a présenté un grief conformément au paragraphe (2) et que le grief n'a pas été traité à la satisfaction de l'employé, l'employé peut renvoyer le grief à la Commission qui doit, de la manière et dans le délai qui peuvent être prescrits, renvoyer le grief à un arbitre nommé par la Commission.

100.1(5) Les articles 19, 97, 98.1, 101, 108 et 111 s'appliquent *mutatis mutandis* à un arbitre à qui un grief a été renvoyé conformément au paragraphe (3) et relativement à toute décision rendue par cet arbitre.

101(1) Sous réserve des dispositions contraires de la présente loi, toute ordonnance, sentence, directive, décision ou déclaration de la Commission, d'un tribunal d'arbitrage ou d'un arbitre, est définitive et ne peut être contestée devant aucun tribunal ni révisée par aucun tribunal.

101(2) Aucune ordonnance ne peut être rendue, aucune action intentée et aucune procédure entamée devant un tribunal, par voie d'injonction, de recours en révision, ou autrement, pour contester, réviser, supprimer ou restreindre les pouvoirs de la Commission, d'un tribunal d'arbitrage ou d'un arbitre dans l'une quelconque de leurs procédures.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant : Stewart McKelvey, Fredericton.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

-20-

City of Calgary *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

ATCO Gas and Pipelines Ltd. *Respondent/ Appellant on cross-appeal*

and

**Alberta Energy and Utilities Board,
Ontario Energy Board, Enbridge Gas
Distribution Inc. and Union
Gas Limited** *Interveners*

**INDEXED AS: ATCO GAS AND PIPELINES LTD. v.
ALBERTA (ENERGY AND UTILITIES BOARD)**

Neutral citation: 2006 SCC 4.

File No.: 30247.

2005: May 11; 2006: February 9.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps, Fish and Charron JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

Administrative law — Boards and tribunals — Regulatory boards — Jurisdiction — Doctrine of jurisdiction by necessary implication — Natural gas public utility applying to Alberta Energy and Utilities Board to approve sale of buildings and land no longer required in supplying natural gas — Board approving sale subject to condition that portion of sale proceeds be allocated to ratepaying customers of utility — Whether Board had explicit or implicit jurisdiction to allocate proceeds of sale — If so, whether Board's decision to exercise discretion to protect public interest by allocating proceeds of utility asset sale to customers reasonable — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17, s. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45, s. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, s. 26(2).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Alberta Energy and Utilities Board — Standard

Ville de Calgary *Appelante/Intimée au pourvoi incident*

c.

ATCO Gas and Pipelines Ltd. *Intimée/ Appelante au pourvoi incident*

et

**Alberta Energy and Utilities Board,
Commission de l'énergie de l'Ontario,
Enbridge Gas Distribution Inc. et
Union Gas Limited** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : ATCO GAS AND PIPELINES LTD. c.
ALBERTA (ENERGY AND UTILITIES BOARD)**

Référence neutre : 2006 CSC 4.

N° du greffe : 30247.

2005 : 11 mai; 2006 : 9 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et
Charron.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Organismes de réglementation — Compétence — Doctrine de la compétence par déduction nécessaire — Demande présentée à l'Alberta Energy and Utilities Board par un service public de gaz naturel pour obtenir l'autorisation de vendre des bâtiments et un terrain ne servant plus à la fourniture de gaz naturel — Autorisation accordée à la condition qu'une partie du produit de la vente soit attribuée aux clients du service public — L'organisme avait-il le pouvoir exprès ou tacite d'attribuer le produit de la vente? — Dans l'affirmative, sa décision d'exercer son pouvoir discrétionnaire de protéger l'intérêt public en attribuant aux clients une partie du produit de la vente était-elle raisonnable? — Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17, art. 15(3) — Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45, art. 37 — Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5, art. 26(2).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Alberta Energy and Utilities Board

of review applicable to Board's jurisdiction to allocate proceeds from sale of public utility assets to ratepayers — *Standard of review applicable to Board's decision to exercise discretion to allocate proceeds of sale* — *Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17, s. 15(3)* — *Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45, s. 37* — *Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, s. 26(2)*.

ATCO is a public utility in Alberta which delivers natural gas. A division of ATCO filed an application with the Alberta Energy and Utilities Board for approval of the sale of buildings and land located in Calgary, as required by the *Gas Utilities Act* ("GUA"). According to ATCO, the property was no longer used or useful for the provision of utility services, and the sale would not cause any harm to ratepaying customers. ATCO requested that the Board approve the sale transaction, as well as the proposed disposition of the sale proceeds: to retire the remaining book value of the sold assets, to recover the disposition costs, and to recognize that the balance of the profits resulting from the sale should be paid to ATCO's shareholders. The customers' interests were represented by the City of Calgary, who opposed ATCO's position with respect to the disposition of the sale proceeds to shareholders.

Persuaded that customers would not be harmed by the sale, the Board approved the sale transaction on the basis that customers would not "be exposed to the risk of financial harm as a result of the Sale that could not be examined in a future proceeding". In a second decision, the Board determined the allocation of net sale proceeds. The Board held that it had the jurisdiction to approve a proposed disposition of sale proceeds subject to appropriate conditions to protect the public interest, pursuant to the powers granted to it under s. 15(3) of the *Alberta Energy and Utilities Board Act* ("AEUBA"). The Board applied a formula which recognizes profits realized when proceeds of sale exceed the original cost can be shared between customers and shareholders, and allocated a portion of the net gain on the sale to the ratepaying customers. The Alberta Court of Appeal set aside the Board's decision, referring the matter back to the Board to allocate the entire remainder of the proceeds to ATCO.

Held (McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. dissenting): The appeal is dismissed and the cross-appeal is allowed.

Per Bastarache, LeBel, Deschamps and Charron JJ.: When the relevant factors of the pragmatic and functional approach are properly considered, the standard of

— *Norme de contrôle applicable à la décision de l'organisme concernant son pouvoir d'attribuer aux clients le produit de la vente des biens d'un service public* — *Norme de contrôle applicable à la décision de l'organisme d'exercer son pouvoir discrétionnaire en attribuant le produit de la vente* — *Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17, art. 15(3)* — *Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45, art. 37* — *Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5, art. 26(2)*.

ATCO est un service public albertain de distribution de gaz naturel. L'une de ses filiales a demandé à l'Alberta Energy and Utilities Board (« Commission ») l'autorisation de vendre des bâtiments et un terrain situés à Calgary, comme l'exigeait la *Gas Utilities Act* (« GUA »). ATCO a indiqué que les biens n'étaient plus utilisés pour fournir un service public ni susceptibles de l'être et que leur vente ne causerait aucun préjudice aux clients. Elle a demandé à la Commission d'autoriser l'opération et l'affectation du produit de la vente au paiement de la valeur comptable et au recouvrement des frais d'aliénation, et de reconnaître le droit de ses actionnaires au profit net. La ville de Calgary a défendu les intérêts des clients, s'opposant à ce que le produit de la vente soit attribué aux actionnaires comme le préconisait ATCO.

Convaincue que la vente ne serait pas préjudiciable aux clients, la Commission l'a autorisée au motif que « la vente ne risquait pas de leur infliger un préjudice financier qui ne pourrait faire l'objet d'un examen dans le cadre d'une procédure ultérieure ». Dans une deuxième décision, elle a décidé de l'attribution du produit net de la vente. Elle a conclu qu'elle avait le pouvoir d'autoriser l'aliénation projetée en assortissant de conditions aptes à protéger l'intérêt public, suivant le par. 15(3) de l'*Alberta Energy and Utilities Board Act* (« AEUBA »). Elle a appliqué une formule reconnaissant que le profit réalisé lorsque le produit de la vente excède le coût historique peut être réparti entre les clients et les actionnaires et elle a attribué aux clients une partie du gain net tiré de la vente. La Cour d'appel de l'Alberta a annulé la décision et renvoyé l'affaire à la Commission en lui enjoignant d'attribuer à ATCO la totalité du produit net.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et le pourvoi incident est accueilli.

Les juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Charron : Compte tenu des facteurs pertinents de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle

(*Pushpanathan*, at para. 28). Moreover, keeping in mind all the factors discussed, the generality of the proposition will be an additional factor in favour of the imposition of a correctness standard, as I stated in *Pushpanathan*, at para. 38:

... the broader the propositions asserted, and the further the implications of such decisions stray from the core expertise of the tribunal, the less likelihood that deference will be shown. Without an implied or express legislative intent to the contrary as manifested in the criteria above, legislatures should be assumed to have left highly generalized propositions of law to courts.

The second question regarding the Board's actual method used for the allocation of proceeds likely attracts a more deferential standard. On the one hand, the Board's expertise, particularly in this area, its broad mandate, the technical nature of the question and the general purposes of the legislation, all suggest a relatively high level of deference to the Board's decision. On the other hand, the absence of a privative clause on questions of jurisdiction and the reference to law needed to answer this question all suggest a less deferential standard of review which favours reasonableness. It is not necessary, however, for me to determine which specific standard would have applied here.

As will be shown in the analysis below, I am of the view that the Court of Appeal made no error of fact or law when it concluded that the Board acted beyond its jurisdiction by misapprehending its statutory and common law authority. However, the Court of Appeal erred when it did not go on to conclude that the Board has no jurisdiction to allocate any portion of the proceeds of sale of the property to ratepayers.

2.3 *Was the Board's Decision as to Its Jurisdiction Correct?*

Administrative tribunals or agencies are statutory creations: they cannot exceed the powers that were granted to them by their enabling statute; they

question « touche la compétence » (*Pushpanathan*, par. 28). De plus, gardant présents à l'esprit tous les facteurs considérés, le caractère général de la proposition est un autre élément qui milite en faveur de la norme de la décision correcte, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Pushpanathan* (par. 38) :

... plus les propositions avancées sont générales, et plus les répercussions de ces décisions s'écartent du domaine d'expertise fondamental du tribunal, moins il est vraisemblable qu'on fasse preuve de retenue. En l'absence d'une intention législative implicite ou expresse à l'effet contraire manifestée dans les critères qui précèdent, on présumera que le législateur a voulu laisser aux cours de justice la compétence de formuler des énoncés de droit fortement généralisés.

La deuxième question, qui porte sur la méthode employée par la Commission pour attribuer le produit de la vente, appelle vraisemblablement une norme de contrôle plus déférente. D'une part, l'expertise de la Commission, dans ce domaine en particulier, son vaste mandat, la technicité de la question et l'objet général des lois en cause portent à croire que sa décision justifie un degré relativement élevé de déférence. D'autre part, l'absence d'une clause d'immunité de contrôle visant les questions de compétence et la nécessité de se référer au droit pour trancher la question, appellent l'application d'une norme de contrôle moins déférente privilégiant le caractère raisonnable de la décision. Il n'est toutefois pas nécessaire que je précise quelle norme de contrôle aurait été applicable en l'espèce.

Comme le montre l'analyse qui suit, je suis d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de fait ou de droit lorsqu'elle a conclu que la Commission avait outrepassé sa compétence en se méprenant sur les pouvoirs que lui confèrent la loi et la common law. Cependant, elle a eu tort de ne pas conclure en outre que la Commission n'avait pas le pouvoir d'attribuer aux clients quelque partie du produit de la vente des biens.

2.3 *La Commission a-t-elle rendu une décision correcte au sujet de sa compétence?*

Un tribunal ou un organisme administratif est une création de la loi : il ne peut outrepasser les pouvoirs que lui confère sa loi habilitante, il doit

31

Fourth, the nature of the problem underlying each issue is different. The parties are in essence asking the Court to answer two questions (as I have set out above), the first of which is to determine whether the power to dispose of the proceeds of sale falls within the Board's statutory mandate. The Board, in its decision, determined that it had the power to allocate a portion of the proceeds of a sale of utility assets to the ratepayers; it based its decision on its statutory powers, the equitable principles rooted in the "regulatory compact" (see para. 63 of these reasons) and previous practice. This question is undoubtedly one of law and jurisdiction. The Board would arguably have no greater expertise with regard to this issue than the courts. A court is called upon to interpret provisions that have no technical aspect, in contrast with the provision disputed in *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28, at para. 86. The interpretation of general concepts such as "public interest" and "conditions" (as found in s. 15(3)(d) of the AEUBA) is not foreign to courts and is not derived from an area where the tribunal has been held to have greater expertise than the courts. The second question is whether the method and actual allocation in this case were reasonable. To resolve this issue, one must consider case law, policy justifications and the practice of other boards, as well as the details of the particular allocation in this case. The issue here is most likely characterized as one of mixed fact and law.

32

In light of the four factors, I conclude that each question requires a distinct standard of review. To determine the Board's power to allocate proceeds from a sale of utility assets suggests a standard of review of correctness. As expressed by the Court of Appeal, the focus of this inquiry remains on the particular provisions being invoked and interpreted by the tribunal (s. 26(2)(d) of the GUA and s. 15(3)(d) of the AEUBA) and "goes to jurisdiction"

Quatrièmement, la nature du problème n'est pas la même pour chacune des questions en litige. Les parties demandent en substance à notre Cour de répondre à deux questions (énoncées précédemment). Premièrement, le pouvoir d'attribuer le produit de la vente relève-t-il du mandat légal de la Commission? Dans sa décision, cette dernière a statué qu'elle avait le pouvoir d'attribuer aux clients une partie du produit de la vente des biens d'un service public. Elle a invoqué à l'appui ses pouvoirs légaux, les principes d'équité inhérents au « pacte réglementaire » (voir par. 63 des présents motifs) et ses décisions antérieures. Il s'agit clairement d'une question de droit et de compétence. L'on pourrait soutenir que la Commission ne possède pas une plus grande expertise qu'une cour de justice à cet égard. Une cour de justice est appelée à interpréter des dispositions ne comportant aucun aspect technique, ce qui n'était pas le cas de la disposition en litige dans l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28, par. 86. Qui plus est, l'interprétation de notions générales comme l'« intérêt public » et l'« imposition de conditions » (que l'on retrouve à l'al. 15(3)d de l'AEUBA), n'est pas étrangère à une cour de justice et n'appartient pas à un domaine dans lequel il a été jugé qu'un tribunal administratif avait une plus grande expertise qu'une cour de justice. Deuxièmement, la méthode employée en l'espèce et l'attribution en résultant étaient-elles raisonnables? Pour répondre à cette question, il faut examiner la jurisprudence, les considérations de principe et la pratique d'autres organismes, ainsi que le détail de l'attribution en l'espèce. Il s'agit en somme d'une question mixte de fait et de droit.

Au vu des quatre facteurs, je conclus que chacune des questions en litige appelle une norme de contrôle distincte. Statuer sur le pouvoir de la Commission d'attribuer le produit de la vente d'un bien d'un service public requiert l'application de la norme de la décision correcte. Comme l'a dit la Cour d'appel, l'accent est mis sur les dispositions invoquées et interprétées par la Commission (al. 26(2)d de la GUA et 15(3)d de l'AEUBA) et la

Third, the present case is governed by three pieces of legislation: the PUBA, the GUA and the AEUBA. These statutes give the Board a mandate to safeguard the public interest in the nature and quality of the service provided to the community by public utilities: *Atco Ltd. v. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 S.C.R. 557, at p. 576; *Dome Petroleum Ltd. v. Public Utilities Board (Alberta)* (1976), 2 A.R. 453 (C.A.), at paras. 20-22, aff'd [1977] 2 S.C.R. 822. The legislative framework at hand has as its main purpose the proper regulation of a gas utility in the public interest, more specifically the regulation of a monopoly in the public interest with its primary tool being rate setting, as I will explain later.

The particular provision at issue, s. 26(2)(d)(i) of the GUA, which requires a utility to obtain the approval of the regulator before it sells an asset, serves to protect the customers from adverse results brought about by any of the utility's transactions by ensuring that the economic benefits to customers are enhanced (*MacAvoy and Sidak*, at pp. 234-36).

While at first blush the purposes of the relevant statutes and of the Board can be conceived as a delicate balancing between different constituencies, i.e., the utility and the customer, and therefore entail determinations which are polycentric (*Pushpanathan*, at para. 36), the interpretation of the enabling statutes and the particular provisions under review (s. 26(2)(d) of the GUA and s. 15(3)(d) of the AEUBA) is not a polycentric question, contrary to the conclusion of the Court of Appeal. It is an inquiry into whether a proper construction of the enabling statutes gives the Board jurisdiction to allocate the profits realized from the sale of an asset. The Board was not created with the main purpose of interpreting the AEUBA, the GUA or the PUBA in the abstract, where no policy consideration is at issue, but rather to ensure that utility rates are always just and reasonable (see *Atco Ltd.*, at p. 576). In the case at bar, this protective role does not come into play. Hence, this factor points to a less deferential standard of review.

Troisièmement, trois lois s'appliquent en l'espèce : la PUBA, la GUA et l'AEUBA. Suivant ces lois, la Commission a pour mission de protéger l'intérêt public quant à la nature et à la qualité des services fournis à la collectivité par les entreprises de services publics : *Atco Ltd. c. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 R.C.S. 557, p. 576; *Dome Petroleum Ltd. c. Public Utilities Board (Alberta)* (1976), 2 A.R. 453 (C.A.), par. 20-22, conf. par [1977] 2 R.C.S. 822. L'objet premier de ce cadre législatif est de réglementer adéquatement un service de gaz dans l'intérêt public ou, plus précisément, de réglementer un monopole dans l'intérêt public, grâce principalement à l'établissement des tarifs. J'y reviendrai.

La disposition qui nous intéresse au premier chef, le sous-al. 26(2)d(i) de la GUA, qui exige qu'un service public obtienne de l'organisme de réglementation l'autorisation de vendre un bien, vise à protéger les clients contre les effets préjudiciables de toute opération de l'entreprise en veillant à l'accroissement des avantages financiers qu'ils en tirent (*MacAvoy et Sidak*, p. 234-236).

Même si, à première vue, on peut considérer que l'objet des lois pertinentes et la raison d'être de la Commission sont de réaliser un équilibre délicat entre divers intéressés — le service public et les clients — et, par conséquent, qu'ils impliquent un processus décisionnel polycentrique (*Pushpanathan*, par. 36), l'interprétation des lois habilitantes et des dispositions en cause (al. 26(2)d) de la GUA et 15(3)d) de l'AEUBA) n'est pas, contrairement à ce qu'a conclu la Cour d'appel, une question polycentrique. Il s'agit plutôt de déterminer si, interprétées correctement, les lois habilitantes confèrent à la Commission le pouvoir d'attribuer le profit tiré de la vente d'un bien. Lorsque aucune question de principe n'est soulevée, le mandat premier de la Commission n'est pas d'interpréter l'AEUBA, la GUA ou la PUBA de manière abstraite, mais de veiller à ce que la tarification soit toujours juste et raisonnable (voir *Atco Ltd.*, p. 576). En l'espèce, ce rôle de protection n'entre pas en jeu. Partant, le troisième facteur commande l'application d'une norme de contrôle moins déférente.

28

29

30

In addition, the AEUBA includes a privative clause which states that every action, order, ruling or decision of the Board is final and shall not be questioned, reviewed or restrained by any proceeding in the nature of an application for judicial review or otherwise in any court (s. 27).

De plus, l'AEUBA renferme une clause d'immunité de contrôle (ou clause privative) prévoyant que toute mesure, ordonnance ou décision de la Commission est définitive et ne peut être contestée, révisée ou restreinte dans le cadre d'une instance judiciaire, y compris une demande de contrôle judiciaire (art. 27).

25 The presence of a statutory right of appeal on questions of jurisdiction and law suggests a more searching standard of review and less deference to the Board on those questions (see *Pushpanathan*, at para. 30). However, the presence of the privative clause and right to appeal are not decisive, and one must proceed with the examination of the nature of the question to be determined and the relative expertise of the tribunal in those particular matters.

Le fait que la loi prévoit un droit d'appel sur une question de compétence ou de droit seulement permet de conclure à l'application d'une norme de contrôle plus stricte et donne à penser que notre Cour doit se montrer moins déférente vis-à-vis de la Commission relativement à ces questions (voir *Pushpanathan*, par. 30). Cependant, l'existence d'une clause d'immunité de contrôle et d'un droit d'appel n'est pas décisive, de sorte qu'il nous faut examiner la nature de la question à trancher et l'expertise relative du tribunal administratif à cet égard.

26 Second, as observed by the Court of Appeal, no one disputes the fact that the Board is a specialized body with a high level of expertise regarding Alberta's energy resources and utilities (see, e.g., *Consumers' Gas Co. v. Ontario (Energy Board)*, [2001] O.J. No. 5024 (QL) (Div. Ct.), at para. 2; *Coalition of Citizens Impacted by the Caroline Shell Plant v. Alberta (Energy Utilities Board)* (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 374 (C.A.), at para. 14. In fact, the Board is a permanent tribunal with a long-term regulatory relationship with the regulated utilities.

Deuxièmement, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, nul ne conteste que la Commission est un organisme spécialisé doté d'une grande expertise en ce qui concerne les ressources et les services publics de l'Alberta dans le domaine énergétique (voir, p. ex., *Consumers' Gas Co. c. Ontario (Energy Board)*, [2001] O.J. No. 5024 (QL) (C. div.), par. 2; *Coalition of Citizens Impacted by the Caroline Shell Plant c. Alberta (Energy Utilities Board)* (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 374 (C.A.), par. 14. Il s'agit en fait d'un tribunal administratif permanent qui régit depuis nombre d'années les services publics réglementés.

27 Nevertheless, the Court is concerned not with the general expertise of the administrative decision maker, but with its expertise in relation to the specific nature of the issue before it. Consequently, while normally one would have assumed that the Board's expertise is far greater than that of a court, the nature of the problem at bar, to adopt the language of the Court of Appeal (para. 35), "neutralizes" this deference. As I will elaborate below, the expertise of the Board is not engaged when deciding the scope of its powers.

Quoi qu'il en soit, notre Cour s'intéresse non pas à l'expertise générale de l'instance administrative, mais à son expertise quant à la question précise dont elle est saisie. Par conséquent, même si l'on tiendrait normalement pour acquis que l'expertise de la Commission est beaucoup plus grande que celle d'une cour de justice, la nature de la question en litige « neutralise », pour reprendre le terme employé par la Cour d'appel (par. 35), la déférence qu'appelle cette considération. Comme je l'explique plus loin, l'expertise de la Commission n'est pas mise à contribution lorsqu'elle se prononce sur l'étendue de ses pouvoirs.

decision with regard to its jurisdiction on the allocation of the net gain on sale of assets. An inquiry into the factors enunciated by this Court in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, confirms this conclusion, as does the reasoning in *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19.

Although it is not necessary to conduct a full analysis of the standard of review in this case, I will address the issue briefly in light of the fact that *Binnie J.* deals with the exercise of discretion in his reasons for judgment. The four factors that need to be canvassed in order to determine the appropriate standard of review of an administrative tribunal decision are: (1) the existence of a privative clause; (2) the expertise of the tribunal/board; (3) the purpose of the governing legislation and the particular provisions; and (4) the nature of the problem (*Pushpanathan*, at paras. 29-38).

In the case at bar, one should avoid a hasty characterizing of the issue as "jurisdictional" and subsequently be tempted to skip the pragmatic and functional analysis. A complete examination of the factors is required.

First, s. 26(1) of the AEUBA grants a right of appeal, but in a limited way. Appeals are allowed on a question of jurisdiction or law and only after leave to appeal is obtained from a judge:

26(1) Subject to subsection (2), an appeal lies from the Board to the Court of Appeal on a question of jurisdiction or on a question of law.

(2) Leave to appeal may be obtained from a judge of the Court of Appeal only on an application made

- (a) within 30 days from the day that the order, decision or direction sought to be appealed from was made, or
- (b) within a further period of time as granted by the judge where the judge is of the opinion that the circumstances warrant the granting of that further period of time.

déférence à l'égard de la décision de la Commission concernant son pouvoir d'attribuer le gain net tiré de la vente des biens. L'examen des facteurs énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, confirme cette conclusion, tout comme son raisonnement dans l'arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'approfondir la question de la norme de contrôle applicable en l'espèce, je l'examinerai brièvement puisque, dans ses motifs, le juge *Binnie* se prononce sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Les quatre facteurs à considérer pour déterminer la norme de contrôle applicable à la décision d'un tribunal administratif sont les suivants : (1) l'existence d'une clause privative; (2) l'expertise du tribunal ou de l'organisme; (3) l'objet de la loi applicable et des dispositions en cause; (4) la nature du problème (*Pushpanathan*, par. 29-38).

Dans la présente affaire, il faut se garder de conclure hâtivement que la question en litige en est une de « compétence » puis de laisser tomber l'analyse pragmatique et fonctionnelle. L'examen exhaustif des facteurs s'impose.

Premièrement, le par. 26(1) de l'AEUBA prévoit un droit d'appel restreint qui ne peut être exercé que sur une question de compétence ou de droit et seulement avec l'autorisation d'un juge :

[TRADUCTION]

26(1) Sous réserve du paragraphe (2), les décisions de la Commission sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel sur une question de droit ou de compétence.

(2) L'autorisation d'appel ne peut être obtenue d'un juge de la Cour d'appel que sur demande présentée

- a) dans les 30 jours qui suivent l'ordonnance, la décision ou la directive en cause ou
- b) dans le délai supplémentaire que le juge estime justifié d'accorder dans les circonstances.

22

23

24

matter was referred back to the Board, and the Board was directed to allocate the entire amount appearing in Line 11 of the allocation of proceeds, entitled "Remainder to be Shared" to ATCO. For the reasons that follow, the Court of Appeal's decision should be upheld, in part; it did not err when it held that the Board did not have the jurisdiction to allocate the proceeds of the sale to ratepayers.

2. Analysis

2.1 *Issues*

19 There is an appeal and a cross-appeal in this case: an appeal by the City in which it submits that, contrary to the Court of Appeal's decision, the Board had jurisdiction to allocate a portion of the net gain on the sale of a utility asset to the rate-paying customers, even where no harm to the public was found at the time the Board approved the sale, and a cross-appeal by ATCO in which it questions the Board's jurisdiction to allocate any of ATCO's proceeds from the sale to customers. In particular, ATCO contends that the Board has no jurisdiction to make an allocation to rate-paying customers, equivalent to the accumulated depreciation calculated for prior years. No matter how the issue is framed, it is evident that the crux of this appeal lies in whether the Board has the jurisdiction to distribute the gain on the sale of a utility company's asset.

20 Given my conclusion on this issue, it is not necessary for me to consider whether the Board's allocation of the proceeds in this case was reasonable. Nevertheless, as I note at para. 82, I will direct my attention briefly to the question of the exercise of discretion in view of my colleague's reasons.

2.2 *Standard of Review*

21 As this appeal stems from an administrative body's decision, it is necessary to determine the appropriate level of deference which must be shown to the body. Wittmann J.A., writing for the Court of Appeal, concluded that the issue of jurisdiction of the Board attracted a standard of correctness. ATCO concurs with this conclusion. I agree. No deference should be shown for the Board's

Commission, lui enjoignant d'attribuer à ATCO la totalité du solde à répartir selon la ligne 11 du tableau d'attribution du produit de la vente. Pour les motifs qui suivent, il y a lieu de confirmer en partie le jugement de la Cour d'appel, qui n'a pas eu tort de statuer que la Commission n'avait pas le pouvoir d'attribuer le produit de la vente aux clients.

2. Analyse

2.1 *Questions en litige*

Nous sommes saisis d'un pourvoi et d'un pourvoi incident. Dans son pourvoi, la Ville affirme que contrairement à ce qu'a estimé la Cour d'appel, la Commission avait le pouvoir d'attribuer aux clients une partie du gain net résultant de la vente d'un bien affecté au service public même si elle avait conclu, au moment d'autoriser la vente, qu'aucun préjudice ne serait causé au public. Dans son pourvoi incident, ATCO conteste le pouvoir de la Commission d'attribuer aux clients toute partie du produit de la vente. Elle soutient en particulier que la Commission n'a pas le pouvoir de leur attribuer l'équivalent de l'amortissement calculé les années antérieures. Peu importe la formulation de la question en litige, notre Cour est appelée en l'espèce à décider si la Commission a le pouvoir d'attribuer le gain net tiré de la vente d'un bien d'une entreprise de services publics.

Vu la conclusion à laquelle j'arrive, point n'est besoin de se demander si la Commission a raisonnablement réparti le produit de la vente. Néanmoins, comme je le signale au par. 82, vu les motifs de mon collègue, je me penche brièvement sur la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

2.2 *Norme de contrôle*

Une décision administrative étant à l'origine du présent pourvoi, il faut déterminer le degré de déférence auquel a droit l'organisme qui l'a rendue. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Wittmann a conclu que la question de la compétence de la Commission commandait l'application de la norme de la décision correcte. ATCO en convient, et moi aussi. Il n'y a pas lieu de faire preuve de

To award the entire net gain on the land and buildings to the customers, while beneficial to the customers, could establish an environment that may deter the process wherein the company continually assesses its operation to identify, evaluate, and select options that continually increase efficiency and reduce costs.

Conversely, to award the entire net gain to the company may establish an environment where a regulated utility company might be moved to speculate in non-depreciable property or result in the company being motivated to identify and sell existing properties where appreciation has already occurred. [paras. 112-13]

The Board went on to conclude that the sharing of the net gain on the sale of the land and buildings collectively, in accordance with the *TransAlta Formula*, was equitable in the circumstances of this application and was consistent with past Board decisions.

The Board determined that from the gross proceeds of \$6,550,000, ATCO should receive \$465,000 to cover the cost of disposition (\$265,000) and the provision for environmental remediation (\$200,000), the shareholders should receive \$2,014,690, and \$4,070,310 should go to the customers. Of the amount credited to shareholders, \$225,245 was to be used to remove the remaining net book value of the property from ATCO's accounts. Of the amount allocated to customers, \$3,045,813 was allocated to ATCO Gas - South customers and \$1,024,497 to ATCO Pipelines - South customers.

1.2.2 Court of Appeal of Alberta ((2004), 24 Alta. L.R. (4th) 205, 2004 ABCA 3)

ATCO appealed the Board's decision. It argued that the Board did not have any jurisdiction to allocate the proceeds of sale and that the proceeds should have been allocated entirely to the shareholders. In its view, allowing customers to share in the proceeds of sale would result in them benefiting twice, since they had been spared the costs of renovating the sold assets and would enjoy cost savings from the lease arrangements. The Court of Appeal of Alberta agreed with ATCO, allowing the appeal and setting aside the Board's decision. The

[TRADUCTION] Il serait avantageux pour les clients de leur attribuer la totalité du profit net tiré de la vente du terrain et des bâtiments, mais cela pourrait dissuader la société de soumettre son fonctionnement à une analyse continue afin de trouver des moyens d'améliorer son rendement et de réduire ses coûts de manière constante.

À l'inverse, attribuer à l'entreprise réglementée la totalité du profit net pourrait encourager la spéculation à l'égard de biens non amortissables ou l'identification des biens dont la valeur s'est déjà accrue et leur aliénation. [par. 112-113]

La Commission a poursuivi en concluant que le partage du gain net résultant globalement de la vente du terrain et des bâtiments, selon la *formule TransAlta*, était équitable dans les circonstances et conforme à ses décisions antérieures.

Elle a décidé de répartir le produit brut de la vente (6 550 000 \$) comme suit : 465 000 \$ à ATCO pour les frais d'aliénation (265 000 \$) et la dépollution (200 000 \$), 2 014 690 \$ aux actionnaires et 4 070 310 \$ aux clients. Un montant de 225 245 \$ devait être prélevé de la somme attribuée aux actionnaires pour radier des registres d'ATCO la valeur comptable nette des biens vendus. De la somme attribuée aux clients, 3 045 813 \$ étaient alloués aux clients d'ATCO Gas - South et 1 024 497 \$ à ceux d'ATCO Pipelines - South.

1.2.2 La Cour d'appel de l'Alberta ((2004), 24 Alta. L.R. (4th) 205, 2004 ABCA 3)

ATCO a interjeté appel de la décision. Elle a fait valoir que la Commission n'avait pas compétence pour attribuer le produit de la vente, qui aurait dû revenir en entier aux actionnaires. Selon elle, en touchant une partie du produit de la vente, les clients gagnaient sur tous les tableaux puisqu'ils n'avaient pas supporté le coût de la rénovation des biens vendus et qu'ils profiteraient d'économies grâce à l'entente de location. La Cour d'appel de l'Alberta lui a donné raison, accueillant l'appel et annulant la décision. Elle a renvoyé l'affaire à la

16

17

18

The Board is not persuaded by the Company's argument that the Stores Block assets are now 'non-utility' by virtue of being 'no longer required for utility service'. The Board notes that the assets could still be providing service to regulated customers. In fact, the services formerly provided by the Stores Block assets continue to be required, but will be provided from existing and newly leased facilities. Furthermore, the Board notes that even when an asset and the associated service it was providing to customers is no longer required the Board has previously allocated more than the no-harm amount to customers where proceeds have exceeded the original cost of the asset. [paras. 47-49]

13 The Board went on to apply the no-harm test to the present facts. It noted that in its decision on the application for the approval of the sale, it had already considered the no-harm test to be satisfied. However, in that first decision, it had not made a finding with respect to the specific impact on future operating costs, including the particular lease arrangement being entered into by ATCO.

14 The Board then reviewed the submissions with respect to the allocation of the net gain and rejected the submission that if the new owner had no use of the buildings on the land, this should affect the allocation of net proceeds. The Board held that the buildings did have some present value but did not find it necessary to fix a specific value. The Board recognized and confirmed that the *TransAlta Formula* was one whereby the "windfall" realized when the proceeds of sale exceed the original cost could be shared between customers and shareholders. It held that it should apply the formula in this case and that it would consider the gain on the transaction as a whole, not distinguishing between the proceeds allocated to land separately from the proceeds allocated to buildings.

15 With respect to allocation of the gain between customers and shareholders of ATCO, the Board tried to balance the interests of both the customers' desire for safe reliable service at a reasonable cost with the provision of a fair return on the investment made by the company:

L'argument de la société voulant que les biens (le *Calgary Stores Block*) ne soient plus des biens du service public parce qu'ils ne sont plus requis pour fournir le service ne nous convainc pas. La Commission signale que les biens pourraient encore servir à la prestation de services destinés aux clients de l'entreprise réglementée. En fait, les services anciennement fournis grâce aux biens demeurent requis, mais leur prestation sera assurée par des installations existantes et des installations récemment louées. La Commission note de plus que même dans le cas où un bien et le service qu'il fournissait aux clients ne sont plus requis, elle a déjà attribué plus que le montant obtenu par l'application du critère de l'absence de préjudice lorsque le produit de l'aliénation a été supérieur au coût historique. [par. 47-49]

La Commission a ensuite appliqué le critère de l'absence de préjudice aux faits de l'espèce. Elle a signalé que, dans sa décision relative à la demande d'autorisation, elle avait conclu au respect de ce critère, mais n'avait alors tiré aucune conclusion concernant l'incidence sur les frais d'exploitation, notamment l'entente de location obtenue par ATCO.

Puis, après avoir examiné les observations portant sur l'attribution du gain net, la Commission a rejeté l'argument selon lequel le fait que le nouveau propriétaire n'utiliserait pas les bâtiments situés sur le terrain était déterminant à cet égard. Elle a conclu que les bâtiments avaient alors une certaine valeur, mais elle n'a pas jugé nécessaire de la préciser. Elle a reconnu et confirmé que suivant la *formule TransAlta*, le profit inattendu réalisé lorsque le produit de la vente excède le coût historique pouvait être réparti entre les clients et les actionnaires. Elle a estimé qu'il y avait lieu en l'espèce d'appliquer la formule et de tenir compte de la totalité du gain issu de l'opération sans dissocier la partie attribuable au terrain et celle correspondant aux bâtiments.

Pour ce qui est de la répartition du gain entre les clients et les actionnaires d'ATCO, la Commission a tenté de mettre en balance la volonté des clients d'obtenir des services à la fois sûrs et fiables à un prix raisonnable et celle des investisseurs de toucher un rendement raisonnable :

net book value and original cost, and any appreciation in the value of the assets (i.e. the difference between original cost and the sale price) is to be shared by shareholders and customers. The amount to be shared by each is determined by multiplying the ratio of sale price/original cost to the net book value (for shareholders) and the difference between original cost and net book value (for customers). However, where the sale price does not exceed original cost, customers are entitled to all of the gain on sale. [para. 27]

The Board also referred to Decision 2001-65, where it had clarified the following:

In the Board's view, if the TransAlta Formula yields a result greater than the no-harm amount, customers are entitled to the greater amount. If the TransAlta Formula yields a result less than the no-harm amount, customers are entitled to the no-harm amount. In the Board's view, this approach is consistent with its historical application of the TransAlta Formula. [para. 28]

On the issue of its jurisdiction to allocate the net proceeds of a sale, the Board in the present case stated:

The fact that a regulated utility must seek Board approval before disposing of its assets is sufficient indication of the limitations placed by the legislature on the property rights of a utility. In appropriate circumstances, the Board clearly has the power to prevent a utility from disposing of its property. In the Board's view it also follows that the Board can approve a disposition subject to appropriate conditions to protect customer interests.

Regarding AGS's argument that allocating more than the no-harm amount to customers would amount to retrospective ratemaking, the Board again notes the decision in the TransAlta Appeal. The Court of Appeal accepted that the Board could include in the definition of "revenue" an amount payable to customers representing excess depreciation paid by them through past rates. In the Board's view, no question of retrospective ratemaking arises in cases where previously regulated rate base assets are being disposed of out of rate base and the Board applies the TransAlta Formula.

les clients ont droit à la différence entre la valeur comptable nette et le coût historique, et toute appréciation des biens (c.-à-d. la différence entre le coût historique et le prix de vente) est répartie entre les actionnaires et les clients. Le montant attribué aux actionnaires est calculé en multipliant le ratio prix de vente/coût historique par la valeur comptable nette et celui qui revient aux clients est obtenu en multipliant ce ratio par la différence entre le coût historique et la valeur comptable nette. Toutefois, lorsque le prix de vente n'est pas supérieur au coût historique, les clients ont droit à la totalité du gain réalisé lors de la vente. [par. 27]

La Commission a également cité la décision 2001-65 renfermant les explications suivantes :

[TRADUCTION] Selon la Commission, lorsque l'application de la formule TransAlta donne un montant supérieur à celui obtenu en appliquant le critère de l'absence de préjudice, les clients ont droit au montant plus élevé. Par contre, lorsqu'elle débouche sur un montant inférieur à celui obtenu en appliquant le critère de l'absence de préjudice, les clients ont droit à ce dernier montant. De plus, cette approche est compatible avec la manière dont elle a appliqué jusqu'à maintenant la formule TransAlta. [par. 28]

En ce qui concerne son pouvoir de répartir le produit net de la vente, la Commission a dit :

[TRADUCTION] Le fait qu'un service public réglementé doive obtenir de la Commission l'autorisation de se départir d'un bien montre que l'assemblée législative a voulu limiter son droit de propriété. Dans certaines circonstances, la Commission a clairement le pouvoir d'empêcher un service public de se départir d'un bien. Selon nous, il s'ensuit également que la Commission peut autoriser une aliénation en l'assortissant de conditions aptes à protéger les intérêts des clients.

Pour ce qui est de l'argument d'AGS selon lequel l'attribution aux clients d'un montant supérieur à celui obtenu en appliquant le critère de l'absence de préjudice équivaudrait à une tarification rétroactive, la Commission cite à nouveau l'arrêt *TransAlta* dans lequel la Cour d'appel a reconnu que la Commission pouvait assimiler à un « revenu » un montant payable aux clients pour les indemniser de l'amortissement excédentaire pris en compte dans la tarification antérieure. Il ne saurait y avoir de tarification rétroactive lorsqu'un service public se dessaisit d'un bien auparavant inclus dans la base tarifaire et que la Commission applique la formule TransAlta.

persuaded that customers would not be harmed by the sale, given that a prudent lease arrangement to replace the sold facility had been concluded. The Board was satisfied that there would not be a negative impact on customers' rates, at least during the five-year initial term of the lease. In fact, the Board concluded that there would be cost savings to the customers and that there would be no impact on the level of service to customers as a result of the sale. It did not make a finding on the specific impact on future operating costs; for example, it did not consider the costs of the lease arrangement entered into by ATCO. The Board noted that those costs could be reviewed by the Board in a future general rate application brought by interested parties.

1.2.1.2 *Decision 2002-037, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL)*

10

In a second decision, the Board determined the allocation of net sale proceeds. It reviewed the regulatory policy and general principles which affected the decision, although no specific matters are enumerated for consideration in the applicable legislative provisions. The Board had previously developed a "no-harm" test, and it reviewed the rationale for the test as summarized in its Decision 2001-65 (*Re ATCO Gas-North*): "The Board considers that its power to mitigate or offset potential harm to customers by allocating part or all of the sale proceeds to them, flows from its very broad mandate to protect consumers in the public interest" (p. 16).

11

The Board went on to discuss the implications of the Alberta Court of Appeal decision in *TransAlta Utilities Corp. v. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171, referring to various decisions it had rendered in the past. Quoting from its Decision 2000-41 (*Re TransAlta Utilities Corp.*), the Board summarized the "*TransAlta Formula*":

In subsequent decisions, the Board has interpreted the Court of Appeal's conclusion to mean that where the sale price exceeds the original cost of the assets, shareholders are entitled to net book value (in historical dollars), customers are entitled to the difference between

préjudice ». Elle s'est dite convaincue que la vente ne serait pas préjudiciable aux clients étant donné l'entente de location judicieusement conclue en vue du remplacement des installations vendues. Elle a estimé qu'il n'y aurait pas d'effet négatif sur les tarifs exigés des clients, du moins les cinq premières années de la location. La Commission a en fait jugé que la vente permettrait aux clients d'obtenir les mêmes services à meilleur prix. Elle ne s'est pas prononcée sur les effets de l'opération sur les frais d'exploitation futurs; à titre d'exemple, elle n'a pas tenu compte des frais liés à l'entente de location conclue par ATCO. La Commission a dit que les parties intéressées et elle pourraient se pencher sur ces frais dans le cadre d'une demande générale d'approbation de tarifs.

1.2.1.2 *Décision 2002-037, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL)*

Dans une deuxième décision, la Commission a décidé de l'attribution du produit net de la vente. Elle a fait état de la politique réglementaire et des principes généraux présidant à la décision, même si les dispositions législatives applicables n'énumèrent pas les facteurs précis devant être pris en compte. Elle a fait mention du critère de l'« absence de préjudice » élaboré auparavant et dont elle avait résumé la raison d'être dans sa décision 2001-65 (*Re ATCO Gas-North*) : [TRADUCTION] « La Commission estime que son pouvoir de limiter ou de compenser le préjudice que pourraient subir les clients en leur attribuant tout ou partie du produit de la vente découle de son vaste mandat de protéger les clients dans l'intérêt public » (p. 16).

La Commission a ensuite analysé les répercussions de l'arrêt *TransAlta Utilities Corp. c. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171, de la Cour d'appel de l'Alberta, en se référant à différentes décisions qu'elle avait rendues. Citant sa décision 2000-41 (*Re TransAlta Utilities Corp.*), voici comment elle a résumé la « *formule TransAlta* » :

[TRADUCTION] Dans des décisions subséquentes, la Commission a conclu que pour la Cour d'appel, lorsque le prix de vente des biens est plus élevé que leur coût historique, les actionnaires ont droit à la valeur comptable nette (en fonction de la valeur historique),

1.1 *Overview of the Facts*

ATCO Gas - South ("AGS"), which is a division of ATCO Gas and Pipelines Ltd. ("ATCO"), filed an application by letter with the Board pursuant to s. 25.1(2) (now s. 26(2)) of the GUA, for approval of the sale of its properties located in Calgary known as Calgary Stores Block (the "property"). The property consisted of land and buildings; however, the main value was in the land, and the purchaser intended to and did eventually demolish the buildings and redevelop the land. According to AGS, the property was no longer used or useful for the provision of utility services, and the sale would not cause any harm to customers. In fact, AGS suggested that the sale would result in cost savings to customers, by allowing the net book value of the property to be retired and withdrawn from the rate base, thereby reducing rates. ATCO requested that the Board approve the sale transaction and the disposition of the sale proceeds to retire the remaining book value of the sold assets, to recover the disposition costs, and to recognize the balance of the profits resulting from the sale of the plant should be paid to shareholders. The Board dealt with the application in writing, without witnesses or an oral hearing. Other parties making written submissions to the Board were the City of Calgary, the Federation of Alberta Gas Co-ops Ltd., Gas Alberta Inc. and the Municipal Interveners, who all opposed ATCO's position with respect to the disposition of the sale proceeds to shareholders.

1.2 *Judicial History*

1.2.1 Alberta Energy and Utilities Board

1.2.1.1 *Decision 2001-78*

In a first decision, which considered ATCO's application to approve the sale of the property, the Board employed a "no-harm" test, assessing the potential impact on both rates and the level of service to customers and the prudence of the sale transaction, taking into account the purchaser and tender or sale process followed. The Board was of the view that the test had been satisfied. It was

1.1 *Aperçu des faits*

ATCO Gas - South (« AGS »), une filiale d'ATCO Gas and Pipelines Ltd. (« ATCO »), a fait parvenir à la Commission une lettre dans laquelle elle lui demandait, en application du par. 25.1(2) (l'actuel par. 26(2)) de la GUA, l'autorisation de vendre des biens situés à Calgary (le *Calgary Stores Block*). Ces biens étaient constitués d'un terrain et de bâtiments, mais c'est le terrain qui présentait le plus grand intérêt, et l'acquéreur comptait démolir les bâtiments et réaménager le terrain, ce qu'il a d'ailleurs fait. Devant la Commission, AGS a indiqué que les biens n'étaient plus utilisés pour fournir un service public ni susceptibles de l'être et que leur vente ne causerait aucun préjudice aux clients. AGS a en fait laissé entendre que l'opération se traduirait par une économie pour les clients du fait que la valeur comptable nette des biens ne serait plus prise en compte dans l'établissement de la base tarifaire, diminuant d'autant les tarifs. ATCO a demandé à la Commission d'autoriser l'opération et l'affectation du produit de la vente au paiement du solde de la valeur comptable et au recouvrement des frais d'aliénation, puis de permettre le versement du gain net aux actionnaires. La Commission a examiné la demande sur dossier sans entendre de témoins ni tenir d'audience. La Ville, Federation of Alberta Gas Co-ops Ltd., Gas Alberta Inc. et des intervenants municipaux ont déposé des observations écrites. Tous s'opposaient à ce que le produit de la vente soit attribué aux actionnaires comme le préconisait ATCO.

1.2 *Historique judiciaire*

1.2.1 La Commission

1.2.1.1 *Décision 2001-78*

Dans une première décision relative à la demande d'autorisation de la vente des biens, la Commission a appliqué le critère de l'« absence de préjudice » et soupesé les répercussions possibles sur les tarifs et la qualité des services offerts aux clients, ainsi que l'opportunité de l'opération, compte tenu de l'acquéreur et de la procédure d'appel d'offres ou de vente suivie. Elle a conclu à l'« absence de

8

9

assets it owns: it must obtain authorization from its regulator before selling an asset previously used to produce regulated services (see *MacAvoy and Sidak*, at p. 234).

pouvoir de vendre ses biens en dehors du cours normal de ses activités : son autorisation doit être obtenue pour la vente d'un bien affecté jusqu'alors à la prestation d'un service réglementé (voir *MacAvoy et Sidak*, p. 234).

5 Against this backdrop, the Court is being asked to determine whether the Board has jurisdiction pursuant to its enabling statutes to allocate a portion of the net gain on the sale of a now discarded utility asset to the rate-paying customers of the utility when approving the sale. Subsequently, if this first question is answered affirmatively, the Court must consider whether the Board's exercise of its jurisdiction was reasonable and within the limits of its jurisdiction: was it allowed, in the circumstances of this case, to allocate a portion of the net gain on the sale of the utility to the rate-paying customers?

C'est dans ce contexte qu'on demande à notre Cour de déterminer si, lorsqu'elle autorise un service public à vendre un bien désaffecté, la Commission peut, suivant ses lois habilitantes, attribuer aux clients une partie du gain net obtenu. Dans l'affirmative, il nous faut décider si la Commission a raisonnablement exercé son pouvoir et respecté les limites de sa compétence : était-elle autorisée, en l'espèce, à attribuer une partie du gain net aux clients?

6 The customers' interests are represented in this case by the City of Calgary ("City") which argues that the Board can determine how to allocate the proceeds pursuant to its power to approve the sale and protect the public interest. I find this position unconvincing.

La ville de Calgary (« Ville ») défend les intérêts des clients dans le cadre du présent pourvoi. Elle soutient que la Commission peut décider de l'attribution du produit de la vente en vertu de son pouvoir d'autoriser ou non l'opération et de protéger l'intérêt public. Cette thèse me paraît peu convaincante.

7 The interpretation of the *Alberta Energy and Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, c. A-17 ("AEUBA"), the *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, c. P-45 ("PUBA"), and the *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, c. G-5 ("GUA") (see Appendix for the relevant provisions of these three statutes), can lead to only one conclusion: the Board does not have the prerogative to decide on the distribution of the net gain from the sale of assets of a utility. The Board's seemingly broad powers to make any order and to impose any additional conditions that are necessary in the public interest has to be interpreted within the entire context of the statutes which are meant to balance the need to protect consumers as well as the property rights retained by owners, as recognized in a free market economy. The limits of the powers of the Board are grounded in its main function of fixing just and reasonable rates ("rate setting") and in protecting the integrity and dependability of the supply system.

L'analyse de l'*Alberta Energy and Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, ch. A-17 (« AEUBA »), de la *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, ch. P-45 (« PUBA »), et de la *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, ch. G-5 (« GUA ») (voir leurs dispositions pertinentes en annexe) mène à une seule conclusion : la Commission n'a pas le pouvoir de décider de la répartition du gain net tiré de la vente d'un bien par un service public. Son pouvoir apparemment vaste de rendre toute décision et d'imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public doit être interprété dans le contexte global des lois en cause qui visent à protéger non seulement le consommateur, mais aussi le droit de propriété reconnu au propriétaire dans une économie de libre marché. Les limites du pouvoir de la Commission sont inhérentes à sa principale fonction qui consiste à fixer des tarifs justes et raisonnables (la tarification) et à préserver l'intégrité et la fiabilité du réseau d'alimentation.

sole owner of the resources, land and other assets; it constructs plants, purchases equipment, and contracts with employees to provide the services; it realizes profits resulting from the application of the rates approved by the Alberta Energy and Utilities Board ("Board") (see P. W. MacAvoy and J. G. Sidak, "The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets" (2001), 22 *Energy L.J.* 233, at p. 234). That said, one cannot ignore the important feature which makes a public utility so distinct: it must answer to a regulator. Public utilities are typically natural monopolies: technology and demand are such that fixed costs are lower for a single firm to supply the market than would be the case where there is duplication of services by different companies in a competitive environment (see A. E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions* (1988), vol. 1, at p. 11; B. W. F. Depoorter, "Regulation of Natural Monopoly", in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics* (2000), vol. III, 498; J. S. Netz, "Price Regulation: A (Non-Technical) Overview", in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics* (2000), vol. III, 396, at p. 398; A. J. Black, "Responsible Regulation: Incentive Rates for Natural Gas Pipelines" (1992), 28 *Tulsa L.J.* 349, at p. 351). Efficiency of production is promoted under this model. However, governments have purported to move away from this theoretical concept and have adopted what can only be described as a "regulated monopoly". The utility regulations exist to protect the public from monopolistic behaviour and the consequent inelasticity of demand while ensuring the continued quality of an essential service (see Kahn, at p. 11).

As in any business venture, public utilities make business decisions, their ultimate goal being to maximize the residual benefits to shareholders. However, the regulator limits the utility's managerial discretion over key decisions, including prices, service offerings and the prudence of plant and equipment investment decisions. And more relevant to this case, the utility, outside the ordinary course of business, is limited in its right to sell

appartiennent en propre; elle construit des installations, achète du matériel et, pour fournir ses services, conclut des contrats avec des employés; elle réalise des profits en pratiquant des tarifs approuvés par l'Alberta Energy and Utilities Board (« Commission ») (voir P. W. MacAvoy et J. G. Sidak, « The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets » (2001), 22 *Energy L.J.* 233, p. 234). Cela dit, on ne peut faire abstraction de la caractéristique importante qui rend un service public si distinct : il doit rendre compte à un organisme de réglementation. Les services publics sont habituellement des monopoles naturels : la technologie requise et la demande sont telles que les coûts fixes sont moindres lorsque le marché est desservi par une seule entreprise au lieu de plusieurs faisant double-emploi dans un contexte concurrentiel (voir A. E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions* (1988), vol. 1, p. 11; B. W. F. Depoorter, « Regulation of Natural Monopoly », dans B. Bouckaert et G. De Geest, dir., *Encyclopedia of Law and Economics* (2000), vol. III, 498; J. S. Netz, « Price Regulation : A (Non-Technical) Overview », dans B. Bouckaert et G. De Geest, dir., *Encyclopedia of Law and Economics* (2000), vol. III, 396, p. 398; A. J. Black, « Responsible Regulation : Incentive Rates for Natural Gas Pipelines » (1992), 28 *Tulsa L.J.* 349, p. 351). Ce modèle favorise l'efficacité de la production. Toutefois, les gouvernements ont voulu s'éloigner du concept théorique et ont opté pour ce qu'il convient d'appeler un « monopole réglementé ». La réglementation des services publics vise à protéger la population contre un comportement monopolistique et l'inélasticité de la demande qui en résulte tout en assurant la qualité constante d'un service essentiel (voir Kahn, p. 11).

Comme toute autre entreprise, un service public prend des décisions d'affaires, son objectif ultime étant de maximiser les profits revenant aux actionnaires. Cependant, l'organisme de réglementation restreint son pouvoir discrétionnaire à l'égard de certains éléments clés, dont les prix, les services offerts et l'opportunité d'investir dans des installations et du matériel. Et, plus important encore dans la présente affaire, il restreint également son

The judgment of Bastarache, LeBel, Deschamps and Charron JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Charron rendu par

BASTARACHE J. —

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

1. Introduction

1 At the heart of this appeal is the issue of the jurisdiction of an administrative board. More specifically, the Court must consider whether, on the appropriate standard of review, this utility board appropriately set out the limits of its powers and discretion.

Le présent pourvoi a pour objet la compétence d'un tribunal administratif. Plus précisément, notre Cour doit déterminer, selon la norme de contrôle appropriée, si l'organisme de réglementation a correctement circonscrit ses attributions et son pouvoir discrétionnaire.

2 Few areas of our lives are now untouched by regulation. Telephone, rail, airline, trucking, foreign investment, insurance, capital markets, broadcasting licences and content, banking, food, drug and safety standards, are just a few of the objects of public regulations in Canada: M. J. Trebilcock, "The Consumer Interest and Regulatory Reform", in G. B. Doern, ed., *The Regulatory Process in Canada* (1978), 94. Discretion is central to the regulatory agency policy process, but this discretion will vary from one administrative body to another (see C. L. Brown-John, *Canadian Regulatory Agencies: Quis custodiet ipsos custodes?* (1981), at p. 29). More importantly, in exercising this discretion, statutory bodies must respect the confines of their jurisdiction: they cannot trespass in areas where the legislature has not assigned them authority (see D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at pp. 9-10).

De nos jours, rares sont les facettes de notre vie qui échappent à la réglementation. Le service téléphonique, les transports ferroviaire et aérien, le camionnage, l'investissement étranger, l'assurance, le marché des capitaux, la radiodiffusion (licences et contenu), les activités bancaires, les aliments, les médicaments et les normes de sécurité ne constituent que quelques-uns des objets de la réglementation au Canada : M. J. Trebilcock, « The Consumer Interest and Regulatory Reform », dans G. B. Doern, dir., *The Regulatory Process in Canada* (1978), 94. Le pouvoir discrétionnaire est au cœur de l'élaboration des politiques des organismes administratifs, mais son étendue varie d'un organisme à l'autre (voir C. L. Brown-John, *Canadian Regulatory Agencies : Quis custodiet ipsos custodes?* (1981), p. 29). Et, plus important encore, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, l'organisme créé par voie législative doit s'en tenir à son domaine de compétence : il ne peut s'immiscer dans un autre pour lequel le législateur ne lui a pas attribué compétence (voir D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 9-10).

3 The business of energy and utilities is no exception to this regulatory framework. The respondent in this case is a public utility in Alberta which delivers natural gas. This public utility is nothing more than a private corporation subject to certain regulatory constraints. Fundamentally, it is like any other privately held company: it obtains the necessary funding from investors through public issues of shares in stock and bond markets; it is the

Le secteur de l'énergie et des services publics n'y échappe pas. En l'espèce, l'intimée est un service public albertain de distribution de gaz naturel. Il ne s'agit en fait que d'une société privée assujettie à certaines contraintes réglementaires. Essentiellement, elle est dans la même situation que toute société privée : elle obtient son financement par l'émission d'actions et d'obligations; ses ressources, ses terrains et ses autres biens lui

- Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- Netz, Janet S. "Price Regulation: A (Non-Technical) Overview", in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, *The Regulation of Contracts*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2000.
- Reid, Robert F., and Hillel David. *Administrative Law and Practice*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1978.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
- Trebilcock, Michael J. "The Consumer Interest and Regulatory Reform", in G. B. Doern, ed., *The Regulatory Process in Canada*. Toronto: Macmillan of Canada, 1978, 94.
- Milner, H. R. « Public Utility Rate Control in Alberta » (1930), 8 *R. du B. can.* 101.
- Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.
- Netz, Janet S. « Price Regulation : A (Non-Technical) Overview », in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, *The Regulation of Contracts*. Northampton, Mass. : Edward Elgar, 2000.
- Reid, Robert F., and Hillel David. *Administrative Law and Practice*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1978.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
- Trebilcock, Michael J. « The Consumer Interest and Regulatory Reform », in G. B. Doern, ed., *The Regulatory Process in Canada*. Toronto : Macmillan of Canada, 1978, 94.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Wittmann J.A. and LoVecchio J. (*ad hoc*)) (2004), 24 Alta. L.R. (4th) 205, 339 A.R. 250, 312 W.A.C. 250, [2004] 4 W.W.R. 239, [2004] A.J. No. 45 (QL), 2004 ABCA 3, reversing a decision of the Alberta Energy and Utilities Board, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL). Appeal dismissed and cross-appeal allowed, McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. dissenting.

Brian K. O'Ferrall and Daron K. Naffin, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Clifton D. O'Brien, Q.C., Lawrence E. Smith, Q.C., H. Martin Kay, Q.C., and Laurie A. Goldbach, for the respondent/appellant on cross-appeal.

J. Richard McKee and Renée Marx, for the intervener the Alberta Energy and Utilities Board.

Written submissions only by *George Vegh and Michael W. Lyle*, for the intervener the Ontario Energy Board.

Written submissions only by *J. L. McDougall, Q.C., and Michael D. Schafner*, for the intervener Enbridge Gas Distribution Inc.

Written submissions only by *Michael A. Penny and Susan Kushneryk*, for the intervener Union Gas Limited.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Wittmann et LoVecchio (*ad hoc*)) (2004), 24 Alta. L.R. (4th) 205, 339 A.R. 250, 312 W.A.C. 250, [2004] 4 W.W.R. 239, [2004] A.J. No. 45 (QL), 2004 ABCA 3, qui a infirmé une décision de l'Alberta Energy and Utilities Board, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL). Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish sont dissidents.

Brian K. O'Ferrall et Daron K. Naffin, pour l'appelante/intimée au pourvoi incident.

Clifton D. O'Brien, c.r., Lawrence E. Smith, c.r., H. Martin Kay, c.r., et Laurie A. Goldbach, pour l'intimée/appelante au pourvoi incident.

J. Richard McKee et Renée Marx, pour l'intervenante Alberta Energy and Utilities Board.

Argumentation écrite seulement par *George Vegh et Michael W. Lyle*, pour l'intervenante la Commission de l'énergie de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *J. L. McDougall, c.r., et Michael D. Schafner*, pour l'intervenante Enbridge Gas Distribution Inc.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Penny et Susan Kushneryk*, pour l'intervenante Union Gas Limited.

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5, ss. 16, 17, 22, 24, 26, 27(1), 36 to 45, 59.
Interpretation Act, R.S.A. 2000, c. I-8, s. 10.
Public Utilities Act, S.A. 1915, c. 6, ss. 21, 23, 24, 29(g).
Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45, ss. 36, 37, 80, 85(1), 87, 89 to 95, 101(1), (2), 102(1).

Authors Cited

Anisman, Philip, and Robert F. Reid. *Administrative Law Issues and Practice*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
 Black, Alexander J. "Responsible Regulation: Incentive Rates for Natural Gas Pipelines" (1992), 28 *Tulsa L.J.* 349.
 Blake, Sara. *Administrative Law in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2001.
 Brown, David M. *Energy Regulation in Ontario*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated November 2004, release 3).
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2005).
 Brown-John, C. Lloyd. *Canadian Regulatory Agencies: Quis custodiet ipsos custodes?* Toronto: Butterworths, 1981.
 Canadian Institute of Resources Law. *Canada Energy Law Service: Alberta*. Edited by Steven A. Kennett. Toronto: Thomson Carswell, 1981 (loose-leaf updated 2005, release 2).
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Cross, Phillip S. "Rate Treatment of Gain on Sale of Land: Ratepayer Indifference, A New Standard?" (1990), 126 *Pub. Util. Fort.* 44.
 Depoorter, Ben W. F. "Regulation of Natural Monopoly", in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, *The Regulation of Contracts*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2000.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Green, Richard, and Martin Rodriguez Pardina. *Resetting Price Controls for Privatized Utilities: A Manual for Regulators*. Washington, D.C.: World Bank, 1999.
 Kahn, Alfred E. *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, vol. 1, *Economic Principles*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1988.
 MacAvoy, Paul W., and J. Gregory Sidak. "The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets" (2001), 22 *Energy L.J.* 233.
 Milner, H. R. "Public Utility Rate Control in Alberta" (1930), 8 *Can. Bar Rev.* 101.

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5, art. 16, 17, 22, 24, 26, 27(1), 36 à 45, 59.
Interpretation Act, R.S.A. 2000, ch. I-8, art. 10.
Public Utilities Act, S.A. 1915, ch. 6, art. 21, 23, 24, 29g).
Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45, art. 36, 37, 80, 85(1), 87, 89 à 95, 101(1), (2), 102(1).

Doctrine citée

Anisman, Philip, and Robert F. Reid. *Administrative Law Issues and Practice*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
 Black, Alexander J. « Responsible Regulation : Incentive Rates for Natural Gas Pipelines » (1992), 28 *Tulsa L.J.* 349.
 Blake, Sara. *Administrative Law in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2001.
 Brown, David M. *Energy Regulation in Ontario*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated November 2004, release 3).
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2005).
 Brown-John, C. Lloyd. *Canadian Regulatory Agencies : Quis custodiet ipsos custodes?* Toronto : Butterworths, 1981.
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.
 Cross, Phillip S. « Rate Treatment of Gain on Sale of Land: Ratepayer Indifference, A New Standard? » (1990), 126 *Pub. Util. Fort.* 44.
 Depoorter, Ben W. F. « Regulation of Natural Monopoly », in B. Bouckaert and G. De Geest, eds., *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. III, *The Regulation of Contracts*. Northampton, Mass. : Edward Elgar, 2000.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
 Green, Richard, and Martin Rodriguez Pardina. *Resetting Price Controls for Privatized Utilities : A Manual for Regulators*. Washington, D.C. : World Bank, 1999.
 Institut canadien du droit des ressources. *Canada Energy Law Service : Alberta*. Edited by Steven A. Kennett. Toronto : Thomson Carswell, 1981 (loose-leaf updated 2005, release 2).
 Kahn, Alfred E. *The Economics of Regulation : Principles and Institutions*, vol. 1, *Economic Principles*. Cambridge, Mass. : MIT Press, 1988.
 MacAvoy, Paul W., and J. Gregory Sidak. « The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets » (2001), 22 *Energy L.J.* 233.

Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd., [1993] 1 S.C.R. 167.

By Binnie J. (dissenting)

Atco Ltd. v. Calgary Power Ltd., [1982] 2 S.C.R. 557; *S.C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *TransAlta Utilities Corp. v. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Calgary Power Ltd. v. Copithorne*, [1959] S.C.R. 24; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Memorial Gardens Association (Canada) Ltd. v. Colwood Cemetery Co.*, [1958] S.C.R. 353; *Union Gas Co. of Canada Ltd. v. Sydenham Gas and Petroleum Co.*, [1957] S.C.R. 185; *Re C.T.C. Dealer Holdings Ltd. and Ontario Securities Commission* (1987), 59 O.R. (2d) 79; *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37; *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 341-I, June 30, 1976; *Re Boston Gas Co.*, 49 P.U.R. 4th 1 (1982); *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 465, March 1, 1991; *Re Natural Resource Gas Ltd.*, O.E.B., RP-2002-0147, EB-2002-0446, June 27, 2003; *Yukon Energy Corp. v. Utilities Board* (1996), 74 B.C.A.C. 58; *Re Arizona Public Service Co.*, 91 P.U.R. 4th 337 (1988); *Re Southern California Water Co.*, 43 C.P.U.C. 2d 596 (1992); *Re Southern California Gas Co.*, 118 P.U.R. 4th 81 (1990); *Democratic Central Committee of the District of Columbia v. Washington Metropolitan Area Transit Commission*, 485 F.2d 786 (1973); *Board of Public Utility Commissioners v. New York Telephone Co.*, 271 U.S. 23 (1976); *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *New York Water Service Corp. v. Public Service Commission*, 208 N.Y.S.2d 857 (1960); *Re Compliance with the Energy Policy Act of 1992*, 62 C.P.U.C. 2d 517 (1995); *Re California Water Service Co.*, 66 C.P.U.C. 2d 100 (1996); *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84116, October 12, 1984; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Decision No. E84081, June 29, 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84115, October 12, 1984; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84113, October 12, 1984.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17, ss. 13, 15, 26(1), (2), 27.

R.C.S. 919, 2000 CSC 64; *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349; *Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 R.C.S. 167.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Atco Ltd. c. Calgary Power Ltd., [1982] 2 R.C.S. 557; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *TransAlta Utilities Corp. c. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Memorial Gardens Association (Canada) Ltd. c. Colwood Cemetery Co.*, [1958] R.C.S. 353; *Union Gas Co. of Canada Ltd. c. Sydenham Gas and Petroleum Co.*, [1957] R.C.S. 185; *Re C.T.C. Dealer Holdings Ltd. and Ontario Securities Commission* (1987), 59 O.R. (2d) 79; *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos liée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37; *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 341-I, 30 juin 1976; *Re Boston Gas Co.*, 49 P.U.R. 4th 1 (1982); *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 465, 1^{er} mars 1991; *Re Natural Resource Gas Ltd.*, C.É.O., RP-2002-0147, EB-2002-0446, 27 juin 2003; *Yukon Energy Corp. c. Utilities Board* (1996), 74 B.C.A.C. 58; *Re Arizona Public Service Co.*, 91 P.U.R. 4th 337 (1988); *Re Southern California Water Co.*, 43 C.P.U.C. 2d 596 (1992); *Re Southern California Gas Co.*, 118 P.U.R. 4th 81 (1990); *Democratic Central Committee of the District of Columbia c. Washington Metropolitan Area Transit Commission*, 485 F.2d 786 (1973); *Board of Public Utility Commissioners c. New York Telephone Co.*, 271 U.S. 23 (1976); *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *New York Water Service Corp. c. Public Service Commission*, 208 N.Y.S.2d 857 (1960); *Re Compliance with the Energy Policy Act of 1992*, 62 C.P.U.C. 2d 517 (1995); *Re California Water Service Co.*, 66 C.P.U.C. 2d 100 (1996); *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84116, 12 octobre 1984; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Décision n° E84081, 29 juin 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84115, 12 octobre 1984; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84113, 12 octobre 1984.

Lois et règlements cités

Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17, art. 13, 15, 26(1), (2), 27.

Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19; *Consumers' Gas Co. v. Ontario (Energy Board)*, [2001] O.J. No. 5024 (QL); *Coalition of Citizens Impacted by the Caroline Shell Plant v. Alberta (Energy Utilities Board)* (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 374; *Atco Ltd. v. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 S.C.R. 557; *Dome Petroleum Ltd. v. Public Utilities Board (Alberta)* (1976), 2 A.R. 453, aff'd [1977] 2 S.C.R. 822; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6; *Contino v. Leonelli-Contino*, [2005] 3 S.C.R. 217, 2005 SCC 63; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Decision No. E84081, June 29, 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84116, October 12, 1984; *TransAlta Utilities Corp. (Re)*, [2002] A.E.U.B.D. No. 30 (QL); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (QL); *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 641, aff'd (1983), 42 O.R. (2d) 731; *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601; *Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1983] 1 F.C. 182, aff'd [1985] 1 S.C.R. 174; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84113, October 12, 1984; *Re Union Gas Ltd. and Ontario Energy Board* (1983), 1 D.L.R. (4th) 698; *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *Market St. Ry. Co. v. Railroad Commission of State of California*, 324 U.S. 548 (1945); *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. vii; *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 410-II, 411-II, 412-II, March 23, 1987; *National Energy Board Act (Can.) (Re)*, [1986] 3 F.C. 275; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2000] 2 S.C.R. 919, 2000 SCC 64; *Leiriao v. Val-Bélair (Town)*, [1991] 3 S.C.R. 349;

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1998] 1 R.C.S. 982; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19; *Consumers' Gas Co. c. Ontario (Energy Board)*, [2001] O.J. No. 5024 (QL); *Coalition of Citizens Impacted by the Caroline Shell Plant c. Alberta (Energy Utilities Board)* (1996), 41 Alta. L.R. (3d) 374; *Atco Ltd. c. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 R.C.S. 557; *Dome Petroleum Ltd. c. Public Utilities Board (Alberta)* (1976), 2 A.R. 453, conf. par [1977] 2 R.C.S. 822; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Marche c. Cie d'Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6; *Contino c. Leonelli-Contino*, [2005] 3 R.C.S. 217, 2005 CSC 63; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Décision n° E84081, 29 juin 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84116, 12 octobre 1984; *TransAlta Utilities Corp. (Re)*, [2002] A.E.U.B.D. No. 30 (QL); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (QL); *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 641, conf. par (1983), 42 O.R. (2d) 731; *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.F. 601; *Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1983] 1 C.F. 182, conf. par [1985] 1 R.C.S. 174; *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84113, 12 octobre 1984; *Re Union Gas Ltd. and Ontario Energy Board* (1983), 1 D.L.R. (4th) 698; *Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *Market St. Ry. Co. c. Railroad Commission of State of California*, 324 U.S. 548 (1945); *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705, autorisation de pourvoi refusée, [1981] 2 R.C.S. vii; *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 410-II, 411-II, 412-II, 23 mars 1987; *Loi sur l'Office national de l'énergie (Can.) (Re)*, [1986] 3 C.F. 275; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2000] 2

ATCO's submission that an allocation of profit to the customers would amount to a confiscation of the corporation's property overlooks the obvious difference between investment in an unregulated business and investment in a regulated utility where the ratepayers carry the costs and the regulator sets the return on investment, not the marketplace. The Board's response cannot be considered "confiscatory" in any proper use of the term, and is well within the range of what is regarded in comparable jurisdictions as an appropriate regulatory allocation of the gain on sale of land whose original investment has been included by the utility itself in its rate base. Similarly, ATCO's argument that the Board engaged in impermissible retroactive rate making should not be accepted. The Board proposed to apply a portion of the expected profit to future rate making. The effect of the order is prospective not retroactive. Fixing the going-forward rate of return, as well as general supervision of "all gas utilities, and the owners of them", were matters squarely within the Board's statutory mandate. ATCO also submits in its cross-appeal that the Court of Appeal erred in drawing a distinction between gains on sale of land whose original cost is not depreciated and depreciated property, such as buildings. A review of regulatory practice shows that many, but not all, regulators reject the relevance of this distinction. The point is not that the regulator must reject any such distinction but, rather, that the distinction does not have the controlling weight as contended by ATCO. In Alberta, it is up to the Board to determine what allocations are necessary in the public interest as conditions of the approval of sale. Finally, ATCO's contention that it alone is burdened with the risk on land that declines in value overlooks the fact that in a falling market the utility continues to be entitled to a rate of return on its original investment, even if the market value at the time is substantially less than its original investment. Further, it seems such losses are taken into account in the ongoing rate-setting process. [93] [123-147]

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *Re ATCO Gas-North*, Alta. E.U.B., Decision 2001-65, July 31, 2001; *TransAlta Utilities Corp. v. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. E.U.B., Decision 2000-41, July 5, 2000; *Pushpanathan v.*

La prétention d'ATCO selon laquelle attribuer le profit aux clients équivaut à confisquer l'actif de l'entreprise ne tient pas compte de la différence manifeste entre un investissement dans une entreprise non réglementée et un investissement dans un service public réglementé; dans ce dernier cas, les clients supportent les coûts et le taux de rendement est fixé par un organisme de réglementation, et non par le marché. La mesure retenue par la Commission ne peut être qualifiée de « confiscatoire » dans quelque acception de ce terme et elle fait partie des solutions jugées acceptables dans des ressorts comparables en ce qui concerne l'attribution du profit tiré de la vente d'un terrain dont l'entreprise de services publics a elle-même inclus le coût historique dans sa base tarifaire. On ne peut non plus faire droit à la prétention d'ATCO voulant que la Commission se soit indûment livrée à une tarification rétroactive. La Commission a proposé de tenir compte d'une partie du profit escompté pour fixer les tarifs ultérieurs. L'ordonnance a un effet prospectif, et non rétroactif. La fixation du rendement futur et la surveillance générale « des services de gaz et de leurs propriétaires » relevaient sans conteste du mandat légal de la Commission. Dans son pourvoi incident, ATCO prétend en outre que la Cour d'appel de l'Alberta a établi à tort une distinction entre le profit tiré de la vente d'un terrain dont le coût historique n'est pas amorti et le profit tiré de la vente d'un bien amorti, comme un bâtiment. Il ressort de la pratique réglementaire que de nombreux organismes de réglementation, mais pas tous, jugent cette distinction non pertinente. Ce n'est pas que l'organisme de réglementation doive l'écartier systématiquement, mais elle n'est pas aussi déterminante que le prétend ATCO. En Alberta, la Commission peut autoriser une vente à la condition que le produit qui en est tiré soit réparti comme elle le juge nécessaire dans l'intérêt public. Enfin, la prétention selon laquelle ATCO assume seule le risque que la valeur d'un terrain diminue ne tient pas compte du fait que s'il y a contraction du marché, l'entreprise de services publics continue de bénéficier d'un rendement fondé sur le coût historique même si la valeur marchande a considérablement diminué. De plus, il appert qu'une telle perte est prise en considération dans la procédure d'établissement des tarifs. [93] [123-147]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Re ATCO Gas-North*, Alta. E.U.B., Décision 2001-65, 31 juillet 2001; *TransAlta Utilities Corp. c. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. E.U.B., Décision 2000-41, 5 juillet 2000; *Pushpanathan c.*

that no harm would ensue to customers from the sale of the asset, the Board did not identify any public interest which required protection and there was, therefore, nothing to trigger the exercise of the discretion to allocate the proceeds of sale. Finally, it cannot be concluded that the Board's allocation was reasonable when it wrongly assumed that ratepayers had acquired a proprietary interest in the utility's assets because assets were a factor in the rate-setting process. [82-85]

Per McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. (dissenting): The Board's decision should be restored. Section 15(3) AEUBA authorized the Board, in dealing with ATCO's application to approve the sale of the subject land and buildings, to "impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest". In the exercise of that authority, and having regard to the Board's "general supervision over all gas utilities, and the owners of them" pursuant to s. 22(1) GUA, the Board made an allocation of the net gain for public policy reasons. The Board's discretion is not unlimited and must be exercised in good faith for its intended purpose. Here, in allocating one third of the net gain to ATCO and two thirds to the rate base, the Board explained that it was proper to balance the interests of both shareholders and ratepayers. In the Board's view to award the entire gain to the ratepayers would deny the utility an incentive to increase its efficiency and reduce its costs, but on the other hand to award the entire gain to the utility might encourage speculation in non-depreciable property or motivate the utility to identify and dispose of properties which have appreciated for reasons other than the best interest of the regulated business. Although it was open to the Board to allow ATCO's application for the entire profit, the solution it adopted in this case is well within the range of reasonable options. The "public interest" is largely and inherently a matter of opinion and discretion. While the statutory framework of utilities regulation varies from jurisdiction to jurisdiction, Alberta's grant of authority to its Board is more generous than most. The Court should not substitute its own view of what is "necessary in the public interest". The Board's decision made in the exercise of its jurisdiction was within the range of established regulatory opinion, whether the proper standard of review in that regard is patent unreasonableness or simple reasonableness. [91-92] [98-99] [110] [113] [122] [148]

a conclu explicitement que la vente des biens ne causerait aucun préjudice aux clients, la Commission n'a pas cerné d'intérêt public à protéger et aucun élément ne justifiait donc l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'attribuer le produit de la vente. Enfin, on ne peut conclure que la répartition était raisonnable, la Commission ayant supposé à tort que les clients avaient acquis un droit de propriété sur les biens de l'entreprise du fait de la prise en compte de ceux-ci dans l'établissement des tarifs. [82-85]

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie et Fish (dissidents) : La décision de la Commission devrait être rétablie. Le paragraphe 15(3) de l'AEUBA conférait à la Commission le pouvoir d'« imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge[ait] nécessaires dans l'intérêt public » en statuant sur la demande d'autorisation de vendre le terrain et les bâtiments en cause présentée par ATCO. Dans l'exercice de ce pouvoir, et vu la « surveillance générale des services de gaz et de leurs propriétaires » qui lui incombait suivant le par. 22(1) de la GUA, la Commission a réparti le gain net en se fondant sur des considérations d'intérêt public. Son pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité et elle doit l'exercer de bonne foi et aux fins auxquelles il est conféré. Dans la présente affaire, en attribuant un tiers du gain net à ATCO et deux tiers à la base tarifaire, la Commission a expliqué qu'il fallait mettre en balance les intérêts des actionnaires et ceux des clients. Selon elle, attribuer aux clients la totalité du profit n'aurait pas incité l'entreprise à accroître son efficacité et à réduire ses coûts et l'attribuer à l'entreprise aurait pu encourager la spéculation à l'égard de biens non amortissables ou l'identification des biens dont la valeur s'était accrue et leur aliénation pour des motifs étrangers à l'intérêt véritable de l'entreprise réglementée. La Commission pouvait accueillir la demande d'ATCO et lui attribuer la totalité du profit, mais la solution qu'elle a retenue en l'espèce s'inscrivait parmi celles pour lesquelles elle pouvait raisonnablement opter. L'« intérêt public » tient essentiellement et intrinsèquement à l'opinion et au pouvoir discrétionnaire. Même si le cadre législatif de la réglementation des services publics varie d'un ressort à l'autre, la Commission s'est vu conférer par le législateur albertain un pouvoir plus étendu que celui accordé à la plupart des organismes apparentés. Il n'appartient pas à notre Cour de déterminer quelles conditions sont « nécessaires dans l'intérêt public » et de substituer son opinion à celle de la Commission. La décision que la Commission a rendue dans l'exercice de son pouvoir se situe dans les limites des opinions exprimées par les organismes de réglementation, que la norme applicable soit celle du manifestement déraisonnable ou celle du raisonnable simpliciter. [91-92] [98-99] [110] [113] [122] [148]

the PUBA and the GUA that the principal function of the Board in respect of public utilities, is the determination of rates. Its power to supervise the finances of these companies and their operations, although wide, is in practice incidental to fixing rates. The goals of sustainability, equity and efficiency, which underlie the reasoning as to how rates are fixed, have resulted in an economic and social arrangement which ensures that all customers have access to the utility at a fair price — nothing more. The rates paid by customers do not incorporate acquiring ownership or control of the utility's assets. The object of the statutes is to protect both the customer and the investor, and the Board's responsibility is to maintain a tariff that enhances the economic benefits to consumers and investors of the utility. This well-balanced regulatory arrangement does not, however, cancel the private nature of the utility. The fact that the utility is given the opportunity to make a profit on its services and a fair return on its investment in its assets should not and cannot stop the utility from benefiting from the profits which follow the sale of assets. Neither is the utility protected from losses incurred from the sale of assets. The Board misdirected itself by confusing the interests of the customers in obtaining safe and efficient utility service with an interest in the underlying assets owned only by the utility. [54-69]

Not only is the power to allocate the proceeds of the sale absent from the explicit language of the legislation, but it cannot be implied from the statutory regime as necessarily incidental to the explicit powers. For the doctrine of jurisdiction by necessary implication to apply, there must be evidence that the exercise of that power is a practical necessity for the Board to accomplish the objects prescribed by the legislature, something which is absent in this case. Not only is the authority to attach a condition to allocate the proceeds of a sale to a particular party unnecessary for the Board to accomplish its role, but deciding otherwise would lead to the conclusion that broadly drawn powers, such as those found in the AEUBA, the GUA and the PUBA, can be interpreted so as to encroach on the economic freedom of the utility, depriving it of its rights. If the Alberta legislature wishes to confer on ratepayers the economic benefits resulting from the sale of utility assets, it can expressly provide for this in the legislation. [39] [77-80]

Notwithstanding the conclusion that the Board lacked jurisdiction, its decision to exercise its discretion to protect the public interest by allocating the sale proceeds as it did to ratepaying customers did not meet a reasonable standard. When it explicitly concluded

GUA que son principal mandat à l'égard des entreprises de services publics est l'établissement de tarifs. Son pouvoir de surveiller les finances et le fonctionnement de ces entreprises est certes vaste mais, en pratique, il est accessoire à sa fonction première. Les objectifs de viabilité, d'équité et d'efficacité, qui expliquent le mode de fixation des tarifs, sont à l'origine d'un arrangement économique et social qui garantit à tous les clients l'accès au service public à un prix raisonnable, sans plus. Le paiement du tarif par le client n'emporte pas l'acquisition d'un droit de propriété ou de possession sur les biens du service public. L'objet de la législation est de protéger le client et l'investisseur, et la Commission a pour mandat d'établir une tarification qui favorise les avantages financiers de l'un et de l'autre. Toutefois, ce subtil compromis ne supprime pas le caractère privé de l'entreprise. Le fait que l'on donne au service public la possibilité de tirer un profit de la prestation du service et de bénéficier d'un juste rendement de son actif ne peut ni ne devrait l'empêcher d'encaisser le bénéfice résultant de la vente d'un élément d'actif. Sans compter que l'entreprise n'est pas à l'abri de la perte pouvant en découler. La Commission s'est méprise en confondant le droit des clients à un service sûr et efficace avec le droit sur les biens affectés à la prestation de ce service et dont l'entreprise est l'unique propriétaire. [54-69]

Non seulement le pouvoir d'attribuer le produit de la vente n'est pas expressément prévu par la loi, mais on ne peut « déduire » du régime législatif qu'il découle nécessairement du pouvoir exprès. Pour que s'applique la doctrine de la compétence par déduction nécessaire, la preuve doit établir que l'exercice de ce pouvoir est nécessaire dans les faits à la Commission pour que soient atteints les objectifs de la loi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Non seulement il n'est pas nécessaire, pour s'acquitter de sa mission, que la Commission ait le pouvoir d'attribuer à une partie le produit de la vente qu'elle autorise, mais toute conclusion contraire permettrait d'interpréter un pouvoir largement défini, comme celui prévu dans l'AEUBA, la GUA ou la PUBA, d'une façon qui empiète sur la liberté économique de l'entreprise de services publics, dépouillant cette dernière de ses droits. Si l'assemblée législative albertaine souhaite que les clients bénéficient des avantages financiers découlant de la vente des biens d'un service public, elle peut adopter une disposition le prévoyant expressément. [39] [77-80]

Indépendamment de la conclusion que la Commission n'avait pas compétence, la décision d'exercer le pouvoir discrétionnaire de protéger l'intérêt public en répartissant le produit de la vente comme elle l'a fait ne satisfaisait pas à la norme de la raisonnable. Lorsqu'elle

review applicable to the Board's decision on the issue of jurisdiction is correctness. Here, the Board did not have the jurisdiction to allocate the proceeds of the sale of the utility's asset. The Court of Appeal made no error of fact or law when it concluded that the Board acted beyond its jurisdiction by misapprehending its statutory and common law authority. However, the Court of Appeal erred when it did not go on to conclude that the Board has no jurisdiction to allocate any portion of the proceeds of sale of the property to ratepayers. [21-34]

The interpretation of the AEUBA, the *Public Utilities Board Act* ("PUBA") and the GUA can lead to only one conclusion: the Board does not have the prerogative to decide on the distribution of the net gain from the sale of assets of a utility. On their grammatical and ordinary meaning, s. 26(2) GUA, s. 15(3) AEUBA and s. 37 PUBA are silent as to the Board's power to deal with sale proceeds. Section 26(2) GUA conferred on the Board the power to approve a transaction without more. The intended meaning of the Board's power pursuant to s. 15(3) AEUBA to impose conditions on an order that the Board considers necessary in the public interest, as well as the general power in s. 37 PUBA, is lost when the provisions are read in isolation. They are, on their own, vague and open-ended. It would be absurd to allow the Board an unfettered discretion to attach any condition it wishes to any order it makes. While the concept of "public interest" is very wide and elastic, the Board cannot be given total discretion over its limitations. These seemingly broad powers must be interpreted within the entire context of the statutes which are meant to balance the need to protect consumers as well as the property rights retained by owners, as recognized in a free market economy. The context indicates that the limits of the Board's powers are grounded in its main function of fixing just and reasonable rates and in protecting the integrity and dependability of the supply system. [7] [41] [43] [46]

An examination of the historical background of public utilities regulation in Alberta generally, and the legislation in respect of the powers of the Alberta Energy and Utilities Board in particular, reveals that nowhere is there a mention of the authority for the Board to allocate proceeds from a sale or the discretion of the Board to interfere with ownership rights. Moreover, although the Board may seem to possess a variety of powers and functions, it is manifest from a reading of the AEUBA,

applicable à la décision de la Commission portant sur sa compétence est celle de la décision correcte. En l'espèce, la Commission n'avait pas le pouvoir d'attribuer le produit de la vente des biens de l'entreprise de services publics. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur de fait ou de droit lorsqu'elle a conclu que la Commission avait outrepassé sa compétence en se méprenant sur les pouvoirs que lui conféraient la loi et la common law. Cependant, elle a eu tort de ne pas conclure en outre que la Commission n'avait pas le pouvoir d'attribuer aux clients quelque partie du produit de la vente des biens. [21-34]

L'analyse de l'AEUBA, de la *Public Utilities Board Act* (« PUBA ») et de la GUA mène à une seule conclusion : la Commission n'a pas le pouvoir de décider de la répartition du gain net tiré de la vente d'un bien par un service public. Suivant le sens grammatical et ordinaire des mots qui y sont employés, le par. 26(2) de la GUA, le par. 15(3) de l'AEUBA et l'art. 37 de la PUBA sont silencieux en ce qui concerne le pouvoir de la Commission de décider du sort du produit de la vente. Le paragraphe 26(2) de la GUA lui conférait le pouvoir d'autoriser une opération, sans plus. La véritable portée du par. 15(3) de l'AEUBA, qui confère à la Commission le pouvoir d'assortir une ordonnance des conditions qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public, et celle de l'art. 37 de la PUBA, qui l'investit d'un pouvoir général, est occultée lorsque l'on considère isolément ces dispositions. En elles-mêmes, les dispositions sont vagues et sujettes à diverses interprétations. Il serait absurde d'accorder à la Commission le pouvoir discrétionnaire absolu d'assortir ses ordonnances des conditions de son choix. La notion d'« intérêt public » est très large et élastique, mais la Commission ne peut se voir accorder le pouvoir discrétionnaire absolu d'en circonscrire les limites. Son pouvoir apparemment vaste doit être interprété dans le contexte global des lois en cause, qui visent à protéger non seulement le consommateur, mais aussi le droit de propriété reconnu au propriétaire dans une économie de libre marché. Il appert du contexte que les limites du pouvoir de la Commission sont inhérentes à sa principale fonction qui consiste à fixer des tarifs justes et raisonnables et à préserver l'intégrité et la fiabilité du réseau d'alimentation. [7] [41] [43] [46]

Ni l'historique de la réglementation des services publics de l'Alberta en général ni les dispositions législatives conférant ses pouvoirs à l'Alberta Energy and Utilities Board en particulier ne font mention du pouvoir de la Commission d'attribuer le produit de la vente ou de son pouvoir discrétionnaire de porter atteinte au droit de propriété. Bien que la Commission puisse sembler posséder toute une gamme d'attributions et de fonctions, il ressort de l'AEUBA, de la PUBA et de la

must “adhere to the confines of their statutory authority or ‘jurisdiction’[; and t]hey cannot trespass in areas where the legislature has not assigned them authority”: Mullan, at pp. 9-10 (see also S. Blake, *Administrative Law in Canada* (3rd ed. 2001), at pp. 183-84).

36 In order to determine whether the Board’s decision that it had the jurisdiction to allocate proceeds from the sale of a utility’s asset was correct, I am required to interpret the legislative framework by which the Board derives its powers and actions.

2.3.1 General Principles of Statutory Interpretation

37 For a number of years now, the Court has adopted E. A. Driedger’s modern approach as the method to follow for statutory interpretation (*Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(See, e.g., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at paras. 186-87; *Marche v. Halifax Insurance Co.*, [2005] 1 S.C.R. 47, 2005 SCC 6, at para. 54; *Barrie Public Utilities*, at paras. 20 and 86; *Contino v. Leonelli-Contino*, [2005] 3 S.C.R. 217, 2005 SCC 63, at para. 19.)

38 But more specifically in the area of administrative law, tribunals and boards obtain their jurisdiction over matters from two sources: (1) express grants of jurisdiction under various statutes (explicit powers); and (2) the common law, by application of the doctrine of jurisdiction by necessary implication (implicit powers) (see also D. M. Brown, *Energy Regulation in Ontario* (loose-leaf ed.), at p. 2-15).

39 The City submits that it is both implicit and explicit within the express jurisdiction that has been

[TRADUCTION] « s’en tenir à son domaine de compétence et ne peut s’immiscer dans un autre pour lequel le législateur ne lui a pas attribué compétence » : Mullan, p. 9-10 (voir également S. Blake, *Administrative Law in Canada* (3^e éd. 2001), p. 183-184).

Pour décider si la Commission a eu raison de conclure qu’elle avait le pouvoir d’attribuer le produit de la vente des biens d’un service public, je dois interpréter le cadre législatif à l’origine de ses attributions et de ses actes.

2.3.1 Principes généraux d’interprétation législative

Depuis un certain nombre d’années, notre Cour fait sienne l’approche moderne d’E. A. Driedger en matière d’interprétation des lois (*Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87) :

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

(Voir, p. ex., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 186-187; *Marche c. Cie d’Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6, par. 54; *Barrie Public Utilities*, par. 20 et 86; *Contino c. Leonelli-Contino*, [2005] 3 R.C.S. 217, 2005 CSC 63, par. 19.)

Toutefois, dans le domaine du droit administratif, plus particulièrement, la compétence des tribunaux et des organismes administratifs a deux sources : (1) l’octroi exprès par une loi (pouvoir explicite) et (2) la common law, suivant la doctrine de la déduction nécessaire (pouvoir implicite) (voir également D. M. Brown, *Energy Regulation in Ontario* (éd. feuilles mobiles), p. 2-15).

La Ville soutient que le pouvoir exprès de la Commission d’autoriser la vente des biens d’un

conferred upon the Board to approve or refuse to approve the sale of utility assets, that the Board can determine how to allocate the proceeds of the sale in this case. ATCO retorts that not only is such a power absent from the explicit language of the legislation, but it cannot be “implied” from the statutory regime as necessarily incidental to the explicit powers. I agree with ATCO’s submissions and will elaborate in this regard.

2.3.2 Explicit Powers: Grammatical and Ordinary Meaning

As a preliminary submission, the City argues that given that ATCO applied to the Board for approval of both the sale transaction *and* the disposition of the proceeds of sale, this suggests that ATCO recognized that the Board has authority to allocate the proceeds as a condition of a proposed sale. This argument does not hold any weight in my view. First, the application for approval cannot be considered on its own an admission by ATCO of the jurisdiction of the Board. In any event, an admission of this nature would not have any bearing on the applicable law. Moreover, knowing that in the past the Board had decided that it had jurisdiction to allocate the proceeds of a sale of assets and had acted on this power, one can assume that ATCO was asking for the approval of the disposition of the proceeds should the Board not accept their argument on jurisdiction. In fact, a review of past Board decisions on the approval of sales shows that utility companies have constantly challenged the Board’s jurisdiction to allocate the net gain on the sale of assets (see, e.g., *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. E.U.B., Decision 2000-41; *Re ATCO Gas-North*, Alta. E.U.B., Decision 2001-65; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Decision No. E84081, June 29, 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84116, October 12, 1984; *TransAlta Utilities Corp. (Re)*, [2002] A.E.U.B.D. No. 30 (QL); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (QL)).

The starting point of the analysis requires that the Court examine the ordinary meaning of the sections at the centre of the dispute, s. 26(2)(d)(i) of the GUA, ss. 15(1) and 15(3)(d) of the AEUBA and

service public englobe — implicitement et explicitement — celui de décider de l’attribution du produit de la vente. ATCO réplique que non seulement ce pouvoir n’est pas expressément prévu par la loi, mais qu’on ne peut « déduire » du régime législatif qu’il découle nécessairement du pouvoir exprès. Je suis d’accord avec elle et voici pourquoi.

2.3.2 Pouvoir explicite : sens grammatical et ordinaire

La Ville soutient à titre préliminaire qu’en lui demandant d’autoriser la vente des biens *et* l’attribution du produit de l’opération, ATCO a reconnu le pouvoir de la Commission d’imposer, comme condition de l’autorisation, une certaine attribution du produit de la vente projetée. À mon avis, l’argument ne tient pas. D’abord, la demande d’autorisation ne peut à elle seule être considérée comme une reconnaissance de la compétence de la Commission. De toute manière, une telle reconnaissance ne serait pas déterminante quant au droit applicable. De plus, sachant que, par le passé, la Commission avait jugé être investie du pouvoir d’attribuer le produit de la vente et avait exercé ce pouvoir, on peut présumer qu’ATCO lui a demandé d’autoriser l’attribution du produit de la vente pour le cas où elle rejeterait sa prétention relative à la compétence. En fait, il appert des décisions antérieures de la Commission d’autoriser ou non une opération que les entreprises de services publics contestent systématiquement son pouvoir d’attribuer le gain net en résultant (voir, p. ex., *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. E.U.B., Décision 2000-41; *Re ATCO Gas-North*, Alta. E.U.B., Décision 2001-65; *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Décision n° E84081, 29 juin 1984; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84116, 12 octobre 1984; *TransAlta Utilities Corp. (Re)*, [2002] A.E.U.B.D. No. 30 (QL); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (QL)).

L’analyse exige au départ qu’on se penche sur le sens ordinaire des dispositions au cœur du litige, savoir le sous-al. 26(2)d)(i) de la GUA, le par. 15(1) et l’al. 15(3)d) de l’AEUBA et l’art. 37 de la

40

41

s. 37 of the PUBA. For ease of reference, I reproduce these provisions:

GUA

26. . . .

(2) No owner of a gas utility designated under subsection (1) shall

- (d) without the approval of the Board,
- (i) sell, lease, mortgage or otherwise dispose of or encumber its property, franchises, privileges or rights, or any part of it or them

and a sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation made in contravention of this clause is void, but nothing in this clause shall be construed to prevent in any way the sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation of any of the property of an owner of a gas utility designated under subsection (1) in the ordinary course of the owner's business.

AEUBA

15(1) For the purposes of carrying out its functions, the Board has all the powers, rights and privileges of the ERCB [Energy Resources Conservation Board] and the PUB [Public Utilities Board] that are granted or provided for by any enactment or by law.

(3) Without restricting subsection (1), the Board may do all or any of the following:

- (d) with respect to an order made by the Board, the ERCB or the PUB in respect of matters referred to in clauses (a) to (c), make any further order and impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest;

PUBA. Pour faciliter leur consultation, en voici le texte :

[TRANSDUCTION]

GUA

26. . . .

(2) Le propriétaire d'un service de gaz désigné en application du paragraphe (1) ne peut

- d) sans l'autorisation de la Commission,
- (i) aliéner ou grever ses biens, concessions, privilèges ou droits, en tout ou en partie, notamment en les vendant, en les louant ou en les hypothéquant,

tout grèvement, vente, location, constitution d'hypothèque, aliénation, regroupement ou fusion intervenant en contravention de la présente disposition est nul, sauf s'il intervient dans le cours normal des activités de l'entreprise.

AEUBA

15(1) Dans l'exercice de ses fonctions, la Commission jouit des pouvoirs, des droits et des privilèges qu'un texte législatif ou le droit par ailleurs applicable confère à l'ERCB [Energy Resources Conservation Board] et à la PUB [Public Utilities Board].

(3) Sans limiter la portée du paragraphe (1), la Commission peut prendre les mesures suivantes, en totalité ou en partie :

- d) à l'égard d'une ordonnance rendue par elle, l'ERCB ou la PUB en application des alinéas a) à c), rendre toute autre ordonnance et imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public;

PUBA

37 In matters within its jurisdiction the Board may order and require any person or local authority to do forthwith or within or at a specified time and in any manner prescribed by the Board, so far as it is not inconsistent with this Act or any other Act conferring jurisdiction, any act, matter or thing that the person or local authority is or may be required to do under this Act or under any other general or special Act, and may forbid the doing or continuing of any act, matter or thing that is in contravention of any such Act or of any regulation, rule, order or direction of the Board.

Some of the above provisions are duplicated in the other two statutes (see, e.g., PUBA, ss. 85(1) and 101(2)(d)(i); GUA, s. 22(1); see Appendix).

There is no dispute that s. 26(2) of the GUA contains a prohibition against, among other things, the owner of a utility selling, leasing, mortgaging or otherwise disposing of its property outside of the ordinary course of business without the approval of the Board. As submitted by ATCO, the power conferred is to approve without more. There is no mention in s. 26 of the grounds for granting or denying approval or of the ability to grant conditional approval, let alone the power of the Board to allocate the net profit of an asset sale. I would note in passing that this power is sufficient to alleviate the fear expressed by the Board that the utility might be tempted to sell assets on which it might realize a large profit to the detriment of ratepayers if it could reap the benefits of the sale.

It is interesting to note that s. 26(2) does not apply to all types of sales (and leases, mortgages, dispositions, encumbrances, mergers or consolidations). It excludes sales in the ordinary course of the owner's business. If the statutory scheme was such that the Board had the power to allocate the proceeds of the sale of utility assets, as argued here, s. 26(2) would naturally apply to all sales of assets or, at a minimum, exempt only those sales below a certain value. It is apparent that allocation of sale proceeds to customers is not one of its purposes. In fact, s. 26(2) can only have limited, if any, application to non-utility assets not related to utility function (especially when the sale has passed the "no-harm"

PUBA

37 Dans les domaines de sa compétence, la Commission peut ordonner et exiger qu'une personne, y compris une administration municipale, immédiatement ou dans le délai qu'elle impartit et selon les modalités qu'elle détermine, à condition que ce ne soit pas incompatible avec la présente loi ou une autre conférant compétence, fasse ce qu'elle est tenue de faire ou susceptible d'être tenue de faire suivant la présente loi ou toute autre, générale ou spéciale, et elle peut interdire ou faire cesser tout ce qui contrevient à ces lois ou à ses règles, ses ordonnances ou ses directives.

Certaines de ces dispositions figurent également dans les deux autres lois (voir, p. ex., le par. 85(1) et le sous-al. 101(2)d(i) de la PUBA; le par. 22(1) de la GUA; texte en annexe).

Nul ne conteste que le par. 26(2) de la GUA interdit entre autres au propriétaire d'un service public d'aliéner ses biens, notamment par vente, location ou constitution d'hypothèque, sans l'autorisation de la Commission, sauf dans le cours normal des activités de l'entreprise. Comme l'a fait valoir ATCO, la Commission a le pouvoir d'autoriser l'opération, sans plus. L'article 26 ne fait aucune mention des raisons pour lesquelles l'autorisation peut être accordée ou refusée ni de la faculté d'autoriser l'opération à certaines conditions, encore moins du pouvoir d'attribuer le profit net réalisé. Je signale au passage que le pouvoir conféré au par. 26(2) suffit à dissiper la crainte de la Commission que le service public soit tenté de vendre ses biens à fort profit, au détriment des clients, si le bénéfice tiré de la vente lui revient entièrement.

Il est intéressant de noter que le par. 26(2) ne s'applique pas à tous les types de vente (ainsi que de location, de constitution d'hypothèque, d'aliénation, de grèvement ou de fusion). En effet, il prévoit une exception pour la vente effectuée dans le cours normal des activités de l'entreprise. Si le régime législatif conférait à la Commission le pouvoir d'attribuer le produit de la vente des biens d'un service public, comme on le prétend en l'espèce, il va de soi que le par. 26(2) s'appliquerait à toute vente de biens ou, à tout le moins, ne prévoirait une exception que pour la vente n'excédant pas un certain montant. Il appert que l'attribution du produit de la vente aux clients n'est pas l'un de ses objets.

test). The provision can only be meant to ensure that the asset in question is indeed non-utility, so that its loss does not impair the utility function or quality.

D'ailleurs, en ce qui concerne les biens non affectés au service public et étrangers à la prestation du service, l'application de cette disposition, à supposer qu'elle s'applique, est nécessairement limitée (surtout lorsque la vente satisfait au critère de l'« absence de préjudice »). Le paragraphe 26(2) ne peut avoir qu'un seul objet, soit garantir que le bien n'est pas affecté au service public, de manière que son aliénation ne nuise ni à la prestation du service ni à sa qualité.

45 Therefore, a simple reading of s. 26(2) of the GUA does permit one to conclude that the Board does not have the power to allocate the proceeds of an asset sale.

Par conséquent, la simple lecture du par. 26(2) de la GUA permet de conclure que la Commission n'a pas le pouvoir d'attribuer le produit de la vente d'un bien.

46 The City does not limit its arguments to s. 26(2); it also submits that the AEUBA, pursuant to s. 15(3), is an express grant of jurisdiction because it authorizes the Board to impose any condition to any order so long as the condition is necessary in the public interest. In addition, it relies on the general power in s. 37 of the PUBA for the proposition that the Board may, in any matter within its jurisdiction, make any order pertaining to that matter that is not inconsistent with any applicable statute. The intended meaning of these two provisions, however, is lost when the provisions are simply read in isolation as proposed by the City: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 21; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735; *Marche*, at paras. 59-60; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26, at para. 105. These provisions on their own are vague and open-ended. It would be absurd to allow the Board an unfettered discretion to attach any condition it wishes to an order it makes. Furthermore, the concept of "public interest" found in s. 15(3) is very wide and elastic; the Board cannot be given total discretion over its limitations.

La Ville ne fonde pas son argumentation que sur le par. 26(2); elle fait aussi valoir que le par. 15(3) de l'AEUBA, qui autorise la Commission à assortir ses ordonnances des conditions qu'elle estime nécessaires dans l'intérêt public, confère un pouvoir exprès à la Commission. De plus, elle invoque le pouvoir général que prévoit l'art. 37 de la PUBA pour soutenir que la Commission peut, dans les domaines de sa compétence, rendre toute ordonnance qui n'est pas incompatible avec une disposition législative applicable. Or, considérer ces deux dispositions isolément comme le préconise la Ville fait perdre de vue leur véritable portée : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 21; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735; *Marche*, par. 59-60; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26, par. 105. En eux-mêmes, le par. 15(3) et l'art. 37 sont vagues et sujets à diverses interprétations. Il serait absurde d'accorder à la Commission le pouvoir discrétionnaire absolu d'assortir ses ordonnances des conditions de son choix. De plus, la notion d'« intérêt public » à laquelle renvoie le par. 15(3) est très large et élastique; la Commission ne peut se voir accorder le pouvoir discrétionnaire absolu d'en circonscrire les limites.

47 While I would conclude that the legislation is silent as to the Board's power to deal with sale

Même si, à l'issue de la première étape du processus d'interprétation législative, je suis enclin à

proceeds after the initial stage in the statutory interpretation analysis, because the provisions can nevertheless be said to reveal some ambiguity and incoherence, I will pursue the inquiry further.

This Court has stated on numerous occasions that the grammatical and ordinary sense of a section is not determinative and does not constitute the end of the inquiry. The Court is obliged to consider the total context of the provisions to be interpreted, no matter how plain the disposition may seem upon initial reading (see *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 34; Sullivan, at pp. 20-21). I will therefore proceed to examine the purpose and scheme of the legislation, the legislative intent and the relevant legal norms.

2.3.3 Implicit Powers: Entire Context

The provisions at issue are found in statutes which are themselves components of a larger statutory scheme which cannot be ignored:

As the product of a rational and logical legislature, the statute is considered to form a system. Every component contributes to the meaning as a whole, and the whole gives meaning to its parts: "each legal provision should be considered in relation to other provisions, as parts of a whole"

(P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 308)

As in any statutory interpretation exercise, when determining the powers of an administrative body, courts need to examine the context that colours the words and the legislative scheme. The ultimate goal is to discover the clear intent of the legislature and the true purpose of the statute while preserving the harmony, coherence and consistency of the legislative scheme (*Bell ExpressVu*, at para. 27; see also *Interpretation Act*, R.S.A. 2000, c. I-8, s. 10 (in Appendix)). "[S]tatutory interpretation is the art of finding the legislative spirit embodied in enactments": *Bristol-Myers Squibb Co.*, at para. 102.

conclure que la loi est silencieuse en ce qui concerne le pouvoir de la Commission de décider du sort du produit de la vente, je poursuis l'analyse car on peut néanmoins soutenir que les dispositions sont jusqu'à un certain point ambiguës et incohérentes.

Notre Cour a affirmé maintes fois que le sens grammatical et ordinaire d'une disposition n'est pas déterminant et ne met pas fin à l'analyse. Il faut tenir compte du contexte global de la disposition, même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident (voir *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 34; Sullivan, p. 20-21). Je vais donc examiner l'objet et l'esprit des lois habilitantes, l'intention du législateur et les normes juridiques pertinentes.

2.3.3 Pouvoir implicite : contexte global

Les dispositions en cause figurent dans des lois qui font elles-mêmes partie d'un cadre législatif plus large dont on ne peut faire abstraction :

Œuvre d'un législateur rationnel et logique, la loi est censée former un système : chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble, au sens de chacun des éléments : « chaque disposition légale doit être envisagée, relativement aux autres, comme la fraction d'un ensemble complet »

(P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 388)

Comme dans le cadre de toute interprétation législative, appelée à circonscrire les pouvoirs d'un organisme administratif, une cour de justice doit tenir compte du contexte qui colore les mots et du cadre législatif. L'objectif ultime consiste à dégager l'intention manifeste du législateur et l'objet véritable de la loi tout en préservant l'harmonie, la cohérence et l'uniformité des lois en cause (*Bell ExpressVu*, par. 27; voir également l'*Interpretation Act*, R.S.A. 2000, ch. I-8, art. 10, à l'annexe). « L'interprétation législative est [. . .] l'art de découvrir l'esprit du législateur qui imprègne les textes législatifs » : *Bristol-Myers Squibb Co.*, par. 102.

48

49

50

Consequently, a grant of authority to exercise a discretion as found in s. 15(3) of the AEUBA and s. 37 of the PUBA does not confer unlimited discretion to the Board. As submitted by ATCO, the Board's discretion is to be exercised within the confines of the statutory regime and principles generally applicable to regulatory matters, for which the legislature is assumed to have had regard in passing that legislation (see Sullivan, at pp. 154-55). In the same vein, it is useful to refer to the following passage from *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, at p. 1756:

The powers of any administrative tribunal must of course be stated in its enabling statute but they may also exist by necessary implication from the wording of the act, its structure and its purpose. Although courts must refrain from unduly broadening the powers of such regulatory authorities through judicial law-making, they must also avoid sterilizing these powers through overly technical interpretations of enabling statutes.

51

The mandate of this Court is to determine and apply the intention of the legislature (*Bell ExpressVu*, at para. 62) without crossing the line between judicial interpretation and legislative drafting (see *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 26; *Bristol-Myers Squibb Co.*, at para. 174). That being said, this rule allows for the application of the "doctrine of jurisdiction by necessary implication"; the powers conferred by an enabling statute are construed to include not only those expressly granted but also, by implication, all powers which are practically necessary for the accomplishment of the object intended to be secured by the statutory regime created by the legislature (see Brown, at p. 2-16.2; *Bell Canada*, at p. 1756). Canadian courts have in the past applied the doctrine to ensure that administrative bodies have the necessary jurisdiction to accomplish their statutory mandate:

When legislation attempts to create a comprehensive regulatory framework, the tribunal must have the powers which by practical necessity and necessary implication flow from the regulatory authority explicitly conferred upon it.

Le pouvoir discrétionnaire que le par. 15(3) de l'AEUBA et l'art. 37 de la PUBA confèrent à la Commission n'est donc pas absolu. Comme le dit ATCO, la Commission doit l'exercer en respectant le cadre législatif et les principes généralement applicables en matière de réglementation, dont le législateur est présumé avoir tenu compte en adoptant ces lois (voir Sullivan, p. 154-155). Dans le même ordre d'idées, le passage suivant de l'arrêt *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, p. 1756, se révèle pertinent :

Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans sa loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. Bien que les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste.

Il incombe à notre Cour de déterminer l'intention du législateur et d'y donner effet (*Bell ExpressVu*, par. 62) sans franchir la ligne qui sépare l'interprétation judiciaire de la formulation législative (voir *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 26; *Bristol-Myers Squibb Co.*, par. 174). Cela dit, cette règle permet l'application de « la doctrine de la compétence par déduction nécessaire » : sont compris dans les pouvoirs conférés par la loi habilitante non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif : voir Brown, p. 2-16.2; *Bell Canada*, p. 1756. Par le passé, les cours de justice canadiennes ont appliqué la doctrine de manière à investir les organismes administratifs de la compétence nécessaire à l'exécution de leur mandat légal :

[TRADUCTION] Lorsque l'objet de la législation est de créer un vaste cadre réglementaire, le tribunal administratif doit posséder les pouvoirs qui, par nécessité pratique et déduction nécessaire, découlent du pouvoir réglementaire qui lui est expressément conféré.

Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd. (1982), 141 D.L.R. (3d) 641 (Ont. H.C.), at pp. 658-59, aff'd (1983), 42 O.R. (2d) 731 (C.A.) (see also *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 F.C. 601 (C.A.); *Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1983] 1 F.C. 182 (C.A.), aff'd [1985] 1 S.C.R. 174).

I understand the City's arguments to be as follows: (1) the customers acquire a right to the property of the owner of the utility when they pay for the service and are therefore entitled to a return on the profits made at the time of the sale of the property; and (2) the Board has, by necessity, because of its jurisdiction to approve or refuse to approve the sale of utility assets, the power to allocate the proceeds of the sale as a condition of its order. The doctrine of jurisdiction by necessary implication is at the heart of the City's second argument. I cannot accept either of these arguments which are, in my view, diametrically contrary to the state of the law. This is revealed when we scrutinize the entire context which I will now endeavour to do.

After a brief review of a few historical facts, I will probe into the main function of the Board, rate setting, and I will then explore the incidental powers which can be derived from the context.

2.3.3.1 *Historical Background and Broader Context*

The history of public utilities regulation in Alberta originated with the creation in 1915 of the Board of Public Utility Commissioners by *The Public Utilities Act*, S.A. 1915, c. 6. This statute was based on similar American legislation: H. R. Milner, "Public Utility Rate Control in Alberta" (1930), 8 *Can. Bar Rev.* 101, at p. 101. While the American jurisprudence and texts in this area should be considered with caution given that Canada and the United States have very different political and constitutional-legal regimes, they do shed some light on the issue.

Pursuant to *The Public Utilities Act*, the first public utility board was established as a

Re Dow Chemical Canada Inc. and Union Gas Ltd. (1982), 141 D.L.R. (3d) 641 (H.C. Ont.), p. 658-659, conf. par (1983), 42 O.R. (2d) 731 (C.A.) (voir également *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.F. 601 (C.A.); *Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1983] 1 C.F. 182 (C.A.), conf. par [1985] 1 R.C.S. 174).

Voici quelles sont selon moi les prétentions de la Ville : (1) en acquittant leurs factures, les clients acquièrent un droit sur les biens du propriétaire du service public et ont donc droit à une partie du profit tiré de leur vente; (2) le pouvoir de la Commission d'autoriser ou non la vente des biens d'un service public emporte, par nécessité, celui d'assujettir l'autorisation à une certaine répartition du produit de la vente. La doctrine de la compétence par déduction nécessaire est au cœur de la deuxième prétention de la Ville. Je ne peux faire droit ni à l'une ni à l'autre de ces prétentions qui, à mon avis, sont diamétralement contraires au droit applicable, comme le révèle ci-après l'examen du contexte global.

Après un bref rappel historique, je me pencherai sur la principale fonction de la Commission, l'établissement des tarifs, puis sur les pouvoirs accessoires qui peuvent être déduits du contexte.

2.3.3.1 *Historique et contexte général*

Les services publics sont réglementés en Alberta depuis la création en 1915 de l'organisme appelé Board of Public Utility Commissioners en vertu de la loi intitulée *The Public Utilities Act*, S.A. 1915, ch. 6, inspirée d'une loi américaine similaire : H. R. Milner, « Public Utility Rate Control in Alberta » (1930), 8 *R. du B. can.* 101, p. 101. Bien qu'il faille aborder avec circonspection la jurisprudence et la doctrine américaines dans ce domaine — les régimes politiques des États-Unis et du Canada étant fort différents, tout comme leurs régimes de droit constitutionnel —, elles éclairent la question.

Suivant *The Public Utilities Act*, la première commission des services publics, composée de

52

53

54

55

three-member tribunal to provide general supervision of all public utilities (s. 21), to investigate rates (s. 23), to make orders regarding equipment (s. 24), and to require every public utility to file with it complete schedules of rates (s. 23). Of interest for our purposes, the 1915 statute also required public utilities to obtain the approval of the Board of Public Utility Commissioners before selling any property when outside the ordinary course of their business (s. 29(g)).

56

The Alberta Energy and Utilities Board was created in February 1995 by the amalgamation of the Energy Resources Conservation Board and the Public Utilities Board (see Canadian Institute of Resources Law, *Canada Energy Law Service: Alberta* (loose-leaf ed.), at p. 30-3101). Since then, all matters under the jurisdiction of the Energy Resources Conservation Board and the Public Utilities Board have been handled by the Alberta Energy and Utilities Board and are within its exclusive jurisdiction. The Board has all of the powers, rights and privileges of its two predecessor boards (AEUBA, ss. 13, 15(1); GUA, s. 59).

57

In addition to the powers found in the 1915 statute, which have remained virtually the same in the present PUBA, the Board now benefits from the following express powers to:

1. make an order respecting the improvement of the service or commodity (PUBA, s. 80(b));
2. approve the issue by the public utility of shares, stocks, bonds and other evidences of indebtedness (GUA, s. 26(2)(a); PUBA, s. 101(2)(a));
3. approve the lease, mortgage, disposition or encumbrance of the public utility's property, franchises, privileges or rights (GUA, s. 26(2)(d)(i); PUBA, s. 101(2)(d)(i));
4. approve the merger or consolidation of the public utility's property, franchises, privileges or rights (GUA, s. 26(2)(d)(ii); PUBA, s. 101(2)(d)(ii)); and

trois membres, surveillait de manière générale tous les services publics (art. 21), enquêtait sur les tarifs (art. 23), rendait des ordonnances concernant l'équipement (art. 24) et exigeait que chacun des services publics lui remette la liste complète de ses tarifs (art. 23). Signalons pour les besoins du présent pourvoi que la loi de 1915 exigeait également d'un service public qu'il obtienne de l'organisme l'autorisation de vendre un bien en dehors du cours normal de ses activités (al. 29g)).

La Commission a été créée en février 1995 par le fusionnement de l'Energy Resources Conservation Board et de la Public Utilities Board (voir Institut canadien du droit des ressources, *Canada Energy Law Service : Alberta* (éd. feuilles mobiles), p. 30-3101). Dès lors, toutes les affaires qui étaient du ressort des organismes fusionnés relevaient de sa compétence exclusive. La Commission a tous les pouvoirs, les droits et les privilèges des organismes auxquels elle a succédé (AEUBA, art. 13, par. 15(1); GUA, art. 59).

Outre les pouvoirs prévus dans la loi de 1915, qui sont pratiquement identiques à ceux que confère actuellement la PUBA, la Commission est aujourd'hui investie des pouvoirs exprès suivants :

1. rendre une ordonnance concernant l'amélioration du service ou du produit (PUBA, al. 80b));
2. autoriser l'entreprise de services publics à émettre des actions, des obligations ou d'autres titres d'emprunt (GUA, al. 26(2)a); PUBA, al. 101(2)a));
3. autoriser l'entreprise de services publics à aliéner ou à grever ses biens, concessions, privilèges ou droits, notamment en les louant ou en les hypothéquant (GUA, sous-al. 26(2)d)(i); PUBA, sous-al. 101(2)d)(i));
4. autoriser la fusion ou le regroupement des biens, concessions, privilèges ou droits de l'entreprise de services publics (GUA, sous-al. 26(2)d)(ii); PUBA, sous-al. 101(2)d)(ii));

5. authorize the sale or permit to be made on the public utility's book a transfer of any share of its capital stock to a corporation that would result in the vesting in that corporation of more than 50 percent of the outstanding capital stock of the owner of the public utility (GUA, s. 27(1); PUBA, s. 102(1)).

It goes without saying that public utilities are very limited in the actions they can take, as evidenced from the above list. Nowhere is there a mention of the authority to allocate proceeds from a sale or the discretion of the Board to interfere with ownership rights.

Even in 1995 when the legislature decided to form the Alberta Energy and Utilities Board, it did not see fit to modify the PUBA or the GUA to provide the new Board with the power to allocate the proceeds of a sale even though the controversy surrounding this issue was full-blown (see, e.g., *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Decision No. E84081; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84116). It is a well-established principle that the legislature is presumed to have a mastery of existing law, both common law and statute law (see Sullivan, at pp. 154-55). It is also presumed to have known all of the circumstances surrounding the adoption of new legislation.

Although the Board may seem to possess a variety of powers and functions, it is manifest from a reading of the AEUBA, the PUBA and the GUA that the principal function of the Board in respect of public utilities is the determination of rates. Its power to supervise the finances of these companies and their operations, although wide, is in practice incidental to fixing rates (see Milner, at p. 102; Brown, at p. 2-16.6). Estey J., speaking for the majority of this Court in *Atco Ltd.*, at p. 576, echoed this view when he said:

It is evident from the powers accorded to the Board by the legislature in both statutes mentioned above that the legislature has given the Board a mandate of the widest proportions to safeguard the public interest in the nature and quality of the service provided to the

5. autoriser la vente d'actions de l'entreprise de services publics à une société ou l'inscription dans ses registres de toute cession d'actions à une société lorsque la vente ou la cession ferait en sorte que cette société détienne plus de 50 pour 100 des actions en circulation du propriétaire de l'entreprise de services publics (GUA, par. 27(1); PUBA, par. 102(1)).

Il appert donc de cette énumération qu'une entreprise de services publics a une marge de manœuvre très limitée. Il n'est fait mention ni du pouvoir d'attribuer le produit de la vente ni du pouvoir discrétionnaire de porter atteinte au droit de propriété.

Même lorsque le législateur a décidé de créer la Commission en 1995, il n'a pas jugé opportun de modifier la PUBA ou la GUA pour donner au nouvel organisme le pouvoir d'attribuer le produit d'une vente. Pourtant, la question suscitait déjà la controverse (voir, p. ex., *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Décision n° E84081, et *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84116). Selon un principe bien établi, le législateur est présumé connaître parfaitement le droit existant, qu'il s'agisse de la common law ou du droit d'origine législative (voir Sullivan, p. 154-155). Il est également censé être au fait de toutes les circonstances entourant l'adoption de la nouvelle loi.

Bien que la Commission puisse sembler posséder toute une gamme d'attributions et de fonctions, il ressort de l'AEUBA, de la PUBA et de la GUA que son principal mandat, à l'égard des entreprises de services publics, est l'établissement de tarifs. Son pouvoir de surveiller les finances et le fonctionnement de ces entreprises est certes vaste mais, en pratique, il est accessoire à sa fonction première (voir Milner, p. 102; Brown, p. 2-16.6). S'exprimant au nom des juges majoritaires dans *Atco Ltd.*, le juge Estey a abondé dans ce sens (p. 576) :

Il ressort des pouvoirs que le législateur a accordé[s] à la Commission dans les deux lois mentionnées ci-dessus, qu'il a investi la Commission du mandat très général de veiller aux intérêts du public quant à la nature et à la qualité des services rendus à la collectivité par

58

59

60

community by the public utilities. Such an extensive regulatory pattern must, for its effectiveness, include the right to control the combination or, as the legislature says, “the union” of existing systems and facilities. This no doubt has a direct relationship with the rate-fixing function which ranks high in the authority and functions assigned to the Board. [Emphasis added.]

In fact, even the Board itself, on its website (<http://www.eub.gov.ab.ca/BBS/eubinfo/default.htm>), describes its functions as follows:

We regulate the safe, responsible, and efficient development of Alberta’s energy resources: oil, natural gas, oil sands, coal, and electrical energy; and the pipelines and transmission lines to move the resources to market. On the utilities side, we regulate rates and terms of service of investor-owned natural gas, electric, and water utility services, as well as the major intra-Alberta gas transmission system, to ensure that customers receive safe and reliable service at just and reasonable rates. [Emphasis added.]

61 The process by which the Board sets the rates is therefore central and deserves some attention in order to ascertain the validity of the City’s first argument.

2.3.3.2 *Rate Setting*

62 Rate regulation serves several aims — sustainability, equity and efficiency — which underlie the reasoning as to how rates are fixed:

... the regulated company must be able to finance its operations, and any required investment, so that it can continue to operate in the future. ... Equity is related to the distribution of welfare among members of society. The objective of sustainability already implies that shareholders should not receive “too low” a return (and defines this in terms of the reward necessary to ensure continued investment in the utility), while equity implies that their returns should not be “too high”.

(R. Green and M. Rodriguez Pardina, *Resetting Price Controls for Privatized Utilities: A Manual for Regulators* (1999), at p. 5)

63 These goals have resulted in an economic and social arrangement dubbed the “regulatory

les entreprises de services publics. Un régime de réglementation aussi vaste doit, pour être efficace, comprendre le droit de contrôler les réunions ou, pour reprendre l’expression du législateur, « l’union » des entreprises et installations existantes. Cela a sans aucun doute un rapport direct avec la fonction de fixation des tarifs qui constitue un des pouvoirs les plus importants attribués à la Commission. [Je souligne.]

Voici d’ailleurs comment la Commission décrit elle-même ses fonctions sur son site Internet (<http://www.eub.gov.ab.ca/BBS/eubinfo/default.htm>) :

[TRADUCTION] La Commission régleme l’exploitation sûre, responsable et efficace des ressources énergétiques de l’Alberta — pétrole, gaz naturel, sables bitumineux, charbon et électricité — ainsi que les pipelines et les lignes de transport servant à l’acheminement vers les marchés. En ce qui a trait aux services publics, elle régleme les tarifs des services de gaz naturel, d’électricité et d’eau appartenant au privé et le niveau de service y afférent, ainsi que les principaux réseaux de transport de gaz en Alberta, afin que les clients obtiennent des services sûrs et fiables à un prix juste et raisonnable. [Je souligne.]

Le processus par lequel la Commission fixe les tarifs est donc fondamental et son examen s’impose pour statuer sur la première prétention de la Ville.

2.3.3.2 *Établissement des tarifs*

La réglementation tarifaire a plusieurs objectifs — viabilité, équité et efficacité — qui expliquent le mode de fixation des tarifs :

[TRADUCTION] ... l’entreprise réglementée doit être en mesure de financer ses activités et tout investissement nécessaire à la poursuite de ses activités. [...] L’équité est liée à la redistribution de la richesse dans la société. L’objectif de la viabilité suppose déjà que les actionnaires ne doivent pas réaliser un « trop faible » rendement (défini comme la gratification requise pour assurer l’investissement continu dans l’entreprise), alors que celui de l’équité implique qu’ils ne doivent pas obtenir un rendement « trop élevé ».

(R. Green et M. Rodriguez Pardina, *Resetting Price Controls for Privatized Utilities: A Manual for Regulators* (1999), p. 5)

Ces objectifs sont à l’origine d’un arrangement économique et social appelé « pacte

compact”, which ensures that all customers have access to the utility at a fair price — nothing more. As I will further explain, it does not transfer onto the customers any property right. Under the regulatory compact, the regulated utilities are given exclusive rights to sell their services within a specific area at rates that will provide companies the opportunity to earn a fair return for their investors. In return for this right of exclusivity, utilities assume a duty to adequately and reliably serve all customers in their determined territories, and are required to have their rates and certain operations regulated (see Black, at pp. 356-57; Milner, at p. 101; *Atco Ltd.*, at p. 576; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186 (“*Northwestern 1929*”), at pp. 192-93).

Therefore, when interpreting the broad powers of the Board, one cannot ignore this well-balanced regulatory arrangement which serves as a backdrop for contextual interpretation. The object of the statutes is to protect both the customer *and* the investor (Milner, at p. 101). The arrangement does not, however, cancel the private nature of the utility. In essence, the Board is responsible for maintaining a tariff that enhances the economic benefits to consumers and investors of the utility.

The Board derives its power to set rates from both the GUA (ss. 16, 17 and 36 to 45) and the PUBA (ss. 89 to 95). The Board is mandated to fix “just and reasonable . . . rates” (PUBA, s. 89(a); GUA, s. 36(a)). In the establishment of these rates, the Board is directed to “determine a rate base for the property of the owner” and “fix a fair return on the rate base” (GUA, s. 37(1)). This Court, in *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684 (“*Northwestern 1979*”), at p. 691, adopted the following description of the process:

The PUB approves or fixes utility rates which are estimated to cover expenses plus yield the utility a fair return or profit. This function is generally performed in two phases. In Phase I the PUB determines the rate base, that is the amount of money which has been invested by the company in the property, plant and equipment plus an allowance for necessary working capital all of which must be determined as being necessary to

réglementaire » qui garantit à tous les clients l'accès au service public à un prix raisonnable, sans plus, et qui, je l'explique plus loin, ne transmet aucun droit de propriété aux clients. Le pacte réglementaire accorde en fait aux entreprises réglementées le droit exclusif de vendre leurs services dans une région donnée à des tarifs leur permettant de réaliser un juste rendement au bénéfice de leurs actionnaires. En contrepartie de ce monopole, elles ont l'obligation d'offrir un service adéquat et fiable à tous les clients d'un territoire donné et voient leurs tarifs et certaines de leurs activités assujettis à la réglementation (voir Black, p. 356-357; Milner, p. 101; *Atco Ltd.*, p. 576; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186 (« *Northwestern 1929* »), p. 192-193).

Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'interpréter les vastes pouvoirs de la Commission, on ne peut faire abstraction de ce subtil compromis servant de toile de fond à l'interprétation contextuelle. L'objet de la législation est de protéger le client *et* l'investisseur (Milner, p. 101). Le pacte ne supprime pas le caractère privé de l'entreprise. La Commission a essentiellement pour mandat d'établir une tarification qui accroît les avantages financiers des consommateurs et des investisseurs.

Elle tient son pouvoir de fixer les tarifs à la fois de la GUA (art. 16 et 17 et art. 36 à 45) et de la PUBA (art. 89 à 95). Il lui incombe de fixer des [TRADUCTION] « tarifs [. . .] justes et raisonnables » (PUBA, al. 89a); GUA, al. 36a)). Pour le faire, elle doit [TRADUCTION] « établi[r] une base tarifaire pour les biens du propriétaire » et « fixe[r] un juste rendement par rapport à cette base tarifaire » (GUA, par. 37(1)). Dans *Northwestern Utilities Ltd. v. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684 (« *Northwestern 1979* »), p. 691, notre Cour a décrit le processus comme suit :

La PUB approuve ou fixe pour les services publics des tarifs destinés à couvrir les dépenses et à permettre à l'entreprise d'obtenir un taux de rendement ou profit convenable. Le processus s'accomplit en deux étapes. Dans la première étape, la PUB établit une base de tarification en calculant le montant des fonds investis par la compagnie en terrains, usines et équipements, plus le montant alloué au fonds de roulement, sommes dont

provide the utility service. The revenue required to pay all reasonable operating expenses plus provide a fair return to the utility on its rate base is also determined in Phase I. The total of the operating expenses plus the return is called the revenue requirement. In Phase II rates are set, which, under normal temperature conditions are expected to produce the estimates of "forecast revenue requirement". These rates will remain in effect until changed as the result of a further application or complaint or the Board's initiative. Also in Phase II existing interim rates may be confirmed or reduced and if reduced a refund is ordered.

(See also *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84113, October 12, 1984, at p. 23; *Re Union Gas Ltd. and Ontario Energy Board* (1983), 1 D.L.R. (4th) 698 (Ont. Div. Ct.), at pp. 701-2.)

66

Consequently, when determining the rate base, the Board is to give due consideration (GUA, s. 37(2)):

- (a) to the cost of the property when first devoted to public use and to prudent acquisition cost to the owner of the gas utility, less depreciation, amortization or depletion in respect of each, and
- (b) to necessary working capital.

67

The fact that the utility is given the opportunity to make a profit on its services and a fair return on its investment in its assets should not and cannot stop the utility from benefiting from the profits which follow the sale of assets. Neither is the utility protected from losses incurred from the sale of assets. In fact, the wording of the sections quoted above suggests that the ownership of the assets is clearly that of the utility; ownership of the asset and entitlement to profits or losses upon its realization are one and the same. The equity investor expects to receive the net revenues after all costs are paid, equal to the present value of original investment at the time of that investment. The disbursement of some portions of the residual amount of net revenue, by after-the-fact reallocation to rate-paying customers, undermines that investment process:

il faut établir la nécessité dans l'exploitation de l'entreprise. C'est également à cette première étape qu'est calculé le revenu nécessaire pour couvrir les dépenses d'exploitation raisonnables et procurer un rendement convenable sur la base de tarification. Le total des dépenses d'exploitation et du rendement donne un montant appelé le revenu nécessaire. Dans une deuxième étape, les tarifs sont établis de façon à pouvoir produire, dans des conditions météorologiques normales, « le revenu nécessaire prévu ». Ces tarifs restent en vigueur tant qu'ils ne sont pas modifiés à la suite d'une nouvelle requête ou d'une plainte, ou sur intervention de la Commission. C'est également à cette seconde étape que les tarifs provisoires sont confirmés ou réduits et, dans ce dernier cas, qu'un remboursement est ordonné.

(Voir également *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84113, 12 octobre 1984, p. 23; *Re Union Gas Ltd. and Ontario Energy Board* (1983), 1 D.L.R. (4th) 698 (C. div. Ont.), p. 701-702.)

Pour établir la base tarifaire, la Commission tient donc compte (GUA, par. 37(2)) :

[TRADUCTION]

- a) du coût du bien lors de son affectation initiale à l'utilisation publique et de sa juste valeur d'acquisition pour le propriétaire du service de gaz, moins la dépréciation, l'amortissement et l'épuisement;
- b) du capital nécessaire.

Le fait que l'on donne au service public la possibilité de tirer un profit de la prestation du service et de bénéficier d'un juste rendement de son actif ne peut ni ne devrait l'empêcher d'encaisser le bénéfice résultant de la vente d'un élément d'actif. L'entreprise n'est d'ailleurs pas non plus à l'abri de la perte pouvant en découler. Il ressort du libellé des dispositions précitées que les biens appartiennent à l'entreprise de services publics. Droit de propriété sur les biens et droit au profit ou à la perte lors de leur réalisation vont de pair. L'investisseur s'attend à toucher le produit net, une fois tous les frais payés, soit l'équivalent de la valeur actualisée de l'investissement initial. Le versement aux clients d'une partie du produit net restant, à l'issue d'une nouvelle répartition, sape le processus d'investissement : MacAvoy et Sidak, p. 244. À vrai dire, les

MacAvoy and Sidak, at p. 244. In fact, speculation would accrue even more often should the public utility, through its shareholders, not be the one to benefit from the possibility of a profit, as investors would expect to receive a larger premium for their funds through the only means left available, the return on their original investment. In addition, they would be less willing to accept any risk.

Thus, can it be said, as alleged by the City, that the customers have a property interest in the utility? Absolutely not: that cannot be so, as it would mean that fundamental principles of corporate law would be distorted. Through the rates, the customers pay an amount for the regulated service that equals the cost of the service and the necessary resources. They do not by their payment implicitly purchase the asset from the utility's investors. The payment does not incorporate acquiring ownership or control of the utility's assets. The ratepayer covers the cost of using the service, not the holding cost of the assets themselves: "A utility's customers are not its owners, for they are not residual claimants": MacAvoy and Sidak, at p. 245 (see also p. 237). Ratepayers have made no investment. Shareholders have and they assume all risks as the residual claimants to the utility's profit. Customers have only "the risk of a price change resulting from any (authorized) change in the cost of service. This change is determined only periodically in a tariff review by the regulator" (MacAvoy and Sidak, at p. 245).

In this regard, I agree with ATCO when it asserts in its factum, at para. 38:

The property in question is as fully the private property of the owner of the utility as any other asset it owns. Deployment of the asset in utility service does not create or transfer any legal or equitable rights in that property for ratepayers. Absent any such interest, any taking such as ordered by the Board is confiscatory

Wittmann J.A., at the Court of Appeal, said it best when he stated:

Consumers of utilities pay for a service, but by such payment, do not receive a proprietary right in the

opérations de spéculation seraient encore plus fréquentes si le service public et ses actionnaires ne touchaient pas le profit éventuel, car les investisseurs s'attendraient à obtenir une meilleure prime de la seule manière alors possible, le rendement de la mise de fonds initiale; en outre, ils seraient moins disposés à courir un risque.

La Ville a-t-elle raison alors de prétendre que les clients ont un droit de propriété sur le service public? Absolument pas. Sinon, les principes fondamentaux du droit des sociétés seraient dénaturés. En acquittant sa facture, le client paie pour le service réglementé un montant équivalant au coût du service et des ressources nécessaires. Il ne se porte pas implicitement acquéreur des biens des investisseurs. Le paiement n'emporte pas l'acquisition d'un droit de propriété ou de possession sur les biens. Le client acquitte le prix du service, à l'exclusion du coût de possession des biens eux-mêmes: [TRADUCTION] « Le client d'un service public n'en est pas le propriétaire puisqu'il n'a pas droit au reliquat des biens »: MacAvoy et Sidak, p. 245 (voir également p. 237). Le client n'a rien investi. Les actionnaires, eux, ont investi des fonds et assument tous les risques car ils touchent le profit restant. Le client court seulement le [TRADUCTION] « risque que le prix change par suite de la modification (autorisée) du coût du service, ce qui n'arrive que périodiquement lors de la révision des tarifs par l'organisme de réglementation » (MacAvoy et Sidak, p. 245).

Je suis d'accord avec ce qu'affirme ATCO à ce sujet au par. 38 de son mémoire :

[TRADUCTION] Les biens en cause appartiennent au propriétaire du service public tout comme ses autres biens. Nul droit issu de la loi ou de l'équité n'est conféré ou transmis au client à l'égard d'un bien du fait de son affectation à un service public. Faute d'un tel droit, une appropriation, comme celle ordonnée par la Commission, a un effet confiscatoire

Comme l'a si bien dit le juge Wittmann, de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] Le client d'un service public paie un service, mais n'obtient aucun droit de propriété sur les

assets of the utility company. Where the calculated rates represent the fee for the service provided in the relevant period of time, ratepayers do not gain equitable or legal rights to non-depreciable assets when they have paid only for the use of those assets. [Emphasis added; para. 64.]

I fully adopt this conclusion. The Board misdirected itself by confusing the interests of the customers in obtaining safe and efficient utility service with an interest in the underlying assets owned only by the utility. While the utility has been compensated for the services provided, the customers have provided no compensation for receiving the benefits of the subject property. The argument that assets purchased are reflected in the rate base should not cloud the issue of determining who is the appropriate owner and risk bearer. Assets are indeed considered in rate setting, as a factor, and utilities cannot sell an asset used in the service to create a profit and thereby restrict the quality or increase the price of service. Despite the consideration of utility assets in the rate-setting process, shareholders are the ones solely affected when the actual profits or losses of such a sale are realized; the utility absorbs losses and gains, increases and decreases in the value of assets, based on economic conditions and occasional unexpected technical difficulties, but continues to provide certainty in service both with regard to price and quality. There can be a default risk affecting ratepayers, but this does not make ratepayers residual claimants. While I do not wish to unduly rely on American jurisprudence, I would note that the leading U.S. case on this point is *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), which relies on the same principle as was adopted in *Market St. Ry. Co. v. Railroad Commission of State of California*, 324 U.S. 548 (1945).

70

Furthermore, one has to recognize that utilities are not Crown entities, fraternal societies or cooperatives, or mutual companies, although they have a “public interest” aspect which is to supply the public with a necessary service (in the present case,

biens de cette entreprise. Lorsque le tarif établi correspond au prix du service pour la période considérée, le client n’acquiert à l’égard des biens non amortissables aucun droit fondé sur l’équité ou issu de la loi lorsqu’il n’a payé que pour l’utilisation de ces biens. [Je souligne; par. 64.]

Je suis entièrement d’accord. La Commission s’est méprise en confondant le droit des clients à un service sûr et efficace avec le droit sur les biens affectés à la prestation de ce service et dont l’entreprise est l’unique propriétaire. Alors que l’entreprise a été rémunérée pour le service fourni, les clients n’ont versé aucune contrepartie en échange du profit tiré de la vente des biens. L’argument voulant que les biens achetés soient pris en compte dans l’établissement de la base tarifaire ne doit pas embrouiller la question de savoir qui est le véritable titulaire du droit de propriété sur les biens et qui supporte les risques y afférents. Les biens comptent effectivement parmi les facteurs considérés pour fixer les tarifs, et un service public ne peut vendre un bien affecté à la prestation du service pour réaliser un profit et, ce faisant, diminuer la qualité du service ou majorer son prix. Même si les biens du service public sont pris en compte dans l’établissement de la base tarifaire, les actionnaires sont les seuls touchés lorsque la vente donne lieu à un profit ou à une perte. L’entreprise absorbe les pertes et les gains, l’appréciation ou la dépréciation des biens, eu égard à la conjoncture économique et aux défaillances techniques imprévues, mais elle continue de fournir un service fiable sur le plan de la qualité et du prix. Le client peut courir le risque que l’entreprise manque à ses obligations, mais cela ne lui donne pas droit au reliquat des biens. Sans m’appuyer indûment sur la jurisprudence américaine, je signale qu’aux États-Unis, l’arrêt de principe en la matière est *Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), qui s’appuie sur le même principe que celui appliqué dans l’arrêt *Market St. Ry. Co. c. Railroad Commission of State of California*, 324 U.S. 548 (1945).

De plus, il faut reconnaître qu’une entreprise de services publics n’est pas une société d’État, une association d’assistance mutuelle, une coopérative ou une société mutuelle même si elle sert « l’intérêt public » en fournissant à la collectivité un service

the provision of natural gas). The capital invested is not provided by the public purse or by the customers; it is injected into the business by private parties who expect as large a return on the capital invested in the enterprise as they would receive if they were investing in other securities possessing equal features of attractiveness, stability and certainty (see *Northwestern 1929*, at p. 192). This prospect will necessarily include any gain or loss that is made if the company divests itself of some of its assets, i.e., land, buildings, etc.

From my discussion above regarding the property interest, the Board was in no position to proceed with an implicit refund by allocating to ratepayers the profits from the asset sale because it considered ratepayers had paid excessive rates for services in the past. As such, the City's first argument must fail. The Board was seeking to rectify what it perceived as a historic over-compensation to the utility by ratepayers. There is no power granted in the various statutes for the Board to execute such a refund in respect of an erroneous perception of past over-compensation. It is well established throughout the various provinces that utilities boards do not have the authority to retroactively change rates (*Northwestern 1979*, at p. 691; *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705 (Alta. C.A.), at p. 715, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. vii; *Re Dow Chemical Canada Inc.* (C.A.), at pp. 734-35). But more importantly, it cannot even be said that there was over-compensation: the rate-setting process is a speculative procedure in which both the ratepayers and the shareholders jointly carry their share of the risk related to the business of the utility (see MacAvoy and Sidak, at pp. 238-39).

2.3.3.3 *The Power to Attach Conditions*

As its second argument, the City submits that the power to allocate the proceeds from the sale of the utility's assets is necessarily incidental to the express powers conferred on the Board by the AEUBA, the GUA and the PUBA. It argues that the Board must necessarily have the power to allocate sale proceeds as part of its discretionary power to approve or refuse to approve a sale of assets. It

nécessaire (en l'occurrence, la distribution du gaz naturel). Son capital ne provient pas des pouvoirs publics ou des clients, mais d'investisseurs privés qui escomptent un rendement aussi élevé que celui offert par d'autres placements présentant les mêmes caractéristiques d'attractivité, de stabilité et de certitude (voir *Northwestern 1929*, p. 192). Les actionnaires s'attendent donc nécessairement à toucher le gain ou à subir la perte résultant de l'aliénation d'un élément d'actif de l'entreprise, comme un terrain ou un bâtiment.

Il appert de l'analyse qui précède portant sur le droit de propriété que la Commission ne pouvait effectuer un remboursement tacite en attribuant aux clients le profit tiré de la vente des biens au motif que les tarifs avaient été excessifs dans le passé. C'est pourquoi la première prétention de la Ville doit être rejetée. La Commission a tenté de remédier à une supposée rétribution excessive de l'entreprise de services publics par ses clients. Or, aucune des lois applicables ne lui confère le pouvoir d'effectuer un tel remboursement à partir d'une telle perception erronée. La jurisprudence des différentes provinces confirme que les organismes de réglementation n'ont pas le pouvoir de modifier les tarifs rétroactivement (*Northwestern 1979*, p. 691; *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705 (C.A. Alb.), p. 715, autorisation d'appel refusée, [1981] 2 R.C.S. vii; *Re Dow Chemical Canada Inc.* (C.A.), p. 734-735). Qui plus est, on ne peut même pas dire qu'il y a eu paiement excessif : la tarification est un processus conjectural où clients et actionnaires assument ensemble leur part du risque lié aux activités de l'entreprise de services publics (voir MacAvoy et Sidak, p. 238-239).

2.3.3.3 *Le pouvoir d'imposer des conditions*

La Ville soutient en second lieu que le pouvoir d'attribuer le produit de la vente des biens d'un service public est nécessairement accessoire aux pouvoirs exprès que confèrent à la Commission l'AEUBA, la GUA et la PUBA. Elle fait valoir que la Commission a nécessairement ce pouvoir lorsqu'elle exerce celui — discrétionnaire — d'autoriser ou non la vente d'éléments d'actifs, puisqu'elle

71

72

submits that this results from the fact that the Board is allowed to attach any condition to an order it makes approving such a sale. I disagree.

73

The City seems to assume that the doctrine of jurisdiction by necessary implication applies to “broadly drawn powers” as it does for “narrowly drawn powers”; this cannot be. The Ontario Energy Board in its decision in *Re Consumers’ Gas Co.*, E.B.R.O. 410-II/411-II/412-II, March 23, 1987, at para. 4.73, enumerated the circumstances when the doctrine of jurisdiction by necessary implication may be applied:

- * [when] the jurisdiction sought is necessary to accomplish the objectives of the legislative scheme and is essential to the Board fulfilling its mandate;
- * [when] the enabling act fails to explicitly grant the power to accomplish the legislative objective;
- * [when] the mandate of the Board is sufficiently broad to suggest a legislative intention to implicitly confer jurisdiction;
- * [when] the jurisdiction sought must not be one which the Board has dealt with through use of expressly granted powers, thereby showing an absence of necessity; and
- * [when] the Legislature did not address its mind to the issue and decide against conferring the power upon the Board.

(See also Brown, at p. 2-16.3.)

74

In light of the above, it is clear that the doctrine of jurisdiction by necessary implication will be of less help in the case of broadly drawn powers than for narrowly drawn ones. Broadly drawn powers will necessarily be limited to only what is rationally related to the purpose of the regulatory framework. This is explained by Professor Sullivan, at p. 228:

In practice, however, purposive analysis makes the powers conferred on administrative bodies almost infinitely elastic. Narrowly drawn powers can be understood to include “by necessary implication” all that is needed to enable the official or agency to achieve the

peut assortir de toute condition l’ordonnance autorisant la vente. Je ne suis pas d’accord.

La Ville semble tenir pour acquis que la doctrine de la compétence par déduction nécessaire s’applique tout autant aux pouvoirs « définis largement » qu’à ceux qui sont « biens circonscrits ». Ce ne saurait être le cas. Dans sa décision *Re Consumers’ Gas Co.*, E.B.R.O. 410-II/411-II/412-II, 23 mars 1987, par. 4.73, la Commission de l’énergie de l’Ontario a énuméré les situations dans lesquelles s’applique la doctrine de la compétence par déduction nécessaire :

[TRADUCTION]

- * la compétence alléguée est nécessaire à la réalisation des objectifs du régime législatif et essentielle à l’exécution du mandat de la Commission;
- * la loi habilitante ne confère pas expressément le pouvoir de réaliser l’objectif législatif;
- * le mandat de la Commission est suffisamment large pour donner à penser que l’intention du législateur était de lui conférer une compétence tacite;
- * la Commission n’a pas à exercer la compétence alléguée en s’appuyant sur des pouvoirs expressément conférés, démontrant ainsi l’absence de nécessité;
- * le législateur n’a pas envisagé la question et ne s’est pas prononcé contre l’octroi du pouvoir à la Commission.

(Voir également Brown, p. 2-16.3.)

Il est donc clair que la doctrine de la compétence par déduction nécessaire sera moins utile dans le cas de pouvoirs largement définis que dans celui de pouvoirs bien circonscrits. Les premiers seront nécessairement interprétés de manière à ne s’appliquer qu’à ce qui est rationnellement lié à l’objet de la réglementation. C’est ce qu’explique la professeure Sullivan, à la p. 228 :

[TRADUCTION] En pratique, toutefois, l’analyse téléologique rend les pouvoirs conférés aux organismes administratifs presque infiniment élastiques. Un pouvoir bien circonscrit peut englober, par « déduction nécessaire », tout ce qui est requis pour que le responsable

purpose for which the power was granted. Conversely, broadly drawn powers are understood to include only what is rationally related to the purpose of the power. In this way the scope of the power expands or contracts as needed, in keeping with the purpose. [Emphasis added.]

In the case at bar, s. 15 of the AEUBA, which allows the Board to impose additional conditions when making an order, appears at first glance to be a power having infinitely elastic scope. However, in my opinion, the attempt by the City to use it to augment the powers of the Board in s. 26(2) of the GUA must fail. The Court must construe s. 15(3) of the AEUBA in accordance with the purpose of s. 26(2).

MacAvoy and Sidak, in their article, at pp. 234-36, suggest three broad reasons for the requirement that a sale must be approved by the Board:

1. It prevents the utility from degrading the quality, or reducing the quantity, of the regulated service so as to harm consumers;
2. It ensures that the utility maximizes the aggregate economic benefits of its operations, and not merely the benefits flowing to some interest group or stakeholder; and
3. It specifically seeks to prevent favoritism toward investors.

Consequently, in order to impute jurisdiction to a regulatory body to allocate proceeds of a sale, there must be evidence that the exercise of that power is a practical necessity for the regulatory body to accomplish the objects prescribed by the legislature, something which is absent in this case (see *National Energy Board Act (Can.) (Re)*, [1986] 3 F.C. 275 (C.A.)). In order to meet these three goals, it is not necessary for the Board to have control over which party should benefit from the sale proceeds. The public interest component cannot be said to be sufficient to impute to the Board the power to allocate all the profits pursuant to the sale of assets. In fact, it is not necessary for the Board in

ou l'organisme puisse accomplir l'objet de son octroi. À l'inverse, on considère qu'un pouvoir largement défini vise uniquement ce qui est rationnellement lié à son objet. Il s'ensuit qu'un pouvoir a une portée qui augmente ou diminue au besoin, en fonction de son objet. [Je souligne.]

En l'espèce, l'art. 15 de l'AEUBA, qui permet à la Commission d'imposer des conditions supplémentaires dans le cadre d'une ordonnance, paraît à première vue conférer un pouvoir dont la portée est infiniment élastique. J'estime cependant que la Ville ne saurait y avoir recours pour accroître les pouvoirs que le par. 26(2) de la GUA confère à la Commission. Notre Cour doit interpréter le par. 15(3) de l'AEUBA conformément à l'objet du par. 26(2).

Dans leur article, MacAvoy et Sidak avancent trois raisons principales d'exiger qu'une vente soit autorisée par la Commission (p. 234-236) :

1. éviter que l'entreprise de services publics ne diminue qualitativement ou quantitativement le service réglementé et ne cause de la sorte un préjudice aux clients;
2. garantir que l'entreprise maximisera l'ensemble des avantages financiers tirés de ses activités, et non seulement ceux destinés à certains groupes d'intérêt ou d'autres intéressés;
3. éviter précisément que les investisseurs ne soient favorisés.

Par conséquent, pour qu'un organisme de réglementation ait le pouvoir d'attribuer le produit d'une vente, la preuve doit établir que ce pouvoir lui est nécessaire dans les faits pour atteindre les objectifs de la loi, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (voir l'arrêt *Loi sur l'Office national de l'énergie (Can.) (Re)*, [1986] 3 C.F. 275 (C.A.)). Pour satisfaire aux trois exigences susmentionnées, il n'est pas nécessaire que la Commission détermine qui touchera le produit de la vente. Le volet intérêt public ne peut à lui seul lui conférer le pouvoir d'attribuer la totalité du profit tiré de la vente de biens. En fait, il n'est pas nécessaire à l'accomplissement de son mandat qu'elle puisse ordonner à l'entreprise de services

75

76

77

carrying out its mandate to order the utility to surrender the bulk of the proceeds from a sale of its property in order for that utility to obtain approval for a sale. The Board has other options within its jurisdiction which do not involve the appropriation of the sale proceeds, the most obvious one being to refuse to approve a sale that will, in the Board's view, affect the quality and/or quantity of the service offered by the utility or create additional operating costs for the future. This is not to say that the Board can never attach a condition to the approval of sale. For example, the Board could approve the sale of the assets on the condition that the utility company gives undertakings regarding the replacement of the assets and their profitability. It could also require as a condition that the utility reinvest part of the sale proceeds back into the company in order to maintain a modern operating system that achieves the optimal growth of the system.

78

In my view, allowing the Board to confiscate the net gain of the sale under the pretence of protecting rate-paying customers and acting in the "public interest" would be a serious misconception of the powers of the Board to approve a sale; to do so would completely disregard the economic rationale of rate setting, as I explained earlier in these reasons. Such an attempt by the Board to appropriate a utility's excess net revenues for ratepayers would be highly sophisticated opportunism and would, in the end, simply increase the utility's capital costs (MacAvoy and Sidak, at p. 246). At the risk of repeating myself, a public utility is first and foremost a private business venture which has as its goal the making of profits. This is not contrary to the legislative scheme, even though the regulatory compact modifies the normal principles of economics with various restrictions explicitly provided for in the various enabling statutes. None of the three statutes applicable here provides the Board with the power to allocate the proceeds of a sale and therefore affect the property interests of the public utility.

79

It is well established that potentially confiscatory legislative provision ought to be construed cautiously so as not to strip interested parties of their rights without the clear intention of the

publics de céder la plus grande partie du produit de la vente en contrepartie de l'autorisation accordée. La Commission dispose, dans les limites de sa compétence, d'autres moyens que l'appropriation du produit de la vente, le plus évident étant le refus d'autoriser une vente qui, à son avis, nuira à la qualité ou à la quantité des services offerts ou occasionnera des frais d'exploitation supplémentaires. Ce qui ne veut pas dire qu'elle ne peut jamais assujettir son autorisation à une condition. Par exemple, elle pourrait autoriser la vente à la condition que l'entreprise prenne des engagements en ce qui concerne le remplacement des biens en cause et leur rentabilité. Elle pourrait aussi exiger le réinvestissement d'une partie du produit de la vente dans l'entreprise afin de préserver un système d'exploitation moderne assurant une croissance optimale.

J'estime que permettre la confiscation du gain net tiré de la vente sous prétexte de protéger les clients et d'agir dans l'« intérêt public » c'est se méprendre grandement sur le pouvoir de la Commission d'autoriser ou non une vente et faire totalement abstraction des fondements économiques de la tarification exposés précédemment. S'approprier ainsi un produit net extraordinaire pour le compte des clients serait d'un opportunisme très poussé qui, en fin de compte, se traduirait par une hausse du coût du capital pour l'entreprise (MacAvoy et Sidak, p. 246). Au risque de me répéter, une entreprise de services publics est avant tout une entreprise privée dont l'objectif est de réaliser des profits. Cela n'est pas contraire au régime législatif, même si le pacte réglementaire modifie les principes économiques habituellement applicables, les lois habilitantes prévoyant explicitement différentes limitations. Aucune des trois lois pertinentes en l'espèce ne confère à la Commission le pouvoir d'attribuer le produit de la vente d'un bien et d'empiéter de la sorte sur le droit de propriété de l'entreprise de services publics.

Il est bien établi qu'une disposition législative susceptible d'avoir un effet confiscatoire doit être interprétée avec prudence afin de ne pas dépouiller les parties intéressées de leurs droits lorsque ce

legislation (see Sullivan, at pp. 400-403; Côté, at pp. 482-86; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2000] 2 S.C.R. 919, 2000 SCC 64, at para. 26; *Leiriao v. Val-Bélair (Town)*, [1991] 3 S.C.R. 349, at p. 357; *Hongkong Bank of Canada v. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 S.C.R. 167, at p. 197). Not only is the authority to attach a condition to allocate the proceeds of a sale to a particular party unnecessary for the Board to accomplish its role, but deciding otherwise would lead to the conclusion that a broadly drawn power can be interpreted so as to encroach on the economic freedom of the utility, depriving it of its rights. This would go against the above principles of interpretation.

If the Alberta legislature wishes to confer on ratepayers the economic benefits resulting from the sale of utility assets, it can expressly provide for this in the legislation, as was done by some states in the United States (e.g., Connecticut).

2.4 *Other Considerations*

Under the regulatory compact, customers are protected through the rate-setting process, under which the Board is required to make a well-balanced determination. The record shows that the City did not submit to the Board a general rate review application in response to ATCO's application requesting approval for the sale of the property at issue in this case. Nonetheless, if it chose to do so, this would not have stopped the Board, on its own initiative, from convening a hearing of the interested parties in order to modify and fix just and reasonable rates to give due consideration to any new economic data anticipated as a result of the sale (PUBA, s. 89(a); GUA, ss. 24, 36(a), 37(3), 40) (see Appendix).

2.5 *If Jurisdiction Had Been Found, Was the Board's Allocation Reasonable?*

In light of my conclusion with regard to jurisdiction, it is not necessary to determine whether

n'est pas l'intention manifeste du législateur (voir Sullivan, p. 400-403; Côté, p. 607-613; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2000] 2 R.C.S. 919, 2000 CSC 64, par. 26; *Leiriao c. Val-Bélair (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349, p. 357; *Banque Hongkong du Canada c. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 R.C.S. 167, p. 197). Non seulement il n'est pas nécessaire, pour s'acquitter de sa mission, que la Commission ait le pouvoir d'attribuer à une partie le produit de la vente qu'elle autorise, mais toute conclusion contraire permettrait d'interpréter un pouvoir largement défini d'une façon qui empiète sur la liberté économique de l'entreprise de services publics, dépouillant cette dernière de ses droits, ce qui irait à l'encontre des principes d'interprétation susmentionnés.

Si l'assemblée législative albertaine souhaite que les clients bénéficient des avantages financiers découlant de la vente des biens d'un service public, elle peut le prévoir expressément dans la loi, à l'instar de certains États américains (le Connecticut, par exemple).

2.4 *Autres considérations*

Dans le cadre du pacte réglementaire, les clients sont protégés par la procédure d'établissement des tarifs à l'issue de laquelle la Commission doit rendre une décision pondérée. Il appert du dossier que la Ville n'a pas saisi la Commission d'une demande d'approbation du tarif général en réponse à celle présentée par ATCO afin d'obtenir l'autorisation de vendre des biens. Néanmoins, si elle l'avait fait, la Commission aurait pu, de son propre chef, convoquer les parties intéressées à une audience afin de fixer de nouveaux tarifs justes et raisonnables tenant dûment compte de la situation financière nouvelle devant résulter de la vente (PUBA, al. 89a); GUA, art. 24, al. 36a), par. 37(3), art. 40) (texte en annexe).

2.5 *À supposer que la Commission ait eu le pouvoir de répartir le produit de la vente, a-t-elle exercé ce pouvoir de manière raisonnable?*

Vu ma conclusion touchant à la compétence, il n'est pas nécessaire de déterminer si la Commission

the Board's exercise of discretion by allocating the sale proceeds as it did was reasonable. Nonetheless, given the reasons of my colleague Binnie J., I will address the issue very briefly. Had I not concluded that the Board lacked jurisdiction, my disposition of this case would have been the same, as I do not believe the Board met a reasonable standard when it exercised its power.

83

I am not certain how one could conclude that the Board's allocation was reasonable when it wrongly assumed that ratepayers had acquired a proprietary interest in the utility's assets because assets were a factor in the rate-setting process, and, moreover, when it explicitly concluded that no harm would ensue to customers from the sale of the asset. In my opinion, when reviewing the substance of the Board's decision, a court must conduct a two-step analysis: first, it must determine whether the order was warranted given the role of the Board to *protect the customers* (i.e., was the order *necessary in the public interest?*); and second, if the first question is answered in the affirmative, a court must then examine the validity of the Board's application of the *TransAlta Formula* (see para. 12 of these reasons), which refers to the difference between net book value and original cost, on the one hand, and appreciation in the value of the asset on the other. For the purposes of this analysis, I view the second step as a mathematical calculation and nothing more. I do not believe it provides the criteria which guides the Board to determine *if it should allocate* part of the sale proceeds to ratepayers. Rather, it merely guides the Board on *what to allocate and how to allocate it* (if it should do so in the first place). It is also interesting to note that there is no discussion of the fact that the book value used in the calculation must be referable solely to the financial statements of the utility.

84

In my view, as I have already stated, the power of the Board to allocate proceeds does not even arise in this case. Even by the Board's own reasoning, it should only exercise its discretion to act in the public interest when customers would be harmed

a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable en répartissant le produit de la vente comme elle l'a fait. Toutefois, vu les motifs de mon collègue le juge Binnie, je me penche très brièvement sur la question. Le règlement du pourvoi aurait été le même si j'avais conclu que la Commission avait ce pouvoir, car j'estime que la décision qu'elle a rendue sur son fondement ne satisfaisait pas à la norme de la raisonabilité.

Je ne vois pas très bien comment on pourrait conclure que la répartition était raisonnable, la Commission ayant supposé à tort que les clients avaient acquis un droit de propriété sur les biens de l'entreprise du fait de la prise en compte de ceux-ci dans l'établissement des tarifs et ayant en outre conclu explicitement que la vente des biens ne causerait aucun préjudice aux clients. À mon avis, une cour de justice appelée à contrôler la décision au fond doit se livrer à une analyse en deux étapes. Premièrement, elle doit déterminer si l'ordonnance était justifiée au vu de l'obligation de la Commission de *protéger les clients* (c.-à-d. l'ordonnance était-elle *nécessaire dans l'intérêt public?*). Deuxièmement, dans l'affirmative, elle doit déterminer si la Commission a bien appliqué la *formule TransAlta* (voir le par. 12 des présents motifs), qui renvoie à la différence entre la valeur comptable nette des biens et leur coût historique, d'une part, et à l'appréciation des biens, d'autre part. Pour les besoins de l'analyse, je ne vois dans la deuxième étape qu'une opération mathématique, rien de plus. Je ne crois pas que la *formule TransAlta* oriente la décision de la Commission *d'attribuer ou non* une partie du produit de la vente aux clients. Elle ne préside qu'à la détermination de *ce qui sera attribué et des modalités d'attribution* (lorsqu'elle a décidé qu'il y avait lieu d'attribuer le produit de la vente). Il importe également de signaler que nul ne conteste que seule la valeur comptable figurant dans les états financiers de l'entreprise de services publics doit être utilisée pour le calcul.

Je le répète, la Commission n'était même pas justifiée, à mon sens, d'exercer le pouvoir d'attribuer le produit de la vente. Suivant son raisonnement même, elle ne doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'agir dans l'intérêt public que lorsque les

or would face some risk of harm. But the Board was clear: there was no harm or risk of harm in the present situation:

With the continuation of the same level of service at other locations and the acceptance by customers regarding the relocation, the Board is convinced there should be no impact on the level of service to customers as a result of the Sale. In any event, the Board considers that the service level to customers is a matter that can be addressed and remedied in a future proceeding if necessary.

(Decision 2002-037, at para. 54)

After declaring that the customers would not, on balance, be harmed, the Board maintained that, on the basis of the evidence filed, there appeared to be a cost savings to the customers. There was no legitimate customer interest which could or needed to be protected by denying approval of the sale, or by making approval conditional on a particular allocation of the proceeds. Even if the Board had found a possible adverse effect arising from the sale, how could it allocate proceeds now based on an unquantified future potential loss? Moreover, in the absence of any factual basis to support it, I am also concerned with the presumption of bad faith on the part of ATCO that appears to underlie the Board's determination to protect the public from some possible future menace. In any case, as mentioned earlier in these reasons, this determination to protect the public interest is also difficult to reconcile with the actual power of the Board to prevent harm to ratepayers from occurring by simply refusing to approve the sale of a utility's asset. To that, I would add that the Board has considerable discretion in the setting of future rates in order to protect the public interest, as I have already stated.

In consequence, I am of the view that, in the present case, the Board did not identify any public interest which required protection and there was, therefore, nothing to trigger the exercise of the discretion to allocate the proceeds of sale. Hence, notwithstanding my conclusion on the first issue regarding the Board's jurisdiction, I would conclude

clients subiraient ou seraient susceptibles de subir un préjudice. Or sa conclusion à ce sujet est claire : aucun préjudice ou risque de préjudice n'était associé à l'opération projetée :

[TRADUCTION] Comme les mêmes services seront offerts à partir d'autres installations, et vu l'acceptation de ce transfert par les clients, la Commission est convaincue que la vente ne devrait pas avoir de répercussions sur le niveau de service. Quoi qu'il en soit, elle considère que le niveau de service offert pourra au besoin faire l'objet d'un examen et d'une mesure corrective dans le cadre d'une procédure ultérieure.

(Décision 2002-037, par. 54)

Après avoir déclaré que, tout bien considéré, les clients ne seraient pas lésés, la Commission a statué au vu des éléments de preuve présentés qu'ils réaliseraient apparemment des économies. Aucun droit légitime des clients ne pouvait ni ne devait être protégé par un refus d'autorisation ou un octroi assorti de la condition de répartir le produit de la vente d'une certaine manière. Même si la Commission avait conclu à la possibilité que la vente ait un effet préjudiciable, comment pouvait-elle, à ce stade, attribuer le produit de la vente en fonction d'une perte éventuelle indéterminée? La mauvaise foi présumée d'ATCO qui paraît sous-tendre la détermination de la Commission à protéger le public contre un risque éventuel, en l'absence de tout fondement factuel, me préoccupe également. De toute manière, je l'ai déjà dit, cette détermination à protéger l'intérêt public est également difficile à concilier avec le pouvoir exprès de la Commission de prévenir tout préjudice causé aux clients en refusant d'autoriser la vente des biens d'un service public. Je rappelle que la Commission jouit d'un pouvoir discrétionnaire considérable dans l'établissement des tarifs futurs afin de protéger l'intérêt public.

Par conséquent, je suis d'avis que la Commission n'a pas cerné d'intérêt public à protéger et qu'aucun élément ne justifiait donc l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'attribuer le produit de la vente. Indépendamment de ma conclusion au sujet de la compétence de la Commission, je conclus que sa décision d'exercer son pouvoir discrétionnaire

that the Board's decision to exercise its discretion to protect the public interest did not meet a reasonable standard.

3. Conclusion

86 This Court's role in this case has been one of interpreting the enabling statutes using the appropriate interpretive tools, i.e., context, legislative intention and objective. Going further than required by reading in *unnecessary* powers of an administrative agency under the guise of statutory interpretation is not consistent with the rules of statutory interpretation. It is particularly dangerous to adopt such an approach when property rights are at stake.

87 The Board did not have the jurisdiction to allocate the proceeds of the sale of the utility's asset; its decision did not meet the correctness standard. Thus, I would dismiss the City's appeal and allow ATCO's cross-appeal, both with costs. I would also set aside the Board's decision and refer the matter back to the Board to approve the sale of the property belonging to ATCO, recognizing that the proceeds of the sale belong to ATCO.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie and Fish JJ. were delivered by

88 BINNIE J. (dissenting) — The respondent ATCO Gas and Pipelines Ltd. ("ATCO") is part of a large entrepreneurial company that directly and through various subsidiaries operates both regulated businesses and unregulated businesses. The Alberta Energy and Utilities Board ("Board") believes it not to be in the public interest to encourage utility companies to mix together the two types of undertakings. In particular, the Board has adopted policies to discourage utilities from using their regulated businesses as a platform to engage in land speculation to increase their return on investment outside the regulatory framework. By awarding part of the profit to the utility (and its shareholders), the Board rewards utilities for diligence in divesting themselves of assets that are no longer productive, or that could be more productively employed elsewhere. However, by crediting part of the

de protéger l'intérêt public ne satisfaisait pas à la norme de la raisonnable.

3. Conclusion

Le rôle de notre Cour dans le présent pourvoi a été d'interpréter les lois habilitantes en tenant compte comme il se doit du contexte, de l'intention du législateur et de l'objectif législatif. Aller plus loin et conclure à l'issue d'une interprétation large que l'organisme administratif jouit de pouvoirs *non nécessaires* n'est pas conforme aux règles d'interprétation législative. Une telle approche est particulièrement dangereuse lorsqu'un droit de propriété est en jeu.

La Commission n'avait pas le pouvoir d'attribuer le produit de la vente d'un bien du service public; sa décision ne satisfaisait pas à la norme de la décision correcte. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de la Ville et d'accueillir le pourvoi incident d'ATCO, avec dépens dans les deux instances. Je suis également d'avis d'annuler la décision de la Commission et de lui renvoyer l'affaire en lui enjoignant d'autoriser la vente des biens d'ATCO et de reconnaître son droit au produit de la vente.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie et Fish rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — L'intimée, ATCO Gas and Pipelines Ltd. (« ATCO »), fait partie d'une grande société qui, directement et par l'entremise de diverses filiales, exploite à la fois des entreprises réglementées et des entreprises non réglementées. L'Alberta Energy and Utilities Board (« Commission ») estime qu'il n'est pas dans l'intérêt public d'encourager les entreprises de services publics à jumeler leurs activités dans les deux secteurs. Plus particulièrement, elle a adopté des politiques afin de dissuader les entreprises de services publics de faire de leur secteur réglementé un lieu de spéculation foncière et d'augmenter ainsi le rendement de leurs investissements indépendamment du cadre réglementaire. En attribuant une partie du profit à l'entreprise de services publics (et à ses actionnaires), la Commission récompense la diligence avec laquelle elle se départit de biens qui ne sont

profit on the sale of such property to the utility's rate base (i.e. as a set-off to other costs), the Board seeks to dampen any incentive for utilities to skew decisions in their regulated business to favour such profit taking unduly. Such a balance, in the Board's view, is necessary in the interest of the public which allows ATCO to operate its utility business as a monopoly. In pursuit of this balance, the Board approved ATCO's application to sell land and warehousing facilities in downtown Calgary, but denied ATCO's application to keep for its shareholders the entire profit resulting from appreciation in the value of the land, whose cost of acquisition had formed part of the rate base on which gas rates had been calculated since 1922. The Board ordered the profit on the sale to be allocated one third to ATCO and two thirds as a credit to its cost base, thereby helping keep utility rates down, and to that extent benefiting ratepayers.

I have read with interest the reasons of my colleague Bastarache J. but, with respect, I do not agree with his conclusion. As will be seen, the Board has authority under s. 15(3) of the *Alberta Energy and Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, c. A-17 ("AEUBA"), to impose on the sale "any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest". Whether or not the conditions of approval imposed by the Board were necessary in the public interest was for the Board to decide. The Alberta Court of Appeal overruled the Board but, with respect, the Board is in a better position to assess necessity in this field for the protection of the public interest than either that court or this Court. I would allow the appeal and restore the Board's decision.

I. Analysis

ATCO's argument boils down to the proposition announced at the outset of its factum:

In the absence of any property right or interest and of any harm to the customers arising from the

plus productifs ou qui pourraient l'être davantage s'ils étaient employés autrement. Toutefois, en portant une partie du profit au crédit de la base tarifaire de l'entreprise (c.-à-d. en la déduisant d'autres coûts), la Commission tente d'empêcher les entreprises de services publics de céder à la tentation d'infléchir les décisions afférentes à leurs activités réglementées pour favoriser la réalisation de profits indus. De son point de vue, un tel compromis est nécessaire dans l'intérêt du public, celui-ci conférant à ATCO un monopole dans un secteur d'activité. Dans la recherche de ce compromis, la Commission a autorisé ATCO à vendre un terrain et un entrepôt situés au centre-ville de Calgary, mais refusé qu'elle conserve, au bénéfice de ses actionnaires, la totalité du profit découlant de l'appréciation du terrain dont le coût d'acquisition était pris en compte, depuis 1922, pour la tarification du gaz naturel. La Commission a ordonné que le profit tiré de la vente soit attribué à raison d'un tiers à ATCO et que les deux tiers servent à réduire ses coûts, contribuant à contenir toute hausse des tarifs et favorisant ainsi la clientèle.

J'ai lu avec intérêt les motifs de mon collègue le juge Bastarache, mais, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec ses conclusions. Comme nous le verrons, le par. 15(3) de l'*Alberta Energy and Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, ch. A-17 (« AEUBA »), confère à la Commission le pouvoir d'assujettir la vente aux [TRADUCTION] « conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public ». Il appartenait à la Commission de décider de la nécessité d'imposer des conditions dans l'intérêt public. La Cour d'appel de l'Alberta a infirmé la décision de la Commission. En toute déférence, j'estime que la Commission était mieux placée que la Cour d'appel ou que notre Cour pour juger de la nécessité de protéger l'intérêt public dans ce domaine. J'accueillerais le pourvoi et rétablirais la décision de la Commission.

I. Analyse

La thèse d'ATCO se résume à ce qu'elle affirme au début de son mémoire :

[TRADUCTION] À défaut de tout droit de propriété et de tout préjudice causé à la clientèle par le

withdrawal from utility service, there was no proper ground for reaching into the pocket of the utility. In essence this case is about property rights.

(Respondent's factum, at para. 2)

91 For the reasons which follow I do not believe the case is about property rights. ATCO chose to make its investment in a regulated industry. The return on investment in the regulated gas industry is fixed by the Board, not the free market. In my view, the essential issue is whether the Alberta Court of Appeal was justified in limiting what the Board is allowed to "conside[r] necessary in the public interest".

A. *The Board's Statutory Authority*

92 The first question is one of jurisdiction. What gives the Board the authority to make the order ATCO complains about? The Board's answer is threefold. Section 22(1) of the *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, c. G-5 ("GUA"), provides in part that "[t]he Board shall exercise a general supervision over all gas utilities, and the owners of them . . .". This, the Board says, gives it a broad jurisdiction to set policies that go beyond its specific powers in relation to specific applications, such as rate setting. Of more immediate pertinence, s. 26(2)(d)(i) of the same Act prohibits the regulated utility from selling, leasing or otherwise encumbering any of its property without the Board's approval. (To the same effect, see s. 101(2)(d)(i) of the *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, c. P-45.) It is common ground that this restraint on alienation of property applies to the proposed sale of ATCO's land and warehouse facilities in downtown Calgary, and that the Board could, in appropriate circumstances, simply have denied ATCO's application for approval of the sale. However, the Board was of the view to allow the sale subject to conditions. The Board ruled that the greater power (i.e. to deny the sale) must include the lesser (i.e. to allow the sale, subject to conditions):

In appropriate circumstances, the Board clearly has the power to prevent a utility from disposing of its property.

dessaisissement, rien ne justifiait qu'on puise dans les poches de l'entreprise. En fait, le présent pourvoi doit être réglé au regard du droit de propriété.

(Mémoire de l'intimée, par. 2)

Pour les motifs qui suivent, je ne crois pas que le litige ressortisse au droit de propriété. ATCO a choisi d'investir dans un secteur réglementé, celui de la distribution du gaz, où le rendement est établi par la Commission, et non par le marché. À mon avis, la question en litige est essentiellement de savoir si la Cour d'appel de l'Alberta était justifiée de restreindre les conditions que la Commission pouvait « juge[r] nécessaires dans l'intérêt public ».

A. *Les pouvoirs légaux de la Commission*

La première question qui se pose est celle de la compétence. D'où la Commission tient-elle le pouvoir de rendre l'ordonnance que conteste ATCO? La réponse de la Commission comporte trois volets. Le paragraphe 22(1) de la *Gas Utilities Act*, R.S.A. 2000, ch. G-5 (« GUA »), prévoit entre autres que [TRADUCTION] « [l]a Commission assure la surveillance générale des services de gaz et de leurs propriétaires . . . ». Selon la Commission, cette disposition lui confère le vaste pouvoir d'établir des politiques qui débordent le cadre du règlement de demandes au cas par cas (approbation de tarifs, etc.). Élément plus pertinent encore, le sous-al. 26(2)(d)(i) de la même loi interdit à l'entreprise réglementée de vendre ses biens, de les louer ou de les grever par ailleurs sans l'autorisation de la Commission. (Voir dans le même sens le sous-al. 101(2)(d)(i) de la *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 2000, ch. P-45.) Tous conviennent que cette limitation s'applique à la vente projetée par ATCO du terrain et de l'entrepôt situés au centre-ville de Calgary et que si les circonstances l'avaient justifié, la Commission aurait pu simplement refuser son autorisation. En l'espèce, la Commission a décidé d'autoriser la vente et de l'assujettir à certaines conditions. Elle a statué que le pouvoir plus large de refuser d'autoriser la vente englobait celui, plus restreint, de l'autoriser en l'assujettissant à certaines conditions :

[TRADUCTION] Dans certaines circonstances, la Commission a clairement le pouvoir d'empêcher une

In the Board's view it also follows that the Board can approve a disposition subject to appropriate conditions to protect customer interests.

(Decision 2002-037, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL), at para. 47)

There is no need to rely on any such implicit power to impose conditions, however. As stated, the Board's explicit power to impose conditions is found in s. 15(3) of the AEUBA, which authorizes the Board to "make any further order and impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest". In *Atco Ltd. v. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 S.C.R. 557, at p. 576, Estey J., for the majority, stated:

It is evident from the powers accorded to the Board by the legislature in both statutes mentioned above that the legislature has given the Board a mandate of the widest proportions to safeguard the public interest in the nature and quality of the service provided to the community by the public utilities. [Emphasis added.]

The legislature says in s. 15(3) that the conditions are to be what *the Board* considers necessary. Of course, the discretionary power to impose conditions thus granted is not unlimited. It must be exercised in good faith for its intended purpose: *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29. ATCO says the Board overstepped even these generous limits. In ATCO's submission:

Deployment of the asset in utility service does not create or transfer any legal or equitable rights in that property for ratepayers. Absent any such interest, any taking such as ordered by the Board is confiscatory

(Respondent's factum, at para. 38)

In my view, however, the issue before the Board was how much profit ATCO was entitled to earn on its investment in a regulated utility.

ATCO argues in the alternative that the Board engaged in impermissible "retroactive rate

entreprise de services publics de se départir d'un bien. Il s'ensuit donc qu'elle peut autoriser une aliénation et l'assortir de conditions susceptibles de bien protéger les intérêts du consommateur.

(Décision 2002-037, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (QL), par. 47)

Il n'est toutefois pas nécessaire qu'elle s'appuie sur un tel pouvoir implicite pour établir des conditions. Je le répète, le par. 15(3) de l'AEUBA confère explicitement à la Commission le pouvoir de [TRADUCTION] « rendre toute autre ordonnance et [d']imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public ». Dans *Atco Ltd. c. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 R.C.S. 557, p. 576, le juge Estey a dit au nom des juges majoritaires :

Il ressort des pouvoirs que le législateur a accordé[s] à la Commission dans les deux lois mentionnées ci-dessus, qu'il a investi la Commission du mandat très général de veiller aux intérêts du public quant à la nature et à la qualité des services rendus à la collectivité par les entreprises de services publics. [Je souligne.]

Le paragraphe 15(3) dispose que les conditions fixées sont celles que *la Commission* juge nécessaires. Évidemment, son pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité. Elle doit l'exercer de bonne foi et aux fins auxquelles il est conféré : *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29. ATCO prétend que la Commission a même outrepassé un aussi large pouvoir. Voici un extrait de son mémoire :

[TRADUCTION] Nul droit issu de la loi ou de l'équité n'est conféré ou transmis au client à l'égard d'un bien du fait de son affectation à un service public. Faute d'un tel droit, une appropriation, comme celle ordonnée par la Commission, a un effet confiscatoire

(Mémoire de l'intimée, par. 38)

À mon avis, toutefois, la Commission devait déterminer la hauteur du profit qu'ATCO était admise à tirer de son investissement dans une entreprise réglementée.

Subsidiairement, ATCO soutient que la Commission s'est indûment livrée à une

making”. But Alberta is an “original cost” jurisdiction, and no one suggests that the Board’s original cost rate making during the 80-plus years this investment has been reflected in ATCO’s ratebase was wrong. The Board proposed to apply a portion of the expected profit to future rate making. The effect of the order is prospective, not retroactive. Fixing the going-forward rate of return as well as general supervision of “all gas utilities, and the owners of them” were matters squarely within the Board’s statutory mandate.

B. *The Board’s Decision*

94 ATCO argues that the Board’s decision should be seen as a stand-alone decision divorced from its rate-making responsibilities. However, I do not agree that the hearing under s. 26 of the GUA can be isolated in this way from the Board’s general regulatory responsibilities. ATCO argues in its factum that

the subject application by [ATCO] to the Board did not concern or relate to a rate application, and the Board was not engaged in fixing rates (if that could provide any justification, which is denied).

(Respondent’s factum, at para. 98)

95 It seems the Board proceeded with the s. 26 approval hearing separately from a rate setting hearing firstly because ATCO framed the proceeding in that way and secondly because this is the procedure approved by the Alberta Court of Appeal in *TransAlta Utilities Corp. v. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171. That case (which I will refer to as *TransAlta (1986)*) is a leading Alberta authority dealing with the allocation of the gain on the disposal of utility assets and the source of what is called the *TransAlta Formula* applied by the Board in this case. Kerans J.A. had this to say, at p. 174:

I observe parenthetically that I now appreciate that it suits the convenience of everybody involved to resolve

« tarification rétroactive ». Or, l’Alberta a opté pour la tarification selon le « coût historique » et personne ne laisse entendre que, depuis plus de 80 ans, la Commission applique à tort cette méthode qui prend en compte l’investissement d’ATCO pour l’établissement de sa base tarifaire. La Commission a proposé de tenir compte d’une partie du profit escompté pour fixer les tarifs ultérieurs. L’ordonnance a un effet prospectif, et non rétroactif. La fixation du rendement futur et la surveillance générale [TRADUCTION] « des services de gaz et de leurs propriétaires » relevaient sans conteste du mandat légal de la Commission.

B. *La décision de la Commission*

ATCO soutient que la décision de la Commission doit être considérée isolément, sans égard aux attributions de l’organisme en matière de tarification. Toutefois, je ne crois pas que l’audience tenue pour l’application de l’art. 26 puisse être ainsi dissociée des attributions générales de la Commission à titre d’organisme de réglementation. Dans son mémoire, ATCO fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . la demande d’[ATCO] n’avait rien à voir avec l’approbation de tarifs et la Commission n’était pas engagée dans un processus de tarification (à supposer que cela ait pu la justifier, ce qui est nié).

(Mémoire de l’intimée, par. 98)

Il semble que la Commission ait entendu la demande d’autorisation fondée sur l’art. 26 indépendamment d’une demande d’approbation de tarifs en raison, premièrement, de la manière dont ATCO avait engagé l’instance et, deuxièmement, de l’approbation de cette démarche par la Cour d’appel de l’Alberta dans *TransAlta Utilities Corp. c. Public Utilities Board (Alta.)* (1986), 68 A.R. 171 (« *TransAlta (1986)* »). Il s’agit de l’arrêt de principe albertain en ce qui concerne l’attribution du profit réalisé lors de l’aliénation d’un bien affecté à un service public, et la Cour d’appel y a énoncé la *formule TransAlta* que la Commission a appliquée en l’espèce. Voici ce qu’a dit le juge Kerans à ce sujet (p. 174) :

[TRADUCTION] Je signale en passant que je comprends maintenant que toutes les parties ont intérêt à ce que

issues of this sort, if possible, before a general rate hearing so as to lessen the burden on that already complex procedure.

Given this encouragement from the Alberta Court of Appeal, I would place little significance on ATCO's procedural point. As will be seen, the Board's ruling is directly tied into the setting of general rates because two thirds of the profit is taken into account as an offset to ATCO's costs from which its revenue requirement is ultimately derived. As stated, ATCO's profit on the sale of the Calgary property will be a current (not historical) receipt and, if the Board has its way, two thirds of it will be applied to future (not retroactive) rate making.

The s. 26 hearing proceeded in two phases. The Board first determined that it would not deny its approval to the proposed sale as it met a "no-harm test" devised over the years by Board practice (it is not to be found in the statutes) (Decision 2001-78). However, the Board linked its approval to subsequent consideration of the financial ramifications, as the Board itself noted:

The Board approved the Sale in Decision 2001-78 based on evidence that customers did not object to the Sale [and] would not suffer a reduction in services nor would they be exposed to the risk of financial harm as a result of the Sale that could not be examined in a future proceeding. On that basis the Board determined that the no-harm test had been satisfied and that the Sale could proceed. [Underlining and italics added.]

(Decision 2002-037, at para. 13)

In effect, ATCO ignores the italicized words. It argues that the Board was *functus* after the first phase of its hearing. However, ATCO itself had agreed to the two-phase procedure, and indeed the second phase was devoted to ATCO's own application for an allocation of the profits on the sale.

les questions de cette nature soient, si possible, résolues avant l'audition de la demande générale de majoration tarifaire de manière à ne pas alourdir cette procédure déjà complexe.

Fort de ces propos de la Cour d'appel de l'Alberta, j'accorderais peu d'importance à l'argument procédural d'ATCO. Nous le verrons, la décision de la Commission est directement liée à la tarification générale, les deux tiers du profit étant déduits des coûts à partir desquels sont ultimement déterminés les besoins en revenus d'ATCO. Je l'ai déjà dit, le profit tiré de la vente des biens d'ATCO situés à Calgary constituera une rentrée courante (et non historique), et si la décision de la Commission est confirmée, les deux tiers du profit tiré de l'opération seront pris en compte pour la tarification ultérieure (et non de manière rétroactive).

L'audience tenue pour l'application de l'art. 26 s'est déroulée en deux étapes. La Commission a d'abord décidé qu'elle ne refusait pas d'autoriser la vente projetée vu l'« absence de préjudice », un critère qu'elle avait élaboré au fil des ans, mais qui n'était pas prévu dans les lois (décision 2001-78). Cependant, elle a lié son autorisation à l'examen subséquent des conséquences financières. Comme elle l'a elle-même fait remarquer :

[TRADUCTION] Dans la décision 2001-78, la Commission a autorisé la vente parce qu'il avait été établi que les clients ne s'opposaient pas à l'opération, qu'ils ne subiraient pas une diminution de service et que la vente ne risquait pas de leur infliger un préjudice financier qui ne pourrait faire l'objet d'un examen dans le cadre d'une procédure ultérieure. Elle a donc conclu à l'absence de préjudice et décidé que la vente pouvait avoir lieu. [Soulignements et italiques ajoutés.]

(Décision 2002-037, par. 13)

ATCO fait abstraction de ce qui figure en italique dans cet extrait. Elle soutient que la Commission était *functus officio* après la première étape de l'audience. Or, elle avait elle-même consenti au déroulement de la procédure en deux étapes, et la deuxième partie de l'audience a effectivement été consacrée à sa demande d'attribution du profit tiré de la vente.

96

97

98

99

In the second phase of the s. 26 approval hearing, the Board allocated one third of the net gain to ATCO and two thirds to the rate base (which would benefit ratepayers). The Board spelled out why it considered these conditions to be necessary in the public interest. The Board explained that it was necessary to balance the interests of both shareholders and ratepayers within the framework of what it called “the regulatory compact” (Decision 2002-037, at para. 44). In the Board’s view:

- (a) there ought to be a balancing of the interests of the ratepayers and the owners of the utility;
- (b) decisions made about the utility should be driven by both parties’ interests;
- (c) to award the entire gain to the ratepayers would deny the utility an incentive to increase its efficiency and reduce its costs; and
- (d) to award the entire gain to the utility might encourage speculation in non-depreciable property or motivate the utility to identify and dispose of properties which have appreciated for reasons other than the best interest of the regulated business.

100

For purposes of this appeal, it is important to set out the Board’s policy reasons in its own words:

To award the entire net gain on the land and buildings to the customers, while beneficial to the customers, could establish an environment that may deter the process wherein the company continually assesses its operation to identify, evaluate, and select options that continually increase efficiency and reduce costs.

Conversely, to award the entire net gain to the company may establish an environment where a regulated utility company might be moved to speculate in non-depreciable property or result in the company being motivated to identify and sell existing properties where appreciation has already occurred.

The Board believes that some method of balancing both parties’ interests will result in optimization

Au cours de la deuxième étape de l’audition de la demande fondée sur l’art. 26, la Commission a attribué un tiers du profit net à ATCO et deux tiers à la base tarifaire (au bénéfice des clients). Elle a exposé les raisons pour lesquelles elle jugeait cette répartition nécessaire à la protection de l’intérêt public. Elle a expliqué qu’il fallait mettre en balance les intérêts des actionnaires et ceux des clients dans le cadre de ce qu’elle a appelé [TRADUCTION] « le pacte réglementaire » (décision 2002-037, par. 44). Selon la Commission :

- a) il faut mettre en balance les intérêts des clients et ceux des propriétaires de l’entreprise de services publics;
- b) les décisions visant l’entreprise doivent tenir compte des intérêts des deux parties;
- c) attribuer aux clients la totalité du profit tiré de la vente n’inciterait pas l’entreprise à accroître son efficacité et à réduire ses coûts;
- d) en attribuer la totalité à l’entreprise pourrait encourager la spéculation à l’égard de biens non amortissables ou l’identification des biens dont la valeur s’est accrue et leur aliénation pour des motifs étrangers à l’intérêt véritable de l’entreprise réglementée.

Pour les besoins du présent pourvoi, il importe de rappeler les considérations de principe invoquées par la Commission :

[TRADUCTION] Il serait avantageux pour les clients de leur attribuer la totalité du profit net tiré de la vente du terrain et des bâtiments, mais cela pourrait dissuader la société de soumettre son fonctionnement à une analyse continue afin de trouver des moyens d’améliorer son rendement et de réduire ses coûts de manière constante.

À l’inverse, attribuer à l’entreprise réglementée la totalité du profit net pourrait encourager la spéculation à l’égard de biens non amortissables ou l’identification des biens dont la valeur s’est déjà accrue et leur aliénation.

La Commission croit qu’une certaine mise en balance des intérêts des deux parties permettra la

of business objectives for both the customer and the company. Therefore, the Board considers that sharing of the net gain on the sale of the land and buildings collectively in accordance with the TransAlta Formula is equitable in the circumstances of this application and is consistent with past Board decisions. [Emphasis added; paras. 112-14.]

The Court was advised that the two-third share allocated to ratepayers would be included in ATCO's rate calculation to set off against the costs included in the rate base and amortized over a number of years.

C. *Standard of Review*

The Court's modern approach to this vexed question was recently set out by McLachlin C.J. in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 26:

In the pragmatic and functional approach, the standard of review is determined by considering four contextual factors — the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; the purposes of the legislation and the provision in particular; and, the nature of the question — law, fact, or mixed law and fact. The factors may overlap. The overall aim is to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law.

I do not propose to cover the ground already set out in the reasons of my colleague Bastarache J. We agree that the standard of review on matters of jurisdiction is correctness. We also agree that the Board's *exercise* of its jurisdiction calls for greater judicial deference. Appeals from the Board are limited to questions of law or jurisdiction. The Board knows a great deal more than the courts about gas utilities, and what limits it is necessary to impose “in the public interest” on their dealings with assets whose cost is included in the rate base. Moreover, it is difficult to think of a broader discretion than that conferred on the Board to “impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest” (s. 15(3)(d) of the AEUBA).

réalisation optimale des objectifs de l'entreprise dans son propre intérêt et dans celui de ses clients. Par conséquent, elle estime équitable en l'espèce et conforme à ses décisions antérieures de partager selon la formule TransAlta le profit net tiré de la vente du terrain et des bâtiments. [Je souligne; par. 112-114.]

On a informé notre Cour que les deux tiers du profit attribués aux clients seraient déduits des coûts considérés pour l'établissement de la base tarifaire d'ATCO, puis amortis sur un certain nombre d'années.

C. *La norme de contrôle*

L'approche actuelle de notre Cour à l'égard de cette question épineuse a récemment été précisée par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 26 :

Selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle est déterminée en fonction de quatre facteurs contextuels — la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l'objet de la loi et de la disposition particulière; la nature de la question — de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Les facteurs peuvent se chevaucher. L'objectif global est de cerner l'intention du législateur, sans perdre de vue le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires dans le maintien de la légalité.

Je n'entends pas reprendre les propos de mon collègue le juge Bastarache à ce sujet. Nous convenons que la norme applicable en matière de compétence est celle de la décision correcte. Nous convenons également qu'en ce qui a trait à l'*exercice* de sa compétence par la Commission, une déférence accrue s'impose. Il ne peut être interjeté appel d'une décision de la Commission que sur une question de droit ou de compétence. La Commission en sait bien davantage qu'une cour de justice sur les services de gaz et les limites qui doivent leur être imposées « dans l'intérêt public » lorsqu'ils effectuent des opérations relatives à des biens dont le coût est inclus dans la base tarifaire. De plus, il est difficile d'imaginer un pouvoir discrétionnaire plus vaste que celui

101

102

103

The identification of a subjective discretion in the decision maker (“the Board considers necessary”), the expertise of that decision maker and the nature of the decision to be made (“in the public interest”), in my view, call for the most deferential standard, patent unreasonableness.

104 As to the phrase “the Board considers necessary”, Martland J. stated in *Calgary Power Ltd. v. Copithorne*, [1959] S.C.R. 24, at p. 34:

The question as to whether or not the respondent’s lands were “necessary” is not one to be determined by the Courts in this case. The question is whether the Minister “deemed” them to be necessary.

See also D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at para. 14:2622: “‘Objective’ and ‘Subjective’ Grants of Discretion”.

105 The expert qualifications of a regulatory Board are of “utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal’s decision in the absence of a full privative clause”, as stated by Sopinka J. in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at p. 335. He continued:

Even where the tribunal’s enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada [v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)]*, [1989] 1 S.C.R. 1722, it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction.

(This *dictum* was cited with approval in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at p. 592.)

— conféré à la Commission — d[TRADUCTION] « imposer les conditions supplémentaires qu’elle juge nécessaires dans l’intérêt public » (al. 15(3)d) de l’AEUBA). L’élément subjectif de ce pouvoir (« qu’elle juge nécessaires »), l’expertise du décideur et la nature de la décision (« dans l’intérêt public ») appellent à mon avis la plus grande déférence et l’application de la norme de la décision manifestement déraisonnable.

En ce qui a trait à l’élément « qu’elle juge nécessaires », le juge Martland a dit ce qui suit dans l’arrêt *Calgary Power Ltd. c. Copithorne*, [1959] R.C.S. 24, p. 34 :

[TRADUCTION] En l’espèce, il n’appartient pas à une cour de justice de déterminer si les terrains de l’intimé étaient ou non « nécessaires », mais bien si le ministre a « estimé » qu’ils l’étaient.

Voir également D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, par. 14:2622 : « “Objective” and “Subjective” Grants of Discretion ».

Comme l’a dit le juge Sopinka dans l’arrêt *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 335, l’expertise que possède un organisme de réglementation est « de la plus haute importance pour ce qui est de déterminer l’intention du législateur quant au degré de retenue dont il faut faire preuve à l’égard de la décision d’un tribunal en l’absence d’une clause privative intégrale ». Il a ajouté :

Même lorsque la loi habilitante du tribunal prévoit expressément l’examen par voie d’appel, comme c’était le cas dans l’affaire *Bell Canada [c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)]*, [1989] 1 R.C.S. 1722, on a souligné qu’il y avait lieu pour le tribunal d’appel de faire preuve de retenue envers les opinions que le tribunal spécialisé de juridiction inférieure avait exprimées sur des questions relevant directement de sa compétence.

(Cette opinion incidente a été citée avec approbation dans l’arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 592.)

A regulatory power to be exercised “in the public interest” necessarily involves accommodation of conflicting economic interests. It has long been recognized that what is “in the public interest” is not really a question of law or fact but is an opinion. In *TransAlta (1986)*, the Alberta Court of Appeal (at para. 24) drew a parallel between the scope of the words “public interest” and the well-known phrase “public convenience and necessity” in its citation of *Memorial Gardens Association (Canada) Ltd. v. Colwood Cemetery Co.*, [1958] S.C.R. 353, where this Court stated, at p. 357:

[T]he question whether public convenience and necessity requires a certain action is not one of fact. It is predominantly the formulation of an opinion. Facts must, of course, be established to justify a decision by the Commission but that decision is one which cannot be made without a substantial exercise of administrative discretion. In delegating this administrative discretion to the Commission the Legislature has delegated to that body the responsibility of deciding, in the public interest [Emphasis added.]

This passage reiterated the *dictum* of Rand J. in *Union Gas Co. of Canada Ltd. v. Sydenham Gas and Petroleum Co.*, [1957] S.C.R. 185, at p. 190:

It was argued, and it seems to have been the view of the Court, that the determination of public convenience and necessity was itself a question of fact, but with that I am unable to agree: it is not an objective existence to be ascertained; the determination is the formulation of an opinion, in this case, the opinion of the Board and of the Board only. [Emphasis added.]

Of course even such a broad power is not untrammelled. But to say that such a power is capable of abuse does not lead to the conclusion that it should be truncated. I agree on this point with Reid J. (co-author of R. F. Reid and H. David, *Administrative Law and Practice* (2nd ed. 1978), and co-editor of P. Anisman and R. F. Reid, *Administrative Law Issues and Practice* (1995)), who wrote in *Re C.T.C. Dealer Holdings Ltd. and Ontario Securities Commission* (1987), 59 O.R. (2d) 79 (Div. Ct.), in relation to the powers of the Ontario Securities Commission, at p. 97:

L'exercice d'un pouvoir de réglementation « dans l'intérêt public » exige nécessairement la conciliation d'intérêts économiques divergents. Il est depuis longtemps établi que la question de savoir ce qui est « dans l'intérêt public » n'est pas véritablement une question de droit ou de fait, mais relève plutôt de l'opinion. Dans *TransAlta (1986)*, la Cour d'appel de l'Alberta a fait (au par. 24) un parallèle entre la portée des mots « intérêt public » et celle de l'expression bien connue « la commodité et les besoins du public » en citant l'arrêt *Memorial Gardens Association (Canada) Ltd. c. Colwood Cemetery Co.*, [1958] R.C.S. 353, où notre Cour avait dit ce qui suit à la p. 357 :

[TRADUCTION] [L]a question de savoir si la commodité et les besoins du public nécessitent l'accomplissement de certains actes n'est pas une question de fait. C'est avant tout l'expression d'une opinion. Il faut évidemment que la décision de la Commission se fonde sur des faits mis en preuve, mais cette décision ne peut être prise sans que la discrétion administrative y joue un rôle important. En conférant à la Commission ce pouvoir discrétionnaire, la Législature a délégué à cet organisme la responsabilité de décider, dans l'intérêt du public [Je souligne.]

Dans cet extrait, notre Cour reprenait l'opinion incidente du juge Rand dans l'arrêt *Union Gas Co. of Canada Ltd. c. Sydenham Gas and Petroleum Co.*, [1957] R.C.S. 185, p. 190 :

[TRADUCTION] On a prétendu, et la Cour a semblé d'accord, que l'appréciation de la commodité et des besoins du public est elle-même une question de fait, mais je ne puis souscrire à cette opinion : il ne s'agit pas de déterminer si objectivement telle situation existe. La décision consiste à exprimer une opinion, en l'espèce, l'opinion du Comité et du Comité seulement. [Je souligne.]

Évidemment, même un pouvoir aussi vaste n'est pas absolu. Mais reconnaître qu'il puisse faire l'objet d'abus n'implique pas qu'il doive être restreint. Je suis d'accord sur ce point avec l'avis exprimé par le juge Reid (coauteur de R. F. Reid et H. David, *Administrative Law and Practice* (2^e éd. 1978), et coéditeur de P. Anisman et R. F. Reid, *Administrative Law Issues and Practice* (1995)), dans la décision *Re C.T.C. Dealer Holdings Ltd. and Ontario Securities Commission* (1987), 59 O.R. (2d) 79 (C. div.), p. 97, au sujet des pouvoirs de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario :

106

107

108

... when the Commission has acted *bona fide*, with an obvious and honest concern for the public interest, and with evidence to support its opinion, the prospect that the breadth of its discretion might someday tempt it to place itself above the law by misusing that discretion is not something that makes the existence of the discretion bad *per se*, and requires the decision to be struck down.

(The *C.T.C. Dealer Holdings* decision was referred to with apparent approval by this Court in *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37, at para. 42.)

109 “Patent unreasonableness” is a highly deferential standard:

A correctness approach means that there is only one proper answer. A patently unreasonable one means that there could have been many appropriate answers, but not the one reached by the decision maker.

(*C.U.P.E.*, at para. 164)

110 Having said all that, in my view nothing much turns on the result on whether the proper standard in that regard is patent unreasonableness (as I view it) or simple reasonableness (as my colleague sees it). As will be seen, the Board’s response is well within the range of established regulatory opinions. Hence, even if the Board’s conditions were subject to the less deferential standard, I would find no cause for the Court to interfere.

D. *Did the Board Have Jurisdiction to Impose the Conditions It Did on the Approval Order “In the Public Interest”?*

111 ATCO says the Board had no jurisdiction to impose conditions that are “confiscatory”. Framing the question in this way, however, assumes the point in issue. The correct point of departure is not to assume that ATCO is entitled to the net gain and then ask if the Board can confiscate it. ATCO’s investment of \$83,000 was added in increments to its regulatory cost base as the land was acquired from

[TRADUCTION] ... lorsque la Commission a agi de bonne foi en se souciant clairement et véritablement de l’intérêt public et en fondant son opinion sur des éléments de preuve, le risque que l’étendue de son pouvoir discrétionnaire puisse un jour l’inciter à l’exercer abusivement et à se placer ainsi au-dessus de la loi ne fait pas de l’existence de ce pouvoir une mauvaise chose en soi et n’exige pas l’annulation de la décision de la Commission.

(Notre Cour a fait mention, apparemment avec approbation, de la décision *C.T.C. Dealer Holdings* dans l’arrêt *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37, par. 42.)

La norme du « manifestement déraisonnable » appelle un degré élevé de déférence judiciaire :

La méthode de la décision correcte signifie qu’il n’y a qu’une seule réponse appropriée. La méthode du caractère manifestement déraisonnable signifie que de nombreuses réponses appropriées étaient possibles, sauf celle donnée par le décideur.

(*S.C.F.P.*, par. 164)

Cela dit, il importe peu à mon sens que la norme applicable soit celle du manifestement déraisonnable (comme je le pense) ou celle du raisonnable *simpliciter* (comme le croit mon collègue). Nous le verrons, la décision de la Commission se situe dans les limites des opinions exprimées par les organismes de réglementation. Même si une norme moins déférente s’appliquait aux conditions imposées par la Commission, je ne verrais aucune raison d’intervenir.

D. *La Commission avait-elle le pouvoir d’assortir son autorisation des conditions en cause « dans l’intérêt public »?*

ATCO prétend que la Commission n’avait pas le pouvoir d’imposer des conditions ayant un effet « confiscatoire ». Or, en s’exprimant ainsi, elle présume de la question en litige. La bonne démarche n’est pas de supposer qu’ATCO avait droit au profit net tiré de la vente, puis de se demander si la Commission pouvait le confisquer. L’investissement de 83 000 \$ d’ATCO a graduellement été pris en

time to time between 1922 and 1965. It is in the nature of a regulated industry that the question of what is a just and equitable return is determined by a board and not by the vagaries of the speculative property market.

I do not think the legal debate is assisted by talk of “confiscation”. ATCO is prohibited by statute from disposing of the asset without Board approval, and the Board has statutory authority to impose conditions on its approval. The issue thus necessarily turns not on the *existence* of the jurisdiction but on the *exercise* of the Board’s jurisdiction to impose the conditions that it did, and in particular to impose a shared allocation of the net gain.

E. *Did the Board Improperly Exercise the Jurisdiction It Possessed to Impose Conditions the Board Considered “Necessary in the Public Interest”?*

There is no doubt that there are many approaches to “the public interest”. Which approach the Board adopts is largely (and inherently) a matter of opinion and discretion. While the statutory framework of utilities regulation varies from jurisdiction to jurisdiction, and practice in the United States must be read in light of the constitutional protection of property rights in that country, nevertheless Alberta’s grant of authority to its Board is more generous than most. ATCO concedes that its “property” claim would have to give way to a contrary legislative intent, but ATCO says such intent cannot be found in the statutes.

Most if not all regulators face the problem of how to allocate gains on property whose original cost is included in the rate base but is no longer required to provide the service. There is a wealth of regulatory experience in many jurisdictions that the Board is entitled to (and does) have regard to in formulating its policies. Striking the correct balance in the allocation of gains between ratepayers

compte dans sa base tarifaire réglementaire puisque l’acquisition du terrain s’est échelonnée de 1922 à 1965. Dans un secteur réglementé, le rendement juste et équitable est déterminé par l’organisme de réglementation compétent et non par le marché spéculatif et aléatoire de l’immobilier.

Je ne crois pas que l’allégation d’effet « confiscatoire » apporte quoi que ce soit au débat juridique. La loi interdit à ATCO de se départir de ses biens sans l’autorisation de la Commission et investit cette dernière du pouvoir d’assortir son autorisation de conditions. Ce n’est donc pas l’*existence* de la compétence qui est en litige, mais plutôt la manière dont la Commission l’a *exercée* en imposant des conditions et, plus particulièrement, en répartissant le profit net tiré de la vente.

E. *La Commission a-t-elle exercé sa compétence irrégulièrement en imposant les conditions qu’elle jugeait « nécessaires dans l’intérêt public »?*

Il y a évidemment de nombreuses façons de concevoir « l’intérêt public ». Celle de la Commission tient essentiellement (et de manière inhérente) à son opinion et à son pouvoir discrétionnaire. Même si le cadre législatif de la réglementation des services publics varie d’un ressort à l’autre et qu’aux États-Unis, la pratique doit être interprétée à la lumière de la protection constitutionnelle du droit de propriété, la Commission s’est vu conférer par le législateur albertain un pouvoir plus étendu que celui accordé à la plupart des organismes apparentés. ATCO reconnaît que sa prétention fondée sur le « droit de propriété » ne saurait tenir face à l’intention contraire du législateur, mais elle affirme qu’une telle intention ne ressort pas des lois.

La plupart des organismes de réglementation, sinon tous, sont appelés à décider de l’attribution du profit tiré d’un bien dont le coût historique est inclus dans la base tarifaire, mais qui n’est plus nécessaire pour fournir le service. Lorsqu’elle formule ses politiques, la Commission peut tenir compte (et elle tient compte) d’une foule de précédents provenant de nombreux ressorts. Trouver le bon

112

113

114

and investors is a common preoccupation of comparable boards and agencies:

First, it prevents the utility from degrading the quality, or reducing the quantity, of the regulated service so as to harm consumers. Second, it ensures that the utility maximizes the aggregate economic benefits of its operations, and not merely the benefits flowing to some interest group or stakeholder. Third, it specifically seeks to prevent favoritism toward investors to the detriment of ratepayers affected by the transaction.

(P. W. MacAvoy and J. G. Sidak, "The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets" (2001), 22 *Energy L.J.* 233, at p. 234)

115

The concern with which Canadian regulators view utilities under their jurisdiction that are speculating in land is not new. In *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 341-I, June 30, 1976, the Ontario Energy Board considered how to deal with a real estate profit on land which was disposed of at an after-tax profit of over \$2 million. The Board stated:

The Station "B" property was not purchased by Consumers' for land speculation but was acquired for utility purposes. This investment, while non-depreciable, was subject to interest charges and risk paid for through revenues and, until the gas manufacturing plant became obsolete, disposal of the land was not a feasible option. If, in such circumstances, the Board were to permit real estate profit to accrue to the shareholders only, it would tend to encourage real estate speculation with utility capital. In the Board's opinion, the shareholders and the ratepayers should share the benefits of such capital gains. [Emphasis added; para. 326.]

116

Some U.S. regulators also consider it good regulatory policy to allocate part or all of the profit to offset costs in the rate base. In *Re Boston Gas Co.*, 49 P.U.R. 4th 1 (Mass. D.P.U. 1982), the regulator allocated a gain on the sale of land to ratepayers, stating:

compromis dans la répartition du profit entre les clients et les investisseurs est une préoccupation commune aux organismes apparentés à la Commission :

[TRADUCTION] D'abord, cela permet d'éviter que l'entreprise de services publics ne diminue qualitativement ou quantitativement le service réglementé et ne cause de la sorte un préjudice aux clients. Deuxièmement, elle garantit que l'entreprise maximisera l'ensemble des avantages financiers tirés de ses activités, et non seulement ceux destinés à certains groupes d'intérêt ou à d'autres intéressés. Troisièmement, elle vise précisément à ce que les investisseurs ne soient pas favorisés au détriment des clients touchés par l'opération.

(P. W. MacAvoy et J. G. Sidak, « The Efficient Allocation of Proceeds from a Utility's Sale of Assets » (2001), 22 *Energy L.J.* 233, p. 234)

Ce n'est pas d'hier que les organismes de réglementation canadiens examinent de près les opérations de spéculation foncière auxquelles se livrent les services publics qui leur sont assujettis. Dans la décision *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 341-I, 30 juin 1976, la Commission de l'énergie de l'Ontario s'est demandé comment devait être considéré le profit de 2 millions de dollars, après impôt, tiré de la vente d'un terrain par une entreprise de services publics. Elle a dit :

[TRADUCTION] Consumers' n'a pas acquis le bien-fonds (Station B) à des fins de spéculation, mais bien pour les besoins d'un service public. Même si cet investissement n'était pas amortissable, des intérêts et un risque lié à leur taux devaient être absorbés par les revenus et, jusqu'à ce que l'usine de production de gaz ne devienne obsolète, l'aliénation du bien-fonds n'était pas possible. Par conséquent, si la commission permettait que seuls les actionnaires bénéficient du profit tiré de la vente d'un terrain, elle encouragerait la spéculation sur les biens des services publics. À son avis, ces gains en capital doivent être partagés entre les actionnaires et les clients. [Je souligne; par. 326.]

Certains organismes de réglementation américains jugent également opportun de déduire le profit, en tout ou en partie, de coûts pris en compte dans la base tarifaire. Dans *Re Boston Gas Co.*, 49 P.U.R. 4th 1 (Mass. D.P.U. 1982), l'organisme de réglementation a attribué aux clients le profit tiré de la vente d'un terrain :

The company and its shareholders have received a return on the use of these parcels while they have been included in rate base, and are not entitled to any additional return as a result of their sale. To hold otherwise would be to find that a regulated utility company may speculate in nondepreciable utility property and, despite earning a reasonable rate of return from its customers on that property, may also accumulate a windfall through its sale. We find this to be an uncharacteristic risk/reward situation for a regulated utility to be in with respect to its plant in service. [Emphasis added; p. 26.]

Canadian regulators other than the Board are also concerned with the prospect that decisions of utilities in their regulated business may be skewed under the undue influence of prospective profits on land sales. In *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 465, March 1, 1991, the Ontario Energy Board determined that a \$1.9 million gain on sale of land should be divided equally between shareholders and ratepayers. It held that

the allocation of 100 percent of the profit from land sales to either the shareholders or the ratepayers might diminish the recognition of the valid concerns of the excluded party. For example, the timing and intensity of land purchase and sales negotiations could be skewed to favour or disregard the ultimate beneficiary. [para. 3.3.8]

The Board's principle of dividing the gain between investors and ratepayers is consistent, as well, with *Re Natural Resource Gas Ltd.*, RP-2002-0147, EB-2002-0446, June 27, 2003, in which the Ontario Energy Board addressed the allocation of a profit on the sale of land and buildings and again stated:

The Board finds that it is reasonable in the circumstances that the capital gains be shared equally between the Company and its customers. In making this finding the Board has considered the non-recurring nature of this transaction. [para. 45]

The wide variety of regulatory treatment of such gains was noted by Kerans J.A. in *TransAlta (1986)*, at pp. 175-76, including *Re Boston Gas Co.*

[TRADUCTION] La société et ses actionnaires ont touché un rendement sur l'utilisation de ces parcelles de terrain le temps que leur coût a été inclus dans la base tarifaire, et ils n'ont droit à aucun rendement supplémentaire découlant de leur vente. Conclure le contraire équivaudrait à dire qu'une entreprise de services publics peut tirer avantage d'un bien non amortissable et que même si elle a obtenu de ses clients un rendement raisonnable à l'égard de ce bien, elle peut toucher en sus un profit inattendu en le vendant. Nous estimons que, dans le cas d'une installation en service, il s'agirait d'une situation risques/avantages inhabituelle pour une entreprise réglementée. [Je souligne; p. 26.]

Au Canada, d'autres organismes de réglementation que la Commission craignent que la perspective de vendre des terrains à profit n'infléchisse les décisions des entreprises de services publics en ce qui concerne leurs activités réglementées. Dans la décision *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 465, 1^{er} mars 1991, la Commission de l'énergie de l'Ontario a statué que le profit de 1,9 million de dollars réalisé lors de la vente d'un terrain devait être réparti également entre les actionnaires et les clients :

[TRADUCTION] . . . attribuer 100 p. 100 du profit tiré de la vente d'un terrain soit aux actionnaires de l'entreprise, soit à ses clients, pourrait diminuer l'attention accordée aux préoccupations légitimes de la partie exclue. Par exemple, le moment de l'acquisition d'un terrain et l'intensité des négociations la précédant pourraient être déterminés de façon à favoriser le bénéficiaire ultime de l'opération, ou à en faire fi. [par. 3.3.8]

Le principe appliqué par la Commission, soit le partage du profit entre les investisseurs et les clients, est également conforme à la décision *Re Natural Resource Gas Ltd.*, RP-2002-0147, EB-2002-0446, 27 juin 2003, dans laquelle la Commission de l'énergie de l'Ontario, après s'être penchée sur la question du profit tiré de la vente d'un terrain et de bâtiments, a de nouveau conclu :

[TRADUCTION] La Commission juge raisonnable, dans les circonstances, de répartir les gains en capital à parts égales entre l'entreprise et ses clients. Pour arriver à cette conclusion, elle a tenu compte du caractère non récurrent de l'opération. [par. 45]

Dans *TransAlta (1986)*, p. 175-176, le juge Kerans a signalé que le sort réservé à de tels gains variait considérablement d'un organisme de

117

118

119

mentioned earlier. In *TransAlta (1986)*, the Board characterized TransAlta's gain on the disposal of land and buildings included in its Edmonton "franchise" as "revenue" within the meaning of the *Hydro and Electric Energy Act*, R.S.A. 1980, c. H-13. (The case therefore did not deal with the power to impose conditions "the Board considers necessary in the public interest".) Kerans J.A. said (at p. 176):

I do not agree with the Board's decision for reasons later expressed, but it would be fatuous to deny that its interpretation [of the word "revenue"] is one which the word can reasonably bear.

Kerans J.A. went on to find that in that case "[t]he compensation was, for all practical purposes, compensation for loss of franchise" (p. 180) and on that basis the gain in these "unique circumstances" (p. 179) could not, as a matter of law, be characterized as revenue, i.e. applying a correctness standard. The range of regulatory practice on the "gains on sale" issue was similarly noted by Goldie J.A. in *Yukon Energy Corp. v. Utilities Board* (1996), 74 B.C.A.C. 58 (Y.C.A.), at para. 85.

120

A survey of recent regulatory experience in the United States reveals the wide variety of treatment in that country of gains on the sale of undepreciated land. The range includes proponents of ATCO's preferred allocation as well as proponents of the solution adopted by the Board in this case:

Some jurisdictions have concluded that as a matter of equity, shareholders alone should benefit from any gain realized on appreciated real estate, because ratepayers generally pay only for taxes on the land and do not contribute to the cost of acquiring the property and pay no depreciation expenses. Under this analysis, ratepayers assume no risk for losses and acquire no legal or equitable interest in the property, but rather pay only for the use of the land in utility service.

Other jurisdictions claim that ratepayers should retain some of the benefits associated with the sale of property dedicated to utility service. Those jurisdictions that have adopted an equitable sharing approach agree that a review of regulatory and judicial decisions

réglementation à l'autre, mentionnant à titre d'exemple la décision *Re Boston Gas Co.*, précitée. Dans cette affaire, la Commission avait assimilé à un « revenu » au sens de la *Hydro and Electric Energy Act*, R.S.A. 1980, ch. H-13, le profit réalisé par TransAlta lors de la vente d'un terrain et de bâtiments appartenant à sa « concession » d'Edmonton. (La décision ne portait donc pas sur le pouvoir de la Commission d'imposer les conditions qu'« elle juge nécessaires dans l'intérêt public ».) Le juge Kerans a précisé (p. 176) :

[TRADUCTION] Pour les motifs exposés ci-après, je ne suis pas d'accord avec la décision de la Commission, mais il serait absurde de ne pas reconnaître que [le mot « revenu »] puisse raisonnablement avoir le sens qu'elle lui prête.

Il a ajouté que [TRADUCTION] « l'indemnisation visait, à toutes fins utiles, à compenser la perte d'une concession » (p. 180), de sorte que, dans « ces circonstances exceptionnelles » (p. 179), le gain ne pouvait en droit être qualifié de revenu suivant la norme de la décision correcte. Dans l'arrêt *Yukon Energy Corp. c. Utilities Board* (1996), 74 B.C.A.C. 58 (C.A.Y.), par. 85, le juge Goldie a lui aussi relevé la diversité de la pratique réglementaire à l'égard du « gain tiré d'une vente ».

Les décisions récentes d'organismes de réglementation des États-Unis révèlent que le sort réservé au gain réalisé lors de la vente d'un terrain non amorti y est aussi très variable et comprend tant la solution préconisée par ATCO que celle retenue par la Commission :

[TRADUCTION] Certains ressorts ont conclu que, sur le plan de l'équité, seuls les actionnaires doivent bénéficier du gain tiré d'un terrain qui s'est apprécié, car en général, les clients des entreprises de services publics paient les taxes foncières et non le coût d'acquisition et les charges d'amortissement. Suivant ce raisonnement, les clients n'assument aucun risque de perte et n'acquiescent aucun droit sur le bien, y compris en equity.

D'autres estiment que les clients ont droit à une partie des profits résultant de la vente d'un terrain affecté à un service public. Les ressorts qui ont opté pour une répartition équitable conviennent que l'examen des décisions des organismes de réglementation et des cours de

on the issue does not reveal any general principle that requires the allocation of benefits solely to shareholders; rather, the cases show only a general prohibition against sharing benefits on the sale property that has never been reflected in utility rates.

(P. S. Cross, "Rate Treatment of Gain on Sale of Land: Ratepayer Indifference, A New Standard?" (1990), 126 *Pub. Util. Fort.* 44, at p. 44)

Regulatory opinion in the United States favourable to the solution adopted here by the Board is illustrated by *Re Arizona Public Service Co.*, 91 P.U.R. 4th 337 (Ariz. C.C. 1988), at p. 361:

To the extent any general principles can be gleaned from the decisions in other jurisdictions they are: (1) the utility's stockholders are not *automatically* entitled to the gains from all sales of utility property; and (2) ratepayers are not entitled to all or any part of a gain from the sale of property which has never been reflected in the utility's rates. [Emphasis in original.]

Assets purchased with capital reflected in the rate base come and go, but the utility itself endures. What was done by the Board in this case is quite consistent with the "enduring enterprise" theory espoused, for example, in *Re Southern California Water Co.*, 43 C.P.U.C. 2d 596 (1992). In that case, Southern California Water had asked for approval to sell an old headquarters building and the issue was how to allocate its profits on the sale. The Commission held:

Working from the principle of the "enduring enterprise", the gain-on-sale from this transaction should remain within the utility's operations rather than being distributed in the short run directly to either ratepayers or shareholders.

The "enduring enterprise" principle, is neither novel nor radical. It was clearly articulated by the Commission in its seminal 1989 policy decision on the issue of gain-on-sale, D.89-07-016, 32 Cal. P.U.C.2d 233 (*Redding*). Simply stated, to the extent that a utility realizes a gain-on-sale from the liquidation of an asset and replaces it with another asset or obligation while at

justice sur la question ne permet pas de dégager l'exigence générale que le profit soit attribué aux seuls actionnaires, mais seulement une interdiction générale de le répartir lorsque le coût du terrain n'a jamais été inclus dans la base tarifaire.

(P. S. Cross, « Rate Treatment of Gain on Sale of Land : Ratepayer Indifference, A New Standard? » (1990), 126 *Pub. Util. Fort.* 44, p. 44)

La décision *Re Arizona Public Service Co.*, 91 P.U.R. 4th 337 (Ariz. C.C. 1988), illustre le point de vue américain favorable à la solution retenue par la Commission dans la présente affaire (p. 361) :

[TRADUCTION] Les principes généraux qui peuvent être dégagés des décisions rendues dans d'autres ressorts, s'il en est, sont les suivants : (1) les actionnaires d'une entreprise de services publics n'ont pas *automatiquement* droit au gain réalisé lors de toute vente d'un bien affecté au service public; (2) les clients n'ont pas droit à la totalité ou à une partie du profit tiré lors de la vente d'un bien qui n'a jamais été pris en compte pour l'établissement des tarifs. [En italique dans l'original.]

La composition de l'actif dont le coût est pris en compte dans la base tarifaire varie au gré des acquisitions et des aliénations, mais l'entreprise, elle, demeure. La démarche de la Commission en l'espèce est tout à fait compatible avec le principe de la « pérennité de l'entreprise » appliqué notamment dans *Re Southern California Water Co.*, 43 C.P.U.C. 2d 596 (1992). Dans cette affaire, Southern California Water avait sollicité l'autorisation de vendre un vieil établissement, et la commission devait décider de l'attribution du profit tiré de l'opération. La commission a conclu :

[TRADUCTION] Partant du principe de la « pérennité de l'entreprise », le profit tiré de l'opération doit être affecté à l'exploitation du service public, et non attribué à court terme aux actionnaires ou aux clients directement.

Ce principe n'est ni nouveau ni absolu. Il a clairement été énoncé dans la décision de principe que la commission a rendue en 1989 concernant le gain réalisé lors d'une vente (D.89-07-016, 32 Cal. P.U.C.2d 233 (*Redding*)). En termes simples, lorsqu'une entreprise de services publics réalise un profit en vendant un bien qu'elle remplace par un autre ou par un titre de créance,

the same time its responsibility to serve its customers is neither relieved nor reduced, then any gain-on-sale should remain within the utility's operation. [p. 604]

122

In my view, neither the Alberta statutes nor regulatory practice in Alberta and elsewhere dictates the answer to the problems confronting the Board. It would have been open to the Board to allow ATCO's application for the entire profit. But the solution it adopted was quite within its statutory authority and does not call for judicial intervention.

F. *ATCO's Arguments*

123

Most of ATCO's principal submissions have already been touched on but I will repeat them here for convenience. ATCO does not really dispute the Board's ability to impose conditions on the sale of land. Rather, ATCO says that what the Board did here violates a number of basic legal protections and principles. It asks the Court to clip the Board's wings.

124

Firstly, ATCO says that customers do not acquire any proprietary right in the company's assets. ATCO, rather than its customers, originally purchased the property, held title to it, and therefore was entitled to any gain on its sale. An allocation of profit to the customers would amount to a confiscation of the corporation's property.

125

Secondly, ATCO says its retention of 100 percent of the gain has nothing to do with the so-called "regulatory compact". The gas customers paid what the Board regarded over the years as a fair price for safe and reliable service. That is what the ratepayers got and that is all they were entitled to. The Board's allocation of part of the profit to the ratepayers amounts to impermissible "retroactive" rate setting.

126

Thirdly, utilities are not entitled to include in the rate base an amount for *depreciation* on land and ratepayers have therefore not repaid ATCO any part of ATCO's original cost, let alone the present value. The treatment accorded gain on sales of depreciated property therefore does not apply.

sans que son obligation de servir la clientèle ne soit supprimée ou réduite, le profit doit être affecté à l'exploitation de l'entreprise. [p. 604]

À mon avis, ni les lois de l'Alberta ni la pratique réglementaire dans cette province et dans d'autres ressorts ne commandaient une décision en particulier. La Commission aurait pu accueillir la demande d'ATCO et lui attribuer la totalité du profit. Mais la solution qu'elle a retenue n'outrepassait aucunement sa compétence légale et ne justifie pas une intervention judiciaire.

F. *L'argumentation d'ATCO*

Les principaux arguments d'ATCO ont pour la plupart été abordés, mais, par souci de clarté, je les rappellerai. ATCO ne conteste pas vraiment le pouvoir de la Commission d'assortir de conditions la vente d'un terrain. Elle soutient plutôt que la Commission a violé en l'espèce un certain nombre de garanties et nous demande de restreindre sa marge de manœuvre.

Premièrement, ATCO prétend que les clients n'acquiescent aucun droit de propriété sur les biens de l'entreprise. C'est elle, et non ses clients, qui a initialement acheté le bien en question et qui en est devenue propriétaire, ce qui lui donnait droit à tout profit tiré de sa vente. Selon elle, attribuer le profit aux clients équivaut à confisquer l'actif de l'entreprise.

Deuxièmement, ATCO prétend que son droit à la totalité du profit n'a rien à voir avec le « pacte réglementaire ». Ses clients ont payé un prix que, d'une année à l'autre, la Commission a jugé raisonnable en contrepartie d'un service sûr et fiable. C'est ce qu'ils ont obtenu et c'est tout ce à quoi ils avaient droit. En leur attribuant une partie du profit, la Commission s'est indûment livrée à une tarification « rétroactive ».

Troisièmement, une entreprise de services publics ne peut *amortir* un terrain dans sa base tarifaire, de sorte que les clients n'ont pas défrayé ATCO de quelque partie du coût historique du terrain en question, encore moins en fonction de sa valeur actuelle. Le traitement réservé au profit tiré de la vente d'un bien amorti ne s'applique donc pas.

Fourthly, ATCO complains that the Board's solution is asymmetrical. Ratepayers are given part of the benefit of an increase in land values without, in a falling market, bearing any part of the burden of losses on the disposition of land.

In my view, these are all arguments that should be (and were) properly directed to the Board. There are indeed precedents in the regulatory field for what ATCO proposes, just as there are precedents for what the ratepayers proposed. It was for the Board to decide what conditions in these particular circumstances were necessary in the public interest. The Board's solution in this case is well within the range of reasonable options, as I will endeavour to demonstrate.

1. The Confiscation Issue

In its factum, ATCO says that "[t]he property belonged to the owner of the utility and the Board's proposed distribution cannot be characterized otherwise than as being confiscatory" (respondent's factum, at para. 6). ATCO's argument overlooks the obvious difference between investment in an unregulated business and investment in a regulated utility where the regulator sets the return on investment, not the marketplace. In *Re Southern California Gas Co.*, 118 P.U.R. 4th 81 (C.P.U.C. 1990) ("*SoCalGas*"), the regulator pointed out:

In the non-utility private sector, investors are not guaranteed to earn a fair return on such sunk investment. Although shareholders and bondholders provide the initial capital investment, the ratepayers pay the taxes, maintenance, and other costs of carrying utility property in rate base over the years, and thus insulate utility investors from the risk of having to pay those costs. Ratepayers also pay the utility a fair return on property (including land) while it is in rate base, compensate the utility for the diminishment of the value of its depreciable property over time through depreciation

Quatrièmement, ATCO reproche à la solution de la Commission de créer une disparité. Les clients se voient attribuer une partie du profit résultant de l'appréciation d'un terrain sans pour autant être tenus, advenant une contraction du marché, d'assumer une partie des pertes subies lors de son aliénation.

À mon avis, ce sont toutes des prétentions qui devaient être dûment formulées devant la Commission (et qui l'ont été). Certaines décisions d'organismes de réglementation étayaient la thèse d'ATCO, d'autres appuient celle de ses clients. Il appartenait à la Commission de décider, au vu des circonstances, quelles conditions étaient nécessaires dans l'intérêt public. Comme je vais m'efforcer de le démontrer, la solution adoptée par la Commission en l'espèce s'inscrivait parmi celles pour lesquelles elle pouvait raisonnablement opter.

1. La question de l'effet confiscatoire

Dans son mémoire, ATCO affirme que [TRADUCTION] « [l]es biens appartenaient au propriétaire du service public et que la répartition projetée par la Commission ne peut avoir qu'un effet confiscatoire » (mémoire de l'intimée, par. 6). Cet argument ne tient pas compte de la différence manifeste entre un investissement dans une entreprise non réglementée et un investissement dans un service public réglementé, le taux de rendement étant, dans ce dernier cas, fixé par un organisme de réglementation, et non par le marché. Dans la décision *Re Southern California Gas Co.*, 118 P.U.R. 4th 81 (C.P.U.C. 1990) (« *SoCalGas* »), l'organisme de réglementation a fait remarquer :

[TRADUCTION] Dans le secteur privé, qui exclut donc les services publics, l'investisseur n'est pas assuré d'un rendement raisonnable sur un tel investissement irrécupérable. Bien que les actionnaires et les détenteurs d'obligations fournissent le capital initial, les clients paient au fil des ans, par le truchement de la base tarifaire, les taxes, les frais d'entretien et les autres coûts liés à la possession du bien, de sorte que la personne qui investit dans un service public ne risque pas d'avoir à supporter ces coûts. Les clients paient également un rendement raisonnable pendant que le bien (terrain

127

128

129

accounting, and bear the risk that they must pay depreciation and a return on prematurely retired rate base property. [p. 103]

(It is understood, of course, that the Board does not appropriate the actual proceeds of sale. What happens is that an amount *equivalent* to two-thirds of the profit is included in the calculation of ATCO's current cost base for rate-making purposes. In that way, there is a notional distribution of the benefit of the gain amongst the competing stakeholders.)

130

ATCO's argument is frequently asserted in the United States under the flag of constitutional protection for "property". Constitutional protection has not however prevented allocation of all or part of such gains to the U.S. ratepayers. One of the leading U.S. authorities is *Democratic Central Committee of the District of Columbia v. Washington Metropolitan Area Transit Commission*, 485 F.2d 786 (D.C. Cir. 1973). In that case, the assets at issue were parcels of real estate which had been employed in mass transit operations but which were no longer needed when the transit system converted to buses. The regulator awarded the profit on the appreciated land values to the shareholders but the Court of Appeals reversed the decision, using language directly applicable to ATCO's "confiscation" argument:

We perceive no impediment, constitutional or otherwise, to recognition of a ratemaking principle enabling ratepayers to benefit from appreciations in value of utility properties accruing while in service. We believe the doctrinal consideration upon which pronouncements to the contrary have primarily rested has lost all present-day vitality. Underlying these pronouncements is a basic legal and economic thesis — sometimes articulated, sometimes implicit — that utility assets, though dedicated to the public service, remain exclusively the property of the utility's investors, and that growth in value is an inseparable and inviolate incident of that property interest. The precept of private ownership historically pervading our jurisprudence led naturally to such a thesis, and early decisions in the ratemaking field lent some support to it; if still viable, it strengthens the investor's claim. We think, however, after careful

compris) est inclus dans la base tarifaire, ils indemnisent l'entreprise de la dépréciation d'un bien amortissable selon la méthode de la prise en charge par amortissement et ils courent le risque de payer l'amortissement et un rendement pour un bien inclus dans la base tarifaire qui est mis hors service prématurément. [p. 103]

(La Commission ne fait évidemment pas main basse sur le produit de la vente. Pour les besoins de la tarification, un montant *équivalent* aux deux tiers du profit est en fait pris en compte pour établir la base tarifaire actuelle d'ATCO. Le profit est donc réparti de manière abstraite entre les intéressés concurrents.)

L'argument d'ATCO est fréquemment invoqué aux États-Unis sur le fondement de la protection constitutionnelle du « droit de propriété », laquelle n'a toutefois pas empêché que tout ou partie du profit en cause soit attribué aux clients de services publics américains. L'un des arrêts de principe aux États-Unis est *Democratic Central Committee of the District of Columbia c. Washington Metropolitan Area Transit Commission*, 485 F.2d 786 (D.C. Cir. 1973). Dans cette affaire, des parcelles de terrain affectées au transport en commun étaient devenues superflues lorsque l'entreprise avait remplacé ses trolleybus par des autobus. L'organisme de réglementation a attribué aux actionnaires le profit tiré de la vente des terrains dont la valeur s'était appréciée, mais la cour d'appel a infirmé la décision en tenant un raisonnement directement applicable à l'effet « confiscatoire » allégué par ATCO :

[TRADUCTION] Nous ne voyons aucun obstacle, constitutionnel ou autre, à la reconnaissance d'un principe de tarification permettant aux clients de bénéficier de l'appréciation d'un bien survenue pendant son affectation au service public. Nous croyons que la doctrine fondant essentiellement les décisions contraires n'est plus pertinente. Un principe juridique et économique fondamental — parfois formulé en termes exprès, parfois implicite —, sous-tend ces décisions, savoir qu'un bien affecté à un service public demeure la propriété des seuls investisseurs de l'entreprise et que son appréciation est un élément indissociable et inviolable de ce droit de propriété. La notion de propriété privée qui imprègne notre jurisprudence a naturellement mené à l'application de ce principe, lequel a obtenu un certain appui dans les premières décisions en matière de tarification. S'il est encore valable, ce principe étaye la

exploration, that the foundations for that approach, and the conclusion it seemed to indicate, have long since eroded away. [p. 800]

The court's reference to "pronouncements" which have "lost all present-day vitality" likely includes *Board of Public Utility Commissioners v. New York Telephone Co.*, 271 U.S. 23 (1976), a decision relied upon in this case by ATCO. In that case, the Supreme Court of the United States said:

Customers pay for service, not for the property used to render it. Their payments are not contributions to depreciation or other operating expenses or to capital of the company. By paying bills for service they do not acquire any interest, legal or equitable, in the property used for their convenience or in the funds of the company. Property paid for out of moneys received for service belongs to the company just as does that purchased out of proceeds of its bonds and stock. [p. 32]

In that case, the regulator belatedly concluded that the level of depreciation allowed the New York Telephone Company had been excessive in past years and sought to remedy the situation in the current year by retroactively adjusting the cost base. The court held that the regulator had no power to re-open past rates. The financial fruits of the regulator's errors in past years now belonged to the company. That is not this case. No one contends that the Board's prior rates, based on ATCO's original investment, were wrong. In 2001, when the matter came before the Board, the Board had jurisdiction to approve or not approve the proposed sale. It was not a done deal. The receipt of any profit by ATCO was prospective only. As explained in *Re Arizona Public Service Co.*:

In *New York Telephone*, the issue presented was whether a state regulatory commission could use excessive depreciation accruals from prior years to reduce rates for future service and thereby set rates which did not yield a just return. . . . [T]he Court simply reiterated and provided the reasons for a ratemaking truism: rates must be designed to produce enough revenue to pay

prétention de l'investisseur. Après mûre réflexion, nous pensons que ses fondements se sont depuis longtemps effrités et que la conclusion qu'il semblait dicter ne vaut plus. [p. 800]

Ces « décisions » qui ne sont « plus pertinente[s] » englobent sans doute *Board of Public Utility Commissioners c. New York Telephone Co.*, 271 U.S. 23 (1976), une décision invoquée par ATCO en l'espèce et dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a dit :

[TRADUCTION] Les clients paient un service, et non le bien servant à sa prestation. Leurs paiements ne sont pas affectés à l'amortissement ou aux autres frais d'exploitation, non plus qu'au capital de l'entreprise. En acquittant leurs factures, les clients n'acquièrent aucun droit, suivant la loi ou l'équité, sur les biens utilisés pour fournir le service ou sur les fonds de l'entreprise. Les biens acquis avec les sommes reçues en contrepartie des services appartiennent à l'entreprise, tout comme ceux achetés avec les fonds obtenus par l'émission d'actions et d'obligations. [p. 32]

Dans cette affaire, ayant conclu tardivement que l'amortissement autorisé pour New York Telephone Company les années précédentes était trop élevé, l'organisme de réglementation avait tenté de corriger la situation pendant l'exercice en cours en rajustant rétroactivement la base tarifaire. La cour a statué que l'organisme n'avait pas le pouvoir de réviser une tarification antérieure. Les avantages financiers découlant des erreurs commises par l'organisme étaient désormais acquis à l'entreprise. Le contexte n'est pas le même en l'espèce. Nul ne prétend que la tarification antérieure établie par la Commission en fonction du coût historique était erronée. En 2001, lorsqu'elle a été saisie de l'affaire, la Commission avait le pouvoir d'autoriser ou non la vente projetée. L'opération n'avait pas encore été conclue. La réalisation d'un profit par ATCO n'était qu'une possibilité. Comme on l'a expliqué dans *Re Arizona Public Service Co.* :

[TRADUCTION] Dans *New York Telephone*, le tribunal devait déterminer si l'organisme de réglementation de l'État en question pouvait affecter à la réduction des tarifs l'excédent accumulé aux fins d'amortissement les années précédentes et ainsi fixer des tarifs qui ne produisaient pas un rendement raisonnable. [. . .] [L]a Cour a simplement repris un truisme en l'expliquant : les

current (reasonable) operating expenses and provide a fair return to the utility's investors. If it turns out that, for whatever reason, existing rates have produced too much or too little income, the past is past. Rates are raised or lowered to reflect current conditions; they are not designed to pay back past excessive profits or recoup past operating losses. In contrast, the issue in this proceeding is whether for ratemaking purposes a utility's test year income from sales of utility service can include its income from sales of utility property. The United States Supreme Court's decision in *New York Telephone* does not address that issue. [Emphasis added; p. 361.]

tarifs doivent être établis de façon que les revenus permettent d'acquitter les charges (raisonnables) d'exploitation courantes et que les investisseurs de l'entreprise obtiennent un rendement raisonnable. Lorsque, pour une raison ou une autre, les tarifs fixés produisent trop de revenus ou pas assez, on ne peut revenir en arrière. On augmente les tarifs ou on les réduit pour tenir compte de la situation actuelle; leur fixation ne vise pas la restitution de profits excessifs antérieurs ou la compensation de pertes d'exploitation antérieures. En l'espèce, il s'agit plutôt de déterminer si, pour l'établissement des tarifs, le revenu provenant de la fourniture d'un service public pendant une année de référence peut comprendre le produit de la vente de biens de l'entreprise de services publics. La décision *New York Telephone* de la Cour suprême des États-Unis ne porte pas sur cette question. [Je souligne; p. 361.]

131 More recently, the allocation of gain on sale was addressed by the California Public Utilities Commission in *SoCalGas*. In that case, as here, the utility (SoCalGas) wished to sell land and buildings located (in that case) in downtown Los Angeles. The Commission apportioned the gain on sale between the shareholders and the ratepayers, concluding that:

Plus récemment, dans la décision *SoCalGas*, la commission californienne de surveillance des services publics s'est penchée sur la question de l'attribution du profit tiré d'une aliénation. Comme dans la présente affaire, l'entreprise de services publics (SoCalGas) souhaitait vendre un terrain et des bâtiments situés (dans ce cas) au centre-ville de Los Angeles. La commission a réparti le profit entre les actionnaires et les clients de l'entreprise et a conclu :

We believe that the issue of who owns the utility property providing utility service has become a red herring in this case, and that ownership alone does not determine who is entitled to the gain on the sale of the property providing utility service when it is removed from rate base and sold. [p. 100]

[TRADUCTION] Nous croyons que la question de savoir à qui appartient le bien affecté au service public est devenue un faux problème en l'espèce et que la propriété ne permet pas à elle seule de déterminer qui a droit au profit lorsque ce bien cesse d'être inclus dans la base tarifaire et est vendu. [p. 100]

132 ATCO argues in its factum that ratepayers "do not acquire any interest, legal or equitable, in the property used to provide the service or in the funds of the owner of the utility" (para. 2). In *SoCalGas*, the regulator disposed of this point as follows:

ATCO soutient dans son mémoire que les clients [TRADUCTION] « n'acquièrent aucun droit, suivant la loi ou l'équité, sur les biens utilisés pour fournir le service, non plus que sur les fonds de l'entreprise » (par. 2). À cet égard, voici ce qu'a conclu l'organisme de réglementation dans *SoCalGas* :

No one seriously argues that ratepayers acquire title to the physical property assets used to provide utility service; DRA [Division of Ratepayer Advocates] argues that the gain on sale should reduce future revenue requirements not because ratepayers own the property, but rather because they paid the costs and faced the risks associated with that property while it was in rate base providing public service. [p. 100]

[TRADUCTION] Personne ne prétend sérieusement que les clients acquièrent un droit de propriété sur les biens affectés au service public; la DRA [Division of Ratepayer Advocates] soutient que le profit tiré de leur vente doit être retranché des besoins en revenus ultérieurs non pas parce que les clients sont propriétaires de ces biens, mais parce qu'ils en ont payé les coûts et assumé les risques pendant leur affectation au service public et leur inclusion dans la base tarifaire. [p. 100]

This “risk” theory applies in Alberta as well. Over the last 80 years, there have been wild swings in Alberta real estate, yet through it all, in bad times and good, the ratepayers have guaranteed ATCO a just and equitable return on its investment in *this* land and *these* buildings.

The notion that the division of risk justifies a division of the net gain was also adopted by the regulator in *SoCalGas*:

Although the shareholders and bondholders provided the initial capital investment, the ratepayers paid the taxes, maintenance, and other costs of carrying the land and buildings in rate base over the years, and paid the utility a fair return on its unamortized investment in the land and buildings while they were in rate base. [p. 110]

In other words, even in the United States, where property rights are constitutionally protected, ATCO’s “confiscation” point is rejected as an oversimplification.

My point is not that the Board’s allocation in this case is necessarily correct in all circumstances. Other regulators have determined that the public interest requires a different allocation. The Board proceeds on a “case-by-case” basis. My point simply is that the Board’s response in this case cannot be considered “confiscatory” in any proper use of the term, and is well within the range of what are regarded in comparable jurisdictions as appropriate regulatory responses to the allocation of the gain on sale of land whose original investment has been included by the utility itself in its rate base. The Board’s decision is protected by a deferential standard of review and in my view it should not have been set aside.

2. The Regulatory Compact

The Board referred in its decision to the “regulatory compact” which is a loose expression suggesting that in exchange for a statutory monopoly

Cette considération liée aux « risques » vaut également en Alberta. Pendant les 80 dernières années, le marché albertain de l’immobilier a connu des fluctuations considérables, mais durant toute cette période, que la conjoncture ait été favorable ou non, les clients ont garanti à ATCO un rendement juste et équitable pour le terrain et les bâtiments *considérés en l’espèce*.

L’approche suivant laquelle le partage des risques emporte le partage du gain net a également été retenue dans *SoCalGas* :

[TRADUCTION] Même si les actionnaires et les détenteurs d’obligations ont fourni le capital initial, les clients ont payé au fil des ans, par le truchement de la base tarifaire, les taxes, les frais d’entretien et les autres coûts liés à la possession du terrain et des bâtiments et ils ont assuré à l’entreprise un rendement raisonnable selon la valeur non amortie du terrain et des bâtiments pendant la période où leur coût a été inclus dans la base tarifaire. [p. 110]

Autrement dit, même aux États-Unis où le droit de propriété est protégé par la Constitution, la thèse de l’effet « confiscatoire » avancée par ATCO est rejetée au motif qu’elle est simpliste.

Je ne prétends pas que l’attribution du profit en l’espèce convient nécessairement en toute circonstance. D’autres organismes de réglementation ont jugé que l’intérêt public commande une attribution différente. La Commission tranche au cas par cas. Je dis simplement que la mesure retenue ne peut être qualifiée de « confiscatoire » dans quelque acception de ce terme et qu’elle fait partie des solutions jugées acceptables dans des ressorts comparables en ce qui concerne l’attribution du profit tiré de la vente d’un terrain dont l’entreprise de services publics a elle-même inclus le coût historique dans sa base tarifaire. La déférence s’impose en l’espèce et, à mon avis, la décision de la Commission n’aurait pas dû être annulée.

2. Le pacte réglementaire

Dans sa décision, la Commission renvoie au « pacte réglementaire », notion aux contours flous selon laquelle, en contrepartie d’un monopole

133

134

135

and receipt of revenue on a cost plus basis, the utility accepts limitations on its rate of return and its freedom to do as it wishes with property whose cost is reflected in its rate base. This was expressed in the *Washington Metropolitan Area Transit* case by the U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit as follows:

The ratemaking process involves fundamentally “a balancing of the investor and the consumer interests”. The investor’s interest lies in the integrity of his investment and a fair opportunity for a reasonable return thereon. The consumer’s interest lies in governmental protection against unreasonable charges for the monopolistic service to which he subscribes. In terms of property value appreciations, the balance is best struck at the point at which the interests of both groups receive maximum accommodation. [p. 806]

136 ATCO considers that the Board’s allocation of profit violated the regulatory compact not only because it is confiscatory but because it amounts to “retroactive rate making”. In *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, Estey J. stated, at p. 691:

It is clear from many provisions of *The Gas Utilities Act* that the Board must act prospectively and may not award rates which will recover expenses incurred in the past and not recovered under rates established for past periods.

137 As stated earlier, the Board in this case was addressing a prospective receipt and allocated two thirds of it to a prospective (not retroactive) rate-making exercise. This is consistent with regulatory practice, as is illustrated by *New York Water Service Corp. v. Public Service Commission*, 208 N.Y.S.2d 857 (1960). In that case, a utility commission ruled that gains on the sale of real estate should be taken into account to reduce rates annually over the following period of 17 years :

If land is sold at a profit, it is required that the profit be added to, i.e., “credited to”, the depreciation reserve, so

conféré par la loi et d’un revenu calculé suivant la méthode du coût d’achat majoré, l’entreprise de services publics accepte de voir son rendement limité de même que sa liberté de se départir des biens dont le coût est pris en compte pour établir sa base tarifaire. C’est ce qui ressort de l’arrêt *Washington Metropolitan Area Transit* de la Cour d’appel des États-Unis (circuit du district de Columbia) :

[TRADUCTION] Le processus de tarification consiste essentiellement à « mettre en balance l’intérêt de l’investisseur et celui du consommateur ». L’intérêt de l’investisseur est de protéger son investissement et d’avoir une possibilité raisonnable de toucher un rendement acceptable. L’intérêt du consommateur réside dans la protection gouvernementale contre la tarification déraisonnable de services fournis dans un contexte monopolistique. Pour ce qui est de l’appréciation d’un bien, l’équilibre optimal est atteint lorsque les intérêts de l’un et de l’autre sont respectés le plus possible. [p. 806]

ATCO estime que la manière dont la Commission a attribué le profit contrevient au pacte réglementaire non seulement en raison de son effet confiscatoire, mais aussi parce qu’il s’agit d’une « tarification rétroactive ». Dans l’arrêt *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d’Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, le juge Estey a dit ce qui suit à la p. 691 :

Il ressort clairement de plusieurs dispositions de *The Gas Utilities Act* que la Commission n’agit que pour l’avenir et ne peut fixer des tarifs qui permettraient à l’entreprise de recouvrer des dépenses engagées antérieurement et que les tarifs précédents n’avaient pas suffi à compenser.

Je le répète, la Commission était appelée à se prononcer sur une rentrée projetée et elle a décidé que les deux tiers devraient être pris en compte dans la tarification ultérieure (et non antérieure), ce qui est conforme à la pratique réglementaire. Par exemple, dans la décision *New York Water Service Corp. c. Public Service Commission*, 208 N.Y.S.2d 857 (1960), l’organisme de réglementation a statué que le profit réalisé lors de la vente d’un terrain devrait servir à réduire les tarifs pour les 17 années suivantes :

[TRADUCTION] Lorsqu’un terrain est vendu à profit, le gain doit être ajouté à l’amortissement cumulé, c.-à-d.

that there is a corresponding reduction of the rate base and resulting return. [p. 864]

The regulator's order was upheld by the New York State Supreme Court (Appellate Division).

More recently, in *Re Compliance with the Energy Policy Act of 1992*, 62 C.P.U.C. 2d 517 (1995), the regulator commented:

... we found it appropriate to allocate the principal amount of the gain to offset future costs of headquarters facilities, because ratepayers had borne the burden of risks and expenses while the property was in rate-base. At the same time, we found that it was equitable to allocate a portion of the benefits from the gain-on-sale to shareholders in order to provide a reasonable incentive to the utility to maximize the proceeds from selling such property and compensate shareholders for any risks borne in connection with holding the former property. [p. 529]

The emphasis in all these cases is on balancing the interests of the shareholders and the ratepayers. This is perfectly consistent with the "regulatory compact" approach reflected in the Board doing what it did in this case.

3. Land as a Non-Depreciable Asset

The Alberta Court of Appeal drew a distinction between gains on sale of land, whose original cost is not depreciated (and thus is not repaid in increments through the rate base) and depreciated property such as buildings where the rate base does include a measure of capital repayment and which in that sense the ratepayers have "paid for". The Alberta Court of Appeal held that the Board was correct to credit the rate base with an amount equivalent to the depreciation paid in respect of the buildings (this is the subject matter of ATCO's cross-appeal). Thus, in this case, the land was still carried on ATCO's books at its original price of \$83,720 whereas the original \$596,591 cost of the buildings had been depreciated through the rates charged customers to a net book value of \$141,525.

« porté à son crédit », de manière à réduire proportionnellement la base tarifaire et, par conséquent, le rendement. [p. 864]

L'ordonnance a été confirmée par la Cour suprême de l'État de New York (section d'appel).

Plus récemment, dans la décision *Re Compliance with the Energy Policy Act of 1992*, 62 C.P.U.C. 2d 517 (1995), l'organisme de réglementation a dit :

[TRADUCTION] ... nous avons jugé approprié de déduire la plus grande partie du profit des coûts futurs liés au siège de l'entreprise parce que les clients avaient assumé les risques et les charges pendant l'inclusion du bien dans la base tarifaire. Nous avons également jugé équitable d'attribuer une partie du profit aux actionnaires afin d'inciter raisonnablement l'entreprise à obtenir le meilleur prix de vente possible et d'indemniser les actionnaires des risques inhérents à la possession du bien. [p. 529]

Toutes ces décisions mettent l'accent sur la mise en balance des intérêts des actionnaires et des clients, ce qui est tout à fait compatible avec la théorie du « pacte réglementaire » qui sous-tend la décision de la Commission en l'espèce.

3. Le terrain en tant que bien non amortissable

La Cour d'appel de l'Alberta a établi une distinction entre le profit tiré de la vente d'un terrain, dont le coût historique n'est pas amorti (et qui n'est donc pas graduellement remboursé par le truchement de la base tarifaire), et le profit tiré de la vente d'un bien amorti, comme un bâtiment, pour lequel la base tarifaire opère un certain remboursement du capital et qui, en ce sens, « a été payé » par les clients. Elle a conclu que la Commission avait eu raison d'inclure dans la base tarifaire l'équivalent de l'amortissement consenti pour les bâtiments (l'objet du pourvoi incident d'ATCO). Ainsi, en l'espèce, alors que la valeur du terrain était encore reportée dans les comptes d'ATCO au coût historique de 83 720 \$, les bâtiments, payés initialement 596 591 \$, avaient été amortis dans les tarifs exigés des consommateurs et leur valeur comptable nette s'établissait à 141 525 \$.

138

139

140

141 Regulatory practice shows that many (not all) regulators also do not accept the distinction (for this purpose) between depreciable and non-depreciable assets. In *Re Boston Gas Co.* for example (cited in *TransAlta (1986)*, at p. 176), the regulator held:

... the company's ratepayers have been paying a return on this land as well as all other costs associated with its use. The fact that land is a nondepreciable asset because its useful value is not ordinarily diminished through use is, we find, irrelevant to the question of who is entitled to the proceeds on the sales of this land. [p. 26]

142 In *SoCalGas*, as well, the Commission declined to make a distinction between the gain on sale of depreciable, as compared to non-depreciable, property, stating: "We see little reason why land sales should be treated differently" (p. 107). The decision continued:

In short, whether an asset is depreciated for rate-making purposes or not, ratepayers commit to paying a return on its book value for as long as it is used and useful. Depreciation simply recognizes the fact that certain assets are consumed over a period of utility service while others are not. The basic relationship between the utility and its ratepayers is the same for depreciable and non-depreciable assets. [Emphasis added; p. 107.]

143 In *Re California Water Service Co.*, 66 C.P.U.C. 2d 100 (1996), the regulator commented that:

Our decisions generally find no reason to treat gain on the sale of nondepreciable property, such as bare land, different[ly] than gains on the sale of depreciable rate base assets and land in PHFU [plant held for future use]. [p. 105]

144 Again, my point is not that the regulator *must* reject any distinction between depreciable and non-depreciable property. Simply, my point is that the distinction does not have the controlling weight as contended by ATCO. In Alberta, it is up to the

Il ressort de la pratique réglementaire que de nombreux organismes de réglementation (et non tous) refusent de faire une distinction (à cette fin) entre les biens amortissables et les biens non amortissables. Dans la décision *Re Boston Gas Co.* (citée dans *TransAlta (1986)*, p. 176), par exemple, l'organisme a conclu :

[TRADUCTION] ... les clients de l'entreprise ont versé un rendement et payé tous les autres coûts afférents à l'utilisation du terrain. Le fait qu'il s'agit d'un bien non amortissable — son utilisation ne diminuant habituellement pas sa valeur d'usage — n'a rien à voir avec la question de savoir qui a droit au produit de sa vente. [p. 26]

Dans *SoCalGas*, l'organisme de réglementation a également refusé de faire une distinction entre le profit réalisé lors de la vente d'un bien amortissable et celui issu de la vente d'un bien non amortissable, affirmant à la p. 107, qu'[TRADUCTION] « [i]l ne voyait pas pourquoi des ventes de terrains devraient être traitées différemment » et ajoutant :

[TRADUCTION] En somme, les clients s'engagent à verser un rendement selon la valeur comptable, que le bien soit amorti ou non pour les besoins de la tarification, et ce, tant que le bien est employé et susceptible de l'être. L'amortissement tient simplement compte du fait que certains biens, contrairement à d'autres, se détériorent durant leur affectation au service public. Fondamentalement, la relation entre l'entreprise et ses clients demeure la même qu'il s'agisse de biens amortissables ou non. [Je souligne; p. 107.]

Dans *Re California Water Service Co.*, 66 C.P.U.C. 2d 100 (1996), l'organisme de réglementation a fait la remarque suivante :

[TRADUCTION] Dans nos décisions, nous concluons généralement qu'il n'y a pas lieu de traiter différemment le profit réalisé lors de la vente d'un bien non amortissable, comme un terrain nu, et celui issu de la vente d'un bien amortissable dont le coût a été inclus dans la base tarifaire ou d'un terrain détenu pour usage ultérieur. [p. 105]

Encore une fois, je ne dis pas que l'organisme de réglementation *doit* systématiquement écarter toute distinction entre un bien amortissable et un bien non amortissable. Je dis simplement que la distinction n'est pas aussi déterminante que le

Board to determine what allocations are necessary in the public interest as conditions of the approval of sale. ATCO's attempt to limit the Board's discretion by reference to various doctrine is not consistent with the broad statutory language used by the Alberta legislature and should be rejected.

4. Lack of Reciprocity

ATCO argues that the customers should not profit from a rising market because if the land loses value it is ATCO, and not the ratepayers, that will absorb the loss. However, the material put before the Court suggests that the Board takes into account both gains *and* losses. In the following decisions the Board stated, repeated, and repeated again its "general rule" that

the Board considers that any profit or loss (being the difference between the net book value of the assets and the sale price of those assets) resulting from the disposal of utility assets should accrue to the customers of the utility and not to the owner of the utility. [Emphasis added.]

(See *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84116, October 12, 1984, at p. 17; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84115, October 12, 1984, at p. 12; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Decision No. E84113, October 12, 1984, at p. 23.)

In *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Decision No. E84081, June 29, 1984, the Board reviewed a number of regulatory approaches (including *Re Boston Gas Co.*, previously mentioned) with respect to gains on sale and concluded with respect to its own practice, at p. 12:

The Board is aware that it has not applied any consistent formula or rule which would automatically determine the accounting procedure to be followed in the treatment of gains or losses on the disposition of utility assets. The reason for this is that the Board's determination of what is fair and reasonable rests on the merits or facts of each case.

prétend ATCO. En Alberta, la Commission peut autoriser une vente à la condition que le produit qui en est tiré soit réparti comme elle le juge nécessaire dans l'intérêt public. La limitation du pouvoir discrétionnaire de la Commission, alléguée par ATCO sur le fondement de différents points de vue doctrinaux, n'est pas compatible avec les termes généraux employés par le législateur albertain et doit être rejetée.

4. L'absence de réciprocité

ATCO soutient que les clients ne devraient pas tirer avantage d'un marché haussier, car c'est elle, et non eux, qui subirait la perte si la valeur du terrain diminuait. Toutefois, la documentation présentée à notre Cour donne à penser que la Commission tient compte des profits *et* des pertes. Dans les décisions mentionnées ci-après, elle énonce et rappelle, puis rappelle encore, le « principe général » :

[TRADUCTION] . . . la Commission estime que les profits ou les pertes (soit la différence entre la valeur comptable nette et le produit de la vente) résultant de la vente de biens affectés à un service public doivent être attribués aux clients de l'entreprise de services publics, et non à son propriétaire. [Je souligne.]

(Voir *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84116, 12 octobre 1984, p. 17; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84115, 12 octobre 1984, p. 12; *Re Canadian Western Natural Gas Co.*, Alta. P.U.B., Décision n° E84113, 12 octobre 1984, p. 23.)

Dans *Re Alberta Government Telephones*, Alta. P.U.B., Décision n° E84081, 29 juin 1984, la Commission a examiné un certain nombre de décisions d'organismes de réglementation (y compris *Re Boston Gas Co.*, précitée) portant sur le profit tiré d'une vente et a dit ce qui suit au sujet de ses propres décisions (p. 12) :

[TRADUCTION] La Commission est consciente de n'avoir pas appliqué une formule ou une règle uniforme permettant de déterminer automatiquement la procédure comptable à suivre à l'égard du profit ou de la perte résultant de l'aliénation d'un bien affecté à un service public. Il en est ainsi parce qu'elle décide de ce qui est juste et raisonnable en fonction du fond ou des faits de chaque affaire.

147 ATCO's contention that it alone is burdened with the risk on land that *declines* in value overlooks the fact that in a falling market the utility continues to be entitled to a rate of return on its original investment, even if the market value at the time is substantially less than its original investment. As pointed out in *SoCalGas*:

If the land actually does depreciate in value below its original cost, then one view could be that the steady rate of return [the ratepayers] have paid for the land over time has actually overcompensated investors. Thus, there is symmetry of risk and reward associated with rate base land just as there is with regard to depreciable rate base property. [p. 107]

II. Conclusion

148 In summary, s. 15(3) of the AEUBA authorized the Board in dealing with ATCO's application to approve the sale of the subject land and buildings to "impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest". In the exercise of that authority, and having regard to the Board's "general supervision over all gas utilities, and the owners of them" (GUA, s. 22(1)), the Board made an allocation of the net gain for the public policy reasons which it articulated in its decision. Perhaps not every regulator and not every jurisdiction would exercise the power in the same way, but the allocation of the gain on an asset ATCO sought to withdraw from the rate base was a decision the Board was mandated to make. It is not for the Court to substitute its own view of what is "necessary in the public interest".

III. Disposition

149 I would allow the appeal, set aside the decision of the Alberta Court of Appeal, and restore the decision of the Board, with costs to the City of Calgary both in this Court and in the court below. ATCO's cross-appeal should be dismissed with costs.

La prétention selon laquelle ATCO assume seule le risque que la valeur d'un terrain *diminue* ne tient pas compte du fait que s'il y a contraction du marché, l'entreprise de services publics continue de bénéficier d'un rendement fondé sur le coût historique même si la valeur marchande a considérablement diminué. Comme il a été signalé dans *SoCalGas* :

[TRADUCTION] Si la valeur du terrain devenait inférieure à son coût historique, on pourrait prétendre que le rendement constant versé au fil des ans [par les clients] pour le terrain a en fait surindemnisé les investisseurs. Le rapport entre les risques et les avantages est tout aussi symétrique pour un terrain que pour un bien amortissable lorsque leur coût est pris en compte pour l'établissement de la base tarifaire. [p. 107]

II. Conclusion

En résumé, le par. 15(3) de l'AEUBA conférait à la Commission le pouvoir d'[TRADUCTION] « imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public » en statuant sur la demande d'autorisation de la vente du terrain et des bâtiments en cause. Dans l'exercice de ce pouvoir, et vu la [TRADUCTION] « surveillance générale des services de gaz et de leurs propriétaires » qui lui incombait (GUA, par. 22(1)), la Commission a attribué le gain comme elle l'a fait pour les considérations d'intérêt public énoncées dans sa décision. Le pouvoir aurait peut-être été exercé différemment par un autre organisme de réglementation ou dans un autre ressort, mais il reste que la Commission était autorisée à répartir le gain tiré de la vente d'un bien qu'ATCO souhaitait soustraire à la base tarifaire. Il ne nous appartient pas de déterminer quelles conditions sont « nécessaires dans l'intérêt public » et de substituer notre opinion à celle de la Commission.

III. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel de l'Alberta et de rétablir la décision de la Commission, avec dépens payables à la ville de Calgary dans toutes les cours. Le pourvoi incident d'ATCO devrait être rejeté avec dépens.

APPENDIX

Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. A-17

Jurisdiction

13 All matters that may be dealt with by the ERCB or the PUB under any enactment or as otherwise provided by law shall be dealt with by the Board and are within the exclusive jurisdiction of the Board.

Powers of the Board

15(1) For the purposes of carrying out its functions, the Board has all the powers, rights and privileges of the ERCB and the PUB that are granted or provided for by any enactment or by law.

(2) In any case where the ERCB, the PUB or the Board may act in response to an application, complaint, direction, referral or request, the Board may act on its own initiative or motion.

(3) Without restricting subsection (1), the Board may do all or any of the following:

- (a) make any order that the ERCB or the PUB may make under any enactment;
- (b) with the approval of the Lieutenant Governor in Council, make any order that the ERCB may, with the approval of the Lieutenant Governor in Council, make under any enactment;
- (c) with the approval of the Lieutenant Governor in Council, make any order that the PUB may, with the approval of the Lieutenant Governor in Council, make under any enactment;
- (d) with respect to an order made by the Board, the ERCB or the PUB in respect of matters referred to in clauses (a) to (c), make any further order and impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest;
- (e) make an order granting the whole or part only of the relief applied for;
- (f) where it appears to the Board to be just and proper, grant partial, further or other relief in

ANNEXE

Alberta Energy and Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. A-17

[TRANSDUCTION]

Compétence

13 La Commission connaît de toute question dont peut connaître l'ERCB ou la PUB suivant un texte législatif ou le droit par ailleurs applicable, et sa compétence est exclusive.

Pouvoirs de la Commission

15(1) Dans l'exercice de ses fonctions, la Commission jouit des pouvoirs, des droits et des privilèges qu'un texte législatif ou le droit par ailleurs applicable confère à l'ERCB et à la PUB.

(2) La Commission peut agir d'office à l'égard de tout renvoi, demande, plainte, directive ou requête auquel l'ERCB, la PUB ou la Commission peut donner suite.

(3) Sans limiter la portée du paragraphe (1), la Commission peut prendre les mesures suivantes, en totalité ou en partie :

- a) rendre toute ordonnance que l'ERCB ou la PUB peut rendre suivant un texte législatif;
- b) avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, rendre toute ordonnance que l'ERCB peut, avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, rendre en vertu d'un texte législatif;
- c) avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, rendre toute ordonnance que la PUB peut, avec l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil, rendre en vertu d'un texte législatif;
- d) à l'égard d'une ordonnance rendue par elle, l'ERCB ou la PUB en application des alinéas a) à c), rendre toute autre ordonnance et imposer les conditions supplémentaires qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt public;
- e) rendre une ordonnance accordant en tout ou en partie la réparation demandée;
- f) lorsqu'elle l'estime juste et convenable, accorder en partie la réparation demandée ou en accorder

addition to, or in substitution for, that applied for as fully and in all respects as if the application or matter had been for that partial, further or other relief.

Appeals

26(1) Subject to subsection (2), an appeal lies from the Board to the Court of Appeal on a question of jurisdiction or on a question of law.

(2) Leave to appeal may be obtained from a judge of the Court of Appeal only on an application made

- (a) within 30 days from the day that the order, decision or direction sought to be appealed from was made, or
- (b) within a further period of time as granted by the judge where the judge is of the opinion that the circumstances warrant the granting of that further period of time.

Exclusion of prerogative writs

27 Subject to section 26, every action, order, ruling or decision of the Board or the person exercising the powers or performing the duties of the Board is final and shall not be questioned, reviewed or restrained by any proceeding in the nature of an application for judicial review or otherwise in any court.

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, c. G-5

Supervision

22(1) The Board shall exercise a general supervision over all gas utilities, and the owners of them, and may make any orders regarding equipment, appliances, extensions of works or systems, reporting and other matters, that are necessary for the convenience of the public or for the proper carrying out of any contract, charter or franchise involving the use of public property or rights.

(2) The Board shall conduct all inquiries necessary for the obtaining of complete information as to the manner in which owners of gas utilities comply with the law, or as to any other matter or thing within the jurisdiction of the Board under this Act.

une autre en sus ou en lieu et place comme si tel était l'objet de la demande.

Appel

26(1) Sous réserve du paragraphe (2), les décisions de la Commission sont susceptibles d'appel devant la Cour d'appel sur une question de droit ou de compétence.

(2) L'autorisation d'appel ne peut être obtenue d'un juge de la Cour d'appel que sur demande présentée

- a) dans les 30 jours qui suivent l'ordonnance, la décision ou la directive en cause ou
- b) dans le délai supplémentaire que le juge estime justifié d'accorder dans les circonstances.

Immunité de contrôle

27 Sous réserve de l'article 26, toute mesure, ordonnance ou décision de la Commission ou de la personne exerçant ses pouvoirs ou ses fonctions est définitive et ne peut être contestée, révisée ou restreinte dans le cadre d'une instance judiciaire, y compris une demande de contrôle judiciaire.

Gas Utilities Act, R.S.A. 2000, ch. G-5

[TRADUCTION]

Surveillance

22(1) La Commission assure la surveillance générale des services de gaz et de leurs propriétaires et peut, en ce qui concerne notamment le matériel, les appareils, les extensions d'ouvrages ou de systèmes et l'établissement de rapports, rendre les ordonnances nécessaires à la protection de l'intérêt public ou à la bonne application d'un contrat, de statuts constitutifs ou d'une concession comportant l'emploi de biens publics ou l'exercice de droits publics.

(2) La Commission mène toute enquête nécessaire à l'obtention de renseignements complets sur la façon dont le propriétaire d'un service de gaz se conforme à la loi ou sur tout ce qui est par ailleurs de son ressort suivant la présente loi.

Investigation of gas utility

24(1) The Board, on its own initiative or on the application of a person having an interest, may investigate any matter concerning a gas utility.

Designated gas utilities

26(1) The Lieutenant Governor in Council may by regulation designate those owners of gas utilities to which this section and section 27 apply.

(2) No owner of a gas utility designated under subsection (1) shall

- (a) issue any
 - (i) of its shares or stock, or
 - (ii) bonds or other evidences of indebtedness, payable in more than one year from the date of them,

unless it has first satisfied the Board that the proposed issue is to be made in accordance with law and has obtained the approval of the Board for the purposes of the issue and an order of the Board authorizing the issue,

- (b) capitalize
 - (i) its right to exist as a corporation,
 - (ii) a right, franchise or privilege in excess of the amount actually paid to the Government or a municipality as the consideration for it, exclusive of any tax or annual charge, or
 - (iii) a contract for consolidation, amalgamation or merger,
- (c) without the approval of the Board, capitalize any lease, or
- (d) without the approval of the Board,
 - (i) sell, lease, mortgage or otherwise dispose of or encumber its property, franchises, privileges or rights, or any part of it or them, or
 - (ii) merge or consolidate its property, franchises, privileges or rights, or any part of it or them,

Enquêtes

24(1) La Commission peut, d'office ou à la demande d'un intéressé, faire enquête sur toute question relative à un service de gaz.

Services de gaz désignés

26(1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, désigner les propriétaires de services de gaz assujettis au présent article et à l'article 27.

(2) Le propriétaire d'un service de gaz désigné en application du paragraphe (1) ne peut

- a) émettre
 - (i) d'actions,
 - (ii) d'obligations ou d'autres titres d'emprunt dont le terme est supérieur à un an,

que si, au préalable, il convainc la Commission que l'émission projetée est conforme à la loi et obtient d'elle l'autorisation d'y procéder et une ordonnance le confirmant;

- b) capitaliser
 - (i) son droit d'exister en tant que personne morale,
 - (ii) un droit, une concession ou un privilège en sus du montant réellement versé en contrepartie à l'État ou à une municipalité, à l'exclusion d'une taxe ou d'une charge annuelle,
 - (iii) un contrat de fusion ou de regroupement;
- c) sans l'autorisation de la Commission, capitaliser un bail;
- d) sans l'autorisation de la Commission,
 - (i) aliéner ou grever ses biens, concessions, privilèges ou droits, en tout ou en partie, notamment en les vendant, en les louant ou en les hypothéquant,
 - (ii) fusionner ou regrouper ses biens, concessions, privilèges ou droits, en tout ou en partie;

and a sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation made in contravention of this clause is void, but nothing in this clause shall be construed to prevent in any way the sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation of any of the property of an owner of a gas utility designated under subsection (1) in the ordinary course of the owner's business.

tout grèvement, vente, location, constitution d'hypothèque, aliénation, regroupement ou fusion intervenant en contravention de la présente disposition est nul, sauf s'il intervient dans le cours normal des activités de l'entreprise.

Prohibited share transactions

27(1) Unless authorized to do so by an order of the Board, the owner of a gas utility designated under section 26(1) shall not sell or make or permit to be made on its books any transfer of any share or shares of its capital stock to a corporation, however incorporated, if the sale or transfer, by itself or in connection with previous sales or transfers, would result in the vesting in that corporation of more than 50% of the outstanding capital stock of the owner of the gas utility.

Incessibilité des actions

27(1) Sauf ordonnance de la Commission l'y autorisant, le propriétaire d'un service de gaz désigné en application du paragraphe 26(1) s'abstient de vendre tout ou partie des actions de son capital-actions à une société, indépendamment du mode de constitution de celle-ci, ou d'effectuer ou d'autoriser une inscription dans ses registres constatant une telle cession, lorsque la vente ou la cession, à elle seule ou de pair avec une opération antérieure, ferait en sorte que la société détiennne plus de 50 % des actions en circulation du propriétaire du service de gaz.

Powers of Board

36 The Board, on its own initiative or on the application of a person having an interest, may by order in writing, which is to be made after giving notice to and hearing the parties interested,

- (a) fix just and reasonable individual rates, joint rates, tolls or charges or schedules of them, as well as commutation and other special rates, which shall be imposed, observed and followed afterwards by the owner of the gas utility,
- (b) fix proper and adequate rates and methods of depreciation, amortization or depletion in respect of the property of any owner of a gas utility, who shall make the owner's depreciation, amortization or depletion accounts conform to the rates and methods fixed by the Board,
- (c) fix just and reasonable standards, classifications, regulations, practices, measurements or service, which shall be furnished, imposed, observed and followed thereafter by the owner of the gas utility,
- (d) require an owner of a gas utility to establish, construct, maintain and operate, but in

Pouvoirs de la Commission

36 La Commission peut, d'office ou à la demande d'un intéressé, par ordonnance écrite, après avoir donné un avis aux personnes intéressées et les avoir entendues,

- a) fixer des tarifs individuels ou conjoints, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, ainsi que des tarifs d'abonnement et d'autres tarifs spéciaux opposables au propriétaire d'un service de gaz et applicables par lui;
- b) établir des taux et des méthodes valables et acceptables de dépréciation, d'amortissement et d'épuisement pour les biens du propriétaire d'un service de gaz, qui doit s'y conformer dans la tenue des comptes y afférents;
- c) à l'intention du propriétaire d'un service de gaz, établir des normes, des classifications, des règles, des pratiques ou des mesures justes et raisonnables et déterminer les services justes et raisonnables devant être fournis;
- d) exiger que le propriétaire d'un service de gaz construise, entretienne et exploite,

compliance with this and any other Act relating to it, any reasonable extension of the owner's existing facilities when in the judgment of the Board the extension is reasonable and practical and will furnish sufficient business to justify its construction and maintenance, and when the financial position of the owner of the gas utility reasonably warrants the original expenditure required in making and operating the extension, and

- (e) require an owner of a gas utility to supply and deliver gas to the persons, for the purposes, at the rates, prices and charges and on the terms and conditions that the Board directs, fixes or imposes.

Rate base

37(1) In fixing just and reasonable rates, tolls or charges, or schedules of them, to be imposed, observed and followed afterwards by an owner of a gas utility, the Board shall determine a rate base for the property of the owner of the gas utility used or required to be used to provide service to the public within Alberta and on determining a rate base it shall fix a fair return on the rate base.

(2) In determining a rate base under this section, the Board shall give due consideration

- (a) to the cost of the property when first devoted to public use and to prudent acquisition cost to the owner of the gas utility, less depreciation, amortization or depletion in respect of each, and
- (b) to necessary working capital.

(3) In fixing the fair return that an owner of a gas utility is entitled to earn on the rate base, the Board shall give due consideration to all facts that in its opinion are relevant.

Excess revenues or losses.

40 In fixing just and reasonable rates, tolls or charges, or schedules of them, to be imposed, observed and followed afterwards by an owner of a gas utility,

- (a) the Board may consider all revenues and costs of the owner that are in the Board's opinion applicable to a period consisting of
 - (i) the whole of the fiscal year of the owner in which a proceeding is initiated for the

conformément à la présente loi et à toute autre s'y rapportant, une extension raisonnable de ses installations lorsqu'elle juge que cette extension est raisonnable et réalisable, que les prévisions de rentabilité justifient sa construction et son entretien et que la situation financière du propriétaire du service de gaz justifie raisonnablement les dépenses initiales requises pour construire et exploiter l'extension;

- e) exiger que le propriétaire d'un service de gaz approvisionne en gaz certaines personnes, à certaines fins, en contrepartie de certains tarifs, prix et charges, et à certaines conditions, selon ce qu'elle détermine.

Base tarifaire

37(1) Pour fixer des tarifs, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, opposables au propriétaire d'un service de gaz et applicables par lui, la Commission établit une base tarifaire pour les biens du propriétaire d'un service de gaz servant ou devant servir à la fourniture du service au public en Alberta et, ce faisant, elle établit un juste rendement.

(2) Pour établir la base tarifaire, la Commission tient compte

- a) du coût du bien lors de son affectation initiale à l'utilisation publique et de sa juste valeur d'acquisition pour le propriétaire du service de gaz, moins la dépréciation, l'amortissement et l'épuisement;
- b) du capital nécessaire.

(3) Pour établir le juste rendement auquel a droit le propriétaire d'un service de gaz par rapport à la base tarifaire, la Commission tient compte de tous les facteurs qu'elle estime pertinents.

Recettes excédentaires ou insuffisantes

40 Pour fixer des tarifs, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, opposables au propriétaire d'un service de gaz et applicables par lui, la Commission

- a) peut tenir compte de toutes les recettes et les dépenses du propriétaire qu'elle estime afférentes à l'une des périodes suivantes, à l'exclusion de toute attribution à une partie de cette période :
 - (i) la totalité de l'exercice du propriétaire au cours duquel est engagée une procédure de

fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them,

- (ii) a subsequent fiscal year of the owner, or
- (iii) 2 or more of the fiscal years of the owner referred to in subclauses (i) and (ii) if they are consecutive,

and need not consider the allocation of those revenues and costs to any part of that period,

- (b) the Board may give effect to that part of any excess revenue received or any revenue deficiency incurred by the owner that is in the Board's opinion applicable to the whole of the fiscal year of the owner in which a proceeding is initiated for the fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them, that the Board determines is just and reasonable,
- (c) the Board may give effect to that part of any excess revenue received or any revenue deficiency incurred by the owner after the date on which a proceeding is initiated for the fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them, that the Board determines has been due to undue delay in the hearing and determining of the matter, and
- (d) the Board shall by order approve
 - (i) the method by which, and
 - (ii) the period, including any subsequent fiscal period, during which,

any excess revenue received or any revenue deficiency incurred, as determined pursuant to clause (b) or (c), is to be used or dealt with.

General powers of Board

59 For the purposes of this Act, the Board has the same powers in respect of the plant, premises, equipment, service and organization for the production, distribution and sale of gas in Alberta, and in respect of the business of an owner of a gas utility and in respect of an owner of a gas utility, that are by the *Public Utilities Board Act* conferred on the Board in the case of a public utility under that Act.

Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45

Jurisdiction and powers

36(1) The Board has all the necessary jurisdiction and power

fixation des tarifs, des taux ou des charges, ou de leurs barèmes,

- (ii) un exercice ultérieur,
- (iii) deux exercices ou plus visés aux sous-alinéas (i) et (ii), s'ils sont consécutifs;

- b) peut prendre en considération la partie de l'excédent ou du déficit du propriétaire qui, selon elle, se rattache à la totalité de l'exercice du propriétaire au cours duquel est engagée une procédure de fixation de tarifs, de taux et de charges, ou de leurs barèmes, qu'elle estime justes et raisonnables;
- c) peut prendre en considération la partie de l'excédent ou du déficit du propriétaire subséquent au début de la procédure visée à l'alinéa b) qui, selon elle, est attribuable à un retard injustifié dans le déroulement de la procédure;
- d) approuve par ordonnance ce qu'il convient de faire de tout excédent ou déficit visé aux alinéas b) ou c) et la période, y compris tout exercice ultérieur, au cours de laquelle il convient de le faire.

Pouvoirs généraux

59 Pour l'application de la présente loi, la Commission a, à l'égard des installations, des locaux, du matériel, des services, de l'organisation de la production, de la distribution et de la vente de gaz en Alberta, ainsi que du propriétaire d'un service de gaz et de son entreprise, les pouvoirs que lui confère la *Public Utilities Board Act* à l'égard d'une entreprise de services publics au sens de cette loi.

Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45

[TRANSLATION]

Compétence et pouvoirs

36(1) La Commission a la compétence et les pouvoirs nécessaires

- (a) to deal with public utilities and the owners of them as provided in this Act;
- (b) to deal with public utilities and related matters as they concern suburban areas adjacent to a city, as provided in this Act.

(2) In addition to the jurisdiction and powers mentioned in subsection (1), the Board has all necessary jurisdiction and powers to perform any duties that are assigned to it by statute or pursuant to statutory authority.

(3) The Board has, and is deemed at all times to have had, jurisdiction to fix and settle, on application, the price and terms of purchase by a council of a municipality pursuant to section 47 of the *Municipal Government Act*

- (a) before the exercise by the council under that provision of its right to purchase and without binding the council to purchase, or
- (b) when an application is made under that provision for the Board's consent to the purchase, before hearing or determining the application for its consent.

General power

37 In matters within its jurisdiction the Board may order and require any person or local authority to do forthwith or within or at a specified time and in any manner prescribed by the Board, so far as it is not inconsistent with this Act or any other Act conferring jurisdiction, any act, matter or thing that the person or local authority is or may be required to do under this Act or under any other general or special Act, and may forbid the doing or continuing of any act, matter or thing that is in contravention of any such Act or of any regulation, rule, order or direction of the Board.

Investigation of utilities and rates

80 When it is made to appear to the Board, on the application of an owner of a public utility or of a municipality or person having an interest, present or contingent, in the matter in respect of which the application is made, that there is reason to believe that the tolls demanded by an owner of a public utility exceed what is just and reasonable, having regard to the nature and quality of the service rendered or of the commodity supplied, the Board

- (a) may proceed to hold any investigation that it thinks fit into all matters relating to the nature

- a) pour agir à l'égard des entreprises de services publics et de leurs propriétaires conformément à la présente loi;
- b) pour agir à l'égard des entreprises de services publics et connaître de questions connexes touchant une région adjacente à une ville, conformément à la présente loi.

(2) Outre la compétence et les pouvoirs mentionnés au paragraphe (1), la Commission a la compétence et les pouvoirs nécessaires pour exercer les fonctions qui lui sont légalement dévolues.

(3) La Commission a et est réputée avoir toujours eu compétence pour fixer, sur demande, le prix et les conditions d'une acquisition effectuée par un conseil municipal sous le régime de l'article 47 de la *Municipal Government Act*

- a) avant que le conseil n'exerce son droit d'acquisition suivant cet article, et sans qu'il soit tenu de procéder à l'acquisition ou
- b) lorsque l'acquisition est soumise à son approbation suivant cet article, avant que la Commission n'entende la demande et ne statue sur elle.

Pouvoirs généraux

37 Dans les domaines de sa compétence, la Commission peut ordonner et exiger qu'une personne, y compris une administration municipale, immédiatement ou dans le délai qu'elle impartit et selon les modalités qu'elle détermine, à condition que ce ne soit pas incompatible avec la présente loi ou une autre conférant compétence, fasse ce qu'elle est tenue de faire ou susceptible d'être tenue de faire suivant la présente loi ou toute autre, générale ou spéciale, et elle peut interdire ou faire cesser tout ce qui contrevient à ces lois ou à ses règles, ses ordonnances ou ses directives.

Enquêtes sur les services publics et les tarifs

80 Lorsqu'il lui est démontré à l'audition d'une demande présentée par le propriétaire d'une entreprise de services publics ou par une municipalité ou une personne ayant un intérêt actuel ou éventuel dans l'objet de la demande, qu'il y a lieu de croire que les taux établis par le propriétaire d'une entreprise de services publics excèdent ce qui est juste et raisonnable eu égard à la nature et à la qualité du service ou du produit en cause, la Commission

- a) peut enquêter comme elle le juge utile sur toute question liée à la nature et à la qualité du

and quality of the service or the commodity in question, or to the performance of the service and the tolls or charges demanded for it,

- (b) may make any order respecting the improvement of the service or commodity and as to the tolls or charges demanded, that seems to it to be just and reasonable, and
- (c) may disallow or change, as it thinks reasonable, any such tolls or charges that, in its opinion, are excessive, unjust or unreasonable or unjustly discriminate between different persons or different municipalities, but subject however to any provisions of any contract existing between the owner of the public utility and a municipality at the time the application is made that the Board considers fair and reasonable.

Supervision by Board

85(1) The Board shall exercise a general supervision over all public utilities, and the owners of them, and may make any orders regarding extension of works or systems, reporting and other matters, that are necessary for the convenience of the public or for the proper carrying out of any contract, charter or franchise involving the use of public property or rights.

Investigation of public utility

87(1) The Board may, on its own initiative, or on the application of a person having an interest, investigate any matter concerning a public utility.

(2) When in the opinion of the Board it is necessary to investigate a public utility or the affairs of its owner, the Board shall be given access to and may use any books, documents or records with respect to the public utility and in the possession of any owner of the public utility or municipality or under the control of a board, commission or department of the Government.

(3) A person who directly or indirectly controls the business of an owner of a public utility within Alberta and any company controlled by that person shall give the Board or its agent access to any of the books, documents and records that relate to the business of the owner or shall furnish any information in respect of it required by the Board.

service ou du produit en cause, ou à l'exécution du service et aux taux ou charges y afférents;

- b) peut, en ce qui concerne l'amélioration du service ou du produit et les taux et charges y afférents, rendre toute ordonnance qu'elle estime juste et raisonnable;
- c) peut écarter ou modifier, comme elle l'estime raisonnable, les taux ou les charges qu'elle juge excessifs, injustes ou déraisonnables, ou indûment discriminatoires envers une personne, y compris une municipalité, sous réserve toutefois des dispositions qu'elle considère justes et raisonnables d'un contrat liant le propriétaire de l'entreprise de services publics et une municipalité au moment de la demande.

Surveillance

85(1) La Commission assure la surveillance générale des entreprises de services publics et de leurs propriétaires et peut, en ce qui concerne notamment les extensions d'ouvrages ou de systèmes et l'établissement de rapports, rendre les ordonnances nécessaires à la protection de l'intérêt public ou à la bonne exécution d'un contrat, de statuts constitutifs ou d'une concession comportant l'emploi de biens publics ou l'exercice de droits publics.

Enquêtes

87(1) La Commission peut, d'office ou à la demande d'un intéressé, faire enquête sur toute question relative à une entreprise de services publics.

(2) Lorsqu'elle estime nécessaire d'enquêter sur une entreprise de services publics ou sur les activités de son propriétaire, la Commission a accès aux livres, documents et dossiers relatifs à l'entreprise qui sont en la possession du propriétaire, d'une municipalité, d'un organisme public ou d'un ministère, et elle peut les utiliser.

(3) La personne qui exerce un pouvoir direct ou indirect sur l'entreprise d'un propriétaire de services publics en Alberta et toute société dont cette personne est actionnaire majoritaire est tenue de donner à la Commission ou à son représentant l'accès aux livres, documents et dossiers relatifs à l'entreprise du propriétaire ou de communiquer tout renseignement y afférent exigé par la Commission.

Fixing of rates

89 The Board, either on its own initiative or on the application of a person having an interest, may by order in writing, which is to be made after giving notice to and hearing the parties interested,

- (a) fix just and reasonable individual rates, joint rates, tolls or charges, or schedules of them, as well as commutation, mileage or kilometre rate and other special rates, which shall be imposed, observed and followed subsequently by the owner of the public utility;
- (b) fix proper and adequate rates and methods of depreciation, amortization or depletion in respect of the property of any owner of a public utility, who shall make the owner's depreciation, amortization or depletion accounts conform to the rates and methods fixed by the Board;
- (c) fix just and reasonable standards, classifications, regulations, practices, measurements or service, which shall be furnished, imposed, observed and followed subsequently by the owner of the public utility;
- (d) repealed;
- (e) require an owner of a public utility to establish, construct, maintain and operate, but in compliance with other provisions of this or any other Act relating to it, any reasonable extension of the owner's existing facilities when in the judgment of the Board the extension is reasonable and practical and will furnish sufficient business to justify its construction and maintenance, and when the financial position of the owner of the public utility reasonably warrants the original expenditure required in making and operating the extension.

Determining rate base

90(1) In fixing just and reasonable rates, tolls or charges, or schedules of them, to be imposed, observed and followed subsequently by an owner of a public utility, the Board shall determine a rate base for the property of the owner of a public utility used or required to be used to provide service to the public within Alberta and on determining a rate base it shall fix a fair return on the rate base.

(2) In determining a rate base under this section, the Board shall give due consideration

- (a) to the cost of the property when first devoted to public use and to prudent acquisition cost to

Établissement des tarifs

89 La Commission peut, d'office ou à la demande d'un intéressé, par ordonnance écrite, après avoir donné un avis aux personnes intéressées et les avoir entendues,

- a) fixer des tarifs individuels ou conjoints, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, ainsi que des tarifs d'abonnement, des tarifs au mille ou au kilomètre et d'autres tarifs spéciaux opposables au propriétaire de l'entreprise de services publics et applicables par lui;
- b) établir des taux et des méthodes valables et acceptables de dépréciation, d'amortissement et d'épuisement pour les biens du propriétaire d'une entreprise de services publics, qui doit s'y conformer dans la tenue des comptes y afférents;
- c) à l'intention du propriétaire d'une entreprise de services publics, établir des normes, des classifications, des règles, des pratiques ou des mesures justes et raisonnables et déterminer les services justes et raisonnables devant être fournis;
- d) abrogé;
- e) exiger qu'un propriétaire d'entreprise de services publics construise, entretienne et exploite, conformément à toute autre disposition de la présente loi ou d'une autre s'y rapportant, une extension raisonnable de ses installations lorsqu'elle juge que cette extension est raisonnable et réalisable, que les prévisions de rentabilité justifient sa construction et son entretien et que la situation financière du propriétaire de l'entreprise de services publics justifie raisonnablement les dépenses initiales requises pour construire et exploiter l'extension.

Base tarifaire

90(1) Pour fixer des tarifs, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, opposables au propriétaire d'une entreprise de services public et applicables par lui, la Commission établit une base tarifaire pour les biens du propriétaire de l'entreprise de services publics servant ou devant servir à la fourniture du service au public en Alberta et, ce faisant, elle établit un juste rendement.

(2) Pour établir la base tarifaire, la Commission tient compte :

- a) du coût du bien lors de son affectation initiale à l'utilisation publique et de sa juste valeur

the owner of the public utility, less depreciation, amortization or depletion in respect of each, and

- (b) to necessary working capital.

(3) In fixing the fair return that an owner of a public utility is entitled to earn on the rate base, the Board shall give due consideration to all those facts that, in the Board's opinion, are relevant.

Revenue and costs considered

91(1) In fixing just and reasonable rates, tolls or charges, or schedules of them, to be imposed, observed and followed by an owner of a public utility,

- (a) the Board may consider all revenues and costs of the owner that are in the Board's opinion applicable to a period consisting of
- (i) the whole of the fiscal year of the owner in which a proceeding is initiated for the fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them,
 - (ii) a subsequent fiscal year of the owner, or
 - (iii) 2 or more of the fiscal years of the owner referred to in subclauses (i) and (ii) if they are consecutive,

and need not consider the allocation of those revenues and costs to any part of such a period,

- (b) the Board shall consider the effect of the *Small Power Research and Development Act* on the revenues and costs of the owner with respect to the generation, transmission and distribution of electric energy,
- (c) the Board may give effect to that part of any excess revenue received or any revenue deficiency incurred by the owner that is in the Board's opinion applicable to the whole of the fiscal year of the owner in which a proceeding is initiated for the fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them, as the Board determines is just and reasonable,
- (d) the Board may give effect to such part of any excess revenue received or any revenue deficiency incurred by the owner after the date on which a proceeding is initiated for the fixing of rates, tolls or charges, or schedules of them, as the Board determines has been due to undue delay in the hearing and determining of the matter, and

d'acquisition pour le propriétaire de l'entreprise de services publics, moins la dépréciation, l'amortissement et l'épuisement;

- b) du capital nécessaire.

(3) Pour établir le juste rendement auquel a droit le propriétaire d'une entreprise de services publics par rapport à la base tarifaire, la Commission tient compte de tous les facteurs qui, selon elle, sont pertinents.

Prise en compte des recettes et des dépenses

91(1) Pour fixer des tarifs, des taux ou des charges justes et raisonnables, ou leurs barèmes, opposables au propriétaire d'une entreprise de services publics et applicables par lui, la Commission

- a) peut tenir compte de toutes les recettes et les dépenses du propriétaire qu'elle estime afférentes à l'une des périodes suivantes, à l'exclusion de toute attribution à une partie de cette période :
- (i) la totalité de l'exercice du propriétaire au cours duquel est engagée une procédure de fixation des tarifs, des taux ou des charges, ou de leurs barèmes;
 - (ii) un exercice ultérieur;
 - (iii) deux exercices ou plus visés aux sous-alinéas (i) et (ii), s'ils sont consécutifs;

- b) tient compte de l'incidence de la *Small Power Research and Development Act* sur les recettes et les dépenses du propriétaire relatives à la production, au transport et à la distribution d'électricité;

- c) peut prendre en considération la partie de l'excédent ou du déficit du propriétaire qui, selon elle, se rattache à la totalité de l'exercice du propriétaire au cours duquel est engagée une procédure de fixation de tarifs, de taux et de charges, ou de leurs barèmes, qu'elle estime justes et raisonnables;

- d) peut prendre en considération la partie de l'excédent ou du déficit du propriétaire subséquent au début de la procédure visée à l'alinéa c) qui, selon elle, est attribuable à un retard injustifié dans le déroulement de la procédure;

- (e) the Board shall by order approve the method by which, and the period (including any subsequent fiscal period) during which, any excess revenue received or any revenue deficiency incurred, as determined pursuant to clause (c) or (d), is to be used or dealt with.

Designated public utilities

101(1) The Lieutenant Governor in Council may by regulation designate those owners of public utilities to which this section and section 102 apply.

(2) No owner of a public utility designated under subsection (1) shall

- (a) issue any
- (i) of its shares or stock, or
 - (ii) bonds or other evidences of indebtedness, payable in more than one year from the date of them,

unless it has first satisfied the Board that the proposed issue is to be made in accordance with law and has obtained the approval of the Board for the purposes of the issue and an order of the Board authorizing the issue,

- (b) capitalize
- (i) its right to exist as a corporation,
 - (ii) a right, franchise or privilege in excess of the amount actually paid to the Government or a municipality as the consideration for it, exclusive of any tax or annual charge, or
 - (iii) a contract for consolidation, amalgamation or merger,
- (c) without the approval of the Board, capitalize any lease, or
- (d) without the approval of the Board,
- (i) sell, lease, mortgage or otherwise dispose of or encumber its property, franchises, privileges or rights, or any part of them, or
 - (ii) merge or consolidate its property, franchises, privileges or rights, or any part of them,

- e) approuve par ordonnance ce qu'il convient de faire de tout excédent ou déficit visé aux alinéas c) ou d) et la période (y compris tout exercice ultérieur) au cours de laquelle il convient de le faire.

Services de gaz désignés

101(1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, désigner les propriétaires d'entreprises de services publics assujettis au présent article et à l'article 102.

(2) Le propriétaire d'une entreprise de services publics désigné en application du paragraphe (1) ne peut

- a) émettre
- (i) d'actions,
 - (ii) d'obligations ou d'autres titres d'emprunt dont le terme est supérieur à un an,

que si, au préalable, il convainc la Commission que l'émission projetée est conforme à la loi et obtient d'elle l'autorisation d'y procéder et une ordonnance le confirmant;

- b) capitaliser
- (i) son droit d'exister en tant que personne morale,
 - (ii) un droit, une concession ou un privilège en sus du montant réellement versé en contrepartie à l'État ou à une municipalité, à l'exclusion d'une taxe ou d'une charge annuelle,
 - (iii) un contrat de fusion ou de regroupement;
- c) sans l'autorisation de la Commission, capitaliser un bail;
- d) sans l'autorisation de la Commission,
- (i) aliéner ou grever ses biens, concessions, privilèges ou droits, en tout ou en partie, notamment en les vendant, en les louant ou en les hypothéquant,
 - (ii) fusionner ou regrouper ses biens, concessions, privilèges ou droits, en tout ou en partie;

and a sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation made in contravention of this clause is void, but nothing in this clause shall be construed to prevent in any way the sale, lease, mortgage, disposition, encumbrance, merger or consolidation of any of the property of an owner of a public utility designated under subsection (1) in the ordinary course of the owner's business.

tout grèvement, vente, location, constitution d'hypothèque, aliénation, regroupement ou fusion intervenant en contravention de la présente disposition est nul, sauf s'il intervient dans le cours normal des activités de l'entreprise.

Prohibited share transaction

102(1) Unless authorized to do so by an order of the Board, the owner of a public utility designated under section 101(1) shall not sell or make or permit to be made on its books a transfer of any share of its capital stock to a corporation, however incorporated, if the sale or transfer, in itself or in connection with previous sales or transfers, would result in the vesting in that corporation of more than 50% of the outstanding capital stock of the owner of the public utility.

Incessibilité des actions

102(1) Sauf ordonnance de la Commission l'y autorisant, le propriétaire d'une entreprise de services publics désignée en application du paragraphe 101(1) s'abstient de vendre tout ou partie des actions de son capital-actions à une société, indépendamment du mode de constitution de celle-ci, ou d'effectuer ou d'autoriser une inscription dans ses registres constatant une telle cession, lorsque la vente ou la cession, à elle seule ou de pair avec une opération antérieure, ferait en sorte que la société détienne plus de 50 % des actions en circulation du propriétaire de l'entreprise de services publics.

Interpretation Act, R.S.A. 2000, c. I-8

Interpretation Act, R.S.A. 2000, ch. I-8

[TRADUCTION]

Enactments remedial

10 An enactment shall be construed as being remedial, and shall be given the fair, large and liberal construction and interpretation that best ensures the attainment of its objects.

Principe et interprétation

10 Tout texte est réputé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

Appeal dismissed with costs and cross-appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. and BINNIE and FISH JJ. dissenting.

Pourvoi rejeté avec dépens et pourvoi incident accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges BINNIE et FISH sont dissidents.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: McLennan Ross, Calgary.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : McLennan Ross, Calgary.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Bennett Jones, Calgary.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Bennett Jones, Calgary.

Solicitor for the intervener the Alberta Energy and Utilities Board: J. Richard McKee, Calgary.

Procureur de l'intervenante Alberta Energy and Utilities Board : J. Richard McKee, Calgary.

Solicitor for the intervener the Ontario Energy Board: Ontario Energy Board, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission de l'énergie de l'Ontario : Commission de l'énergie de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener Enbridge Gas Distribution Inc.: Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Enbridge Gas Distribution Inc.: Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Solicitors for the intervener Union Gas Limited: Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Union Gas Limited : Torys, Toronto.