

Ontario Energy Board *Appellant*

Commission de l'énergie de l'Ontario
Appelante

v.

c.

**Ontario Power Generation Inc.,
Power Workers' Union, Canadian Union
of Public Employees, Local 1000 and
Society of Energy Professionals** *Respondents*

**Ontario Power Generation Inc.,
Syndicat des travailleurs et travailleuses
du secteur énergétique, Syndicat canadien
de la fonction publique, section locale 1000 et
Society of Energy Professionals** *Intimés*

and

et

Ontario Education Services Corporation
Intervener

**Corporation des services en éducation
de l'Ontario** *Intervenante*

**INDEXED AS: ONTARIO (ENERGY BOARD) v.
ONTARIO POWER GENERATION INC.**

**RÉPERTORIÉ : ONTARIO (COMMISSION DE
L'ÉNERGIE) c. ONTARIO POWER GENERATION INC.**

2015 SCC 44

2015 CSC 44

File No.: 35506.

N° du greffe : 35506.

2014: December 3; 2015: September 25.

2014 : 3 décembre; 2015 : 25 septembre.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Public utilities — Electricity — Rate-setting decision by utilities regulator — Utility seeking to recover incurred or committed compensation costs in utility rates set by Ontario Energy Board — Whether Board bound to apply particular prudence test in evaluating utility costs — Whether Board's decision to disallow \$145 million in labour compensation costs related to utility's nuclear operations reasonable — Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, s. 78.1(5), (6).

Services publics — Électricité — Décision d'un organisme de réglementation des services publics relativement à l'établissement de tarifs — Demande d'un service public en vue d'obtenir le recouvrement de dépenses de rémunération faites ou convenues grâce aux tarifs établis par la Commission de l'énergie de l'Ontario — La Commission avait-elle l'obligation d'employer une méthode particulière axée sur la prudence pour apprécier les dépenses du service public? — Le refus de la Commission d'approuver 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération liées aux installations nucléaires du service public était-il raisonnable? — Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B, art. 78.1(5), (6).

Administrative law — Boards and tribunals — Appeals — Standing — Whether Ontario Energy Board acted improperly in pursuing appeal and in arguing in favour of reasonableness of its own decision — Whether

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Appels — Qualité pour agir — La Commission de l'énergie de l'Ontario a-t-elle agi de manière inappropriée en se pourvoyant en appel et en faisant valoir

regarding overall compensation rates or staffing levels — OPG was required to abide by wage and staffing levels established by collective agreements, and retained flexibility only over terms outside the bounds of those agreements — and thus those portions of OPG’s compensation rates and staffing levels that were dictated by the terms of the collective agreements were committed costs.

[85] However, the Board found that OPG’s compensation costs for the test period were not entirely driven by the collective agreements, and thus were not entirely committed, because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of projected attrition of a mature workforce. The Board Decision did not, however, include detailed forecasts regarding exactly how much of the \$145 million in disallowed compensation costs could be recovered through natural reduction in employee numbers or other adjustments, and how much would necessarily be borne by the utility and its shareholder. Accordingly, the disallowed costs at issue must be understood as being at least partially committed. It is unreasonable to characterize them as entirely forecast in view of the constraints placed on OPG by the collective agreements.

[86] Having established that the disallowed costs are at least partially committed, it is necessary to consider whether the Board acted reasonably in not applying a no-hindsight prudent investment test in assessing those costs. Accordingly, I now turn to the jurisprudential history and methodological details of the prudent investment test.

E. *The Prudent Investment Test*

[87] In order to assess whether the Board’s methodology was reasonable in this case, it is necessary to provide some background on the prudent investment test (sometimes referred to as “prudence review” or the “prudence test”) in order to identify its origins, place it in context, and explore how it has

peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble, OPG devait respecter ceux établis par les conventions collectives et elle ne jouissait d’une marge de manœuvre que pour les conditions qui n’étaient pas ainsi régies. Par conséquent, les dépenses liées aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation imposés par les conventions collectives étaient des dépenses convenues.

[85] La Commission conclut cependant que les dépenses de rémunération pour la période de référence ne sont pas toutes déterminées par les conventions collectives et qu’elles ne sont donc pas toutes convenues, car OPG dispose d’une certaine marge de manœuvre pour gérer globalement les niveaux de dotation en fonction du départ prévu d’employés d’âge mûr. Toutefois, la décision de la Commission ne précise pas quel pourcentage exact des 145 millions de dollars refusés au chapitre de la rémunération pourrait être recouvré grâce à la réduction naturelle du nombre d’employés ou à d’autres ajustements, ni quel pourcentage serait nécessairement assumé par le service public et son actionnaire. Par conséquent, les dépenses refusées en l’espèce doivent être considérées comme des dépenses convenues, du moins en partie. Il est déraisonnable d’y voir en totalité des dépenses prévues étant donné l’effet contraignant des conventions collectives sur OPG.

[86] Après avoir établi que les dépenses refusées sont, du moins partiellement, des dépenses convenues, il faut déterminer si la Commission a agi de façon raisonnable en appliquant le critère de l’investissement prudent sans exclure le recul. J’examine donc maintenant l’historique jurisprudenciel du critère de l’investissement prudent et les données méthodologiques y afférentes.

E. *Le critère de l’investissement prudent*

[87] Décider si la méthode de la Commission était raisonnable en l’espèce exige de se pencher sur l’historique du critère de l’investissement prudent (parfois appelé « contrôle de la prudence » ou « critère de la prudence ») pour déterminer ses origines, le situer dans le contexte et savoir quelle portée lui

been understood by utilities, regulators, and legislators.

(1) American Jurisprudence

[88] American jurisprudence has played a significant role in the history of the prudent investment test in utilities regulation. In discussing this history, I would first reiterate this Court's observation that "[w]hile 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": *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 54.

[89] The origins of the prudent investment test in the context of utilities regulation may be traced to Justice Brandeis of the Supreme Court of the United States, who wrote a concurring opinion in 1923 to observe that utilities should receive deference in seeking to recover "investments which, under ordinary circumstances, would be deemed reasonable": *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), at p. 289, fn.1.

[90] In the decades that followed, American utility regulators tasked with reviewing past-incurred utility costs generally employed one of two standards: the "used and useful" test or the "prudent investment" test (J. Kahn, "Keep Hope Alive: Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs" (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43, at p. 49). These tests took different approaches to determining what costs could justly and reasonably be passed on to ratepayers. The used and useful test allowed utilities to earn returns only on those investments that were actually used and useful to the utility's operations, on the principle that ratepayers should not be compelled to pay for investments that do not benefit them.

ont attribué les services publics, les organismes de réglementation et les rédacteurs législatifs.

(1) Jurisprudence américaine

[88] La jurisprudence américaine a joué un rôle important dans l'application du critère de l'investissement prudent aux services publics réglementés. Rappelons d'abord l'observation de notre Cour selon laquelle, « [b]ien 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 » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 54).

[89] L'application du critère de l'investissement prudent aux services publics réglementés s'origine de l'opinion concordante du juge Brandeis, de la Cour suprême des États-Unis, datant de 1923 et selon laquelle les services publics ont droit à la déférence lorsqu'ils cherchent à recouvrer [TRADUCTION] « un investissement qui, normalement, serait considéré comme raisonnable » (*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), p. 289, note 1).

[90] Dans les décennies qui ont suivi, les organismes de réglementation américains chargés de l'examen de dépenses déjà faites par les services publics ont généralement appliqué soit le critère axé sur [TRADUCTION] « l'emploi et l'utilité », soit le critère de « l'investissement prudent » (J. Kahn, « Keep Hope Alive : Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs » (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43, p. 49). À chacun de ces critères correspond une approche différente pour déterminer quelles dépenses peuvent équitablement et raisonnablement être reflétées aux consommateurs. Le critère de l'emploi et de l'utilité permet au service public d'obtenir un rendement, mais seulement sur l'investissement qui est réellement employé et qui se révèle utile à l'exploitation de l'entreprise, étant entendu que les consommateurs ne doivent pas être tenus de payer pour un investissement dont ils ne bénéficient pas.

[91] By contrast, the prudent investment test followed Justice Brandeis's preferred approach by allowing for recovery of costs provided they were not imprudent based on what was known at the time the investment or expense was incurred: Kahn, at pp. 49-50. Though it may seem problematic from the perspective of consumer interests to adopt the prudent investment test — a test that allows for payments related to investments that may not be used or useful — it gives regulators a tool to soften the potentially harsh effects of the used and useful test, which may place onerous burdens on utilities. Disallowing recovery of the cost of failed investments that appeared reasonable at the time, for example, may imperil the financial health of utilities, and may chill the incentive to make such investments in the first place. This effect may then have negative implications for consumers, whose long-run interests will be best served by a dynamically efficient and viable electricity industry. Thus, the prudent investment test may be employed by regulators to strike the appropriate balance between consumer and utility interests: see Kahn, at pp. 53-54.

[92] The states differed in their approaches to setting the statutory foundation for utility regulation. Regulators in some states were free to apply the prudent investment test, while other states enacted statutory provisions disallowing compensation in respect of capital investments that were not “used and useful in service to the public”: *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), at p. 302. Notably, when asked in *Duquesne* to consider whether “just and reasonable” payments to utilities required, as a constitutional matter, that the prudent investment test be applied to past-incurred costs, the U.S. Supreme Court held that “[t]he designation of a single theory of ratemaking as a constitutional requirement would unnecessarily foreclose alternatives which could benefit both consumers and investors”: p. 316.

[91] Au critère de l'investissement prudent correspond l'approche retenue par le juge Brandeis et selon laquelle des dépenses peuvent être recouvrées si elles ne sont pas imprudentes compte tenu de ce qu'on sait au moment où est fait l'investissement ou la dépense (Kahn, p. 49-50). Bien qu'il puisse sembler problématique du point de vue de la protection des intérêts des consommateurs d'adopter le critère de l'investissement prudent — dans la mesure où il autorise un paiement pour un investissement qui n'a été ni employé ni utile —, ce critère permet aux organismes de réglementation d'atténuer les possibles effets draconiens du critère de l'emploi et de l'utilité, lequel impose un lourd fardeau au service public. Par exemple, refuser le recouvrement d'un mauvais investissement qui paraissait raisonnable au moment où il a été fait risque de compromettre la santé financière du service public et d'avoir un effet dissuasif sur l'investissement ultérieur de capitaux par ce dernier. Pareil résultat peut ensuite entraîner des conséquences négatives pour les consommateurs, dont les intérêts à long terme sont mieux servis si le secteur de l'électricité est à la fois dynamique, efficace et viable. Par conséquent, un organisme de réglementation peut recourir au critère de l'investissement prudent afin d'établir un juste équilibre entre les intérêts des consommateurs et ceux du service public (voir Kahn, p. 53-54).

[92] Les États ont eu recours à des approches différentes pour établir le fondement légal de la réglementation des services publics. Certains ont permis aux organismes de réglementation d'appliquer le critère de l'investissement prudent, alors que d'autres ont légiféré pour écarter le recouvrement de capitaux investis qui n'étaient [TRADUCTION] « ni employés ni utiles au public » (*Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), p. 302). Fait à signaler, dans cette affaire où on lui demandait si des paiements « justes et raisonnables » à un service public nécessitaient, sur le plan constitutionnel, que le critère de l'investissement prudent s'applique aux dépenses déjà faites, la Cour suprême des É.-U. a conclu que « [l']élévation d'une seule méthode de tarification au rang de norme constitutionnelle écarterait inutilement d'autres avenues dont pourraient bénéficier à la fois consommateurs et investisseurs » (p. 316).

[93] American courts have also recognized that there may exist some contexts in which certain features of the prudent investment test may be less justifiable. For example, the Supreme Court of Utah considered whether a presumption of reasonableness was justified when reviewing costs passed to a utility by an unregulated affiliate entity, and concluded that it was not appropriate:

... we do not think an affiliate expense should carry a presumption of reasonableness. While the pressures of a competitive market might allow us to assume, in the absence of a showing to the contrary, that nonaffiliate expenses are reasonable, the same cannot be said of affiliate expenses not incurred in an arm's length transaction.

(*U.S. West Communications, Inc. v. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (Utah 1995), at p. 274)

[94] Treatment of the prudent investment test in American jurisprudence thus indicates that the test has been employed as a tool that may be useful in arriving at just and reasonable outcomes, rather than a mandatory feature of utilities regulation that must be applied regardless of whether there is statutory language to that effect.

(2) Canadian Jurisprudence

[95] Following its emergence in American jurisprudence, several Canadian utility regulators and courts have also considered the role of prudence review and, in some cases, applied a form of the prudent investment test. I provide a review of some of these cases here not in an attempt to exhaustively catalogue all uses of the test, but rather to set out the way in which the test has been invoked in various contexts.

[96] In *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] S.C.R. 837, Martland J. observed that the statute at issue in that case directed that the regulator, in fixing rates,

[93] Les cours de justice américaines ont aussi reconnu que, dans certains contextes, des aspects du critère de l'investissement prudent peuvent se révéler moins justifiables. Par exemple, saisie du contrôle judiciaire de coûts transférés à un service public par une entreprise affiliée non réglementée, la Cour suprême de l'Utah s'est demandé s'il était justifié de présumer que les coûts étaient raisonnables et elle a conclu par la négative :

[TRADUCTION] ... nous ne pensons pas que les dépenses de l'affiliée devraient être présumées raisonnables. Bien que la pression exercée par un marché concurrentiel puisse nous permettre de présumer, faute d'une preuve contraire, que les dépenses d'une entreprise non affiliée sont raisonnables, on ne peut en dire autant des dépenses d'une affiliée qui ne sont pas faites dans le cadre d'une opération sans lien de dépendance.

(*U.S. West Communications, Inc. c. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (Utah 1995), p. 274)

[94] Il appert donc de la jurisprudence américaine que le critère de l'investissement prudent s'est révélé utile pour arriver à un résultat juste et raisonnable, mais qu'il ne saurait constituer un élément obligatoire de la réglementation des services publics dont l'application s'impose même lorsqu'aucune disposition législative ne le prévoit.

(2) Jurisprudence canadienne

[95] Sous l'impulsion de la jurisprudence américaine, plusieurs organismes de réglementation et cours de justice du Canada se sont aussi penchés sur le rôle du contrôle de la prudence et ont parfois appliqué une variante du critère de l'investissement prudent. Je passerai en revue certaines de leurs décisions dans le but non pas de répertorier toutes les applications du critère, mais bien de faire état de la manière dont on l'a appliqué dans différents contextes.

[96] Dans l'arrêt *British Columbia Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] R.C.S. 837, le juge Martland relève que, suivant la loi en cause, l'organisme de réglementation est tenu à ce qui suit lorsqu'il fixe des tarifs :

- (a) . . . shall consider all matters which it deems proper as affecting the rate: [and]
- (b) . . . shall have due regard, among other things, to the protection of the public from rates that are excessive as being more than a fair and reasonable charge for services of the nature and quality furnished by the public utility; and to giving to the public utility a fair and reasonable return upon the appraised value of the property of the public utility used, or prudently and reasonably acquired, to enable the public utility to furnish the service. [p. 852]

(Quoting *Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 277, s. 16(1)(b) (repealed S.B.C. 1973, c. 29, s. 187).)

The consequence of this statutory language, Martland J. held, was that the regulator, “when dealing with a rate case, has unlimited discretion as to the matters which it may consider as affecting the rate, but that it must, when actually setting the rate, meet the two requirements specifically mentioned in clause (b)”: p. 856. That is, the regulator, under this statute, must ensure that the public pays only fair and reasonable charges, and that the utility secures a fair and reasonable return upon its property used *or prudently and reasonably acquired*. This express statutory protection for the recovery of prudently made property acquisition costs thus provides an example of statutory language under which this Court found a non-discretionary obligation to provide a fair return to utilities for capital expenditures that were either used or prudently acquired.

[97] In 2005, the Nova Scotia Utility and Review Board (“NSUARB”) considered and adopted a definition of the prudent investment test articulated by the Illinois Commerce Commission:

. . . prudence is that standard of care which a reasonable person would be expected to exercise under the same circumstances encountered by utility management at the time decisions had to be made. . . . Hindsight is not applied in assessing prudence. . . . A utility’s decision is

[TRADUCTION]

- (a) . . . considérer tout élément qu’il juge susceptible d’influer sur les tarifs; [et]
- (b) . . . tenir dûment compte, notamment, de la protection du public contre les tarifs excessifs qui excèdent ce qui est juste et raisonnable en contrepartie du service de la nature et de la qualité de celui fourni et de l’obtention par le service public d’un rendement juste et raisonnable sur les biens qu’il affecte à la prestation du service ou qu’il acquiert à cette fin de manière prudente et raisonnable, selon leur valeur d’expertise. [p. 852]

(Citant *Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 227, al. 16(1)(b) (abrogé S.B.C. 1973, c. 29, art. 187).)

Le juge Martland conclut de ce libellé que l’organisme de réglementation [TRADUCTION] « appelé à se prononcer sur la fixation de tarifs jouit d’un pouvoir discrétionnaire absolu quant aux éléments qu’il juge susceptibles d’influer sur les tarifs, mais qu’il doit, lorsqu’il établit la tarification, satisfaire aux deux exigences expressément prévues à l’al. (b) » (p. 856). Ainsi, l’organisme de réglementation est tenu par cette loi de faire en sorte que le public ne paie que ce qui est juste et raisonnable et que le service public obtienne un rendement juste et raisonnable sur la valeur des biens qu’il a utilisés *ou acquis de manière prudente et raisonnable*. Cette protection légale expresse du recouvrement du coût des biens acquis avec prudence offre un exemple de libellé législatif sur le fondement duquel notre Cour a conclu à l’existence d’une obligation non discrétionnaire d’assurer au service public un rendement juste sur les immobilisations qu’il a utilisées ou acquises avec prudence.

[97] En 2005, la Nova Scotia Utility and Review Board (« NSUARB ») a examiné puis adopté la définition du critère de l’investissement prudent proposée par l’Illinois Commerce Commission :

[TRADUCTION] . . . la prudence est la norme de diligence qu’une personne raisonnable aurait respectée dans la situation rencontrée par la direction du service public au moment où elle a dû prendre les décisions. [. . .] Le recul est exclu lorsqu’il s’agit d’apprécier la prudence. [. . .]

prudent if it was within the range of decisions reasonable persons might have made. . . . The prudence standard recognizes that reasonable persons can have honest differences of opinion without one or the other necessarily being imprudent.

(*Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27 (“*Nova Scotia Power 2005*”), at para. 84 (CanLII))

The NSUARB then wrote that “[f]ollowing a review of the cases, the Board finds that the definition of imprudence as set out by the Illinois Commerce Commission is a reasonable test to be applied in Nova Scotia”: para. 90. The NSUARB then considered, among other things, whether the utility’s recent fuel procurement strategy had been prudent, and found that it had not: para. 94. It did not, however, indicate that it believed itself to be compelled to apply the prudent investment test.

[98] The NSUARB reaffirmed its endorsement of the prudent investment test in 2012: *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227 (“*Nova Scotia Power 2012*”), at paras. 143-46 (CanLII). In that case, the utility whose submissions were under review “confirmed that from its perspective this is the test the Board should apply”: para. 146. The NSUARB then applied the prudence test in evaluating whether several of the utility’s operational decisions were prudent, and found that some were not: para. 188.

[99] In 2006, the Ontario Court of Appeal considered the meaning of the prudent investment test in *Enbridge*. This case is of particular interest for two reasons. First, the Ontario Court of Appeal endorsed in its reasons a specific formulation of the prudent investment test framework:

– Decisions made by the utility’s management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.

La décision du service public est prudente si elle fait partie des décisions qu’une personne raisonnable aurait pu prendre. [. . .] La norme de la prudence reconnaît que des personnes raisonnables peuvent sincèrement différer d’opinions sans pour autant que l’une ou l’autre soit imprudente.

(*Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27 (« *Nova Scotia Power 2005* »), par. 84 (CanLII))

La NSUARB conclut alors que, [TRADUCTION] « [a]près examen de la jurisprudence, [. . .] la définition d’imprudence proposée par l’Illinois Commerce Commission constitue un critère raisonnable susceptible d’application en Nouvelle-Écosse » (par. 90). Elle se demande notamment si la stratégie récente d’achat de carburant du service public a été prudente, et elle répond par la négative (par. 94). Elle ne se dit cependant pas tenue d’appliquer le critère de l’investissement prudent.

[98] En 2012, la NSUARB a renouvelé son adhésion au critère de l’investissement prudent (*Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227 (« *Nova Scotia Power 2012* »), par. 143-146 (CanLII)). Dans cette affaire, le service public dont les arguments faisaient l’objet de l’examen [TRADUCTION] « a confirmé que, selon lui, il s’agit du critère que la commission devrait appliquer » (par. 146). La NSUARB a ensuite appliqué le critère de la prudence pour décider si plusieurs décisions opérationnelles du service public avaient été prudentes ou non, et elle a conclu que certaines d’entre elles ne l’avaient pas été (par. 188).

[99] En 2006, dans l’arrêt *Enbridge*, la Cour d’appel de l’Ontario se penche sur la teneur du critère de l’investissement prudent. Cet arrêt revêt un intérêt particulier pour deux raisons. Premièrement, la Cour d’appel y circonscrit précisément l’application du critère :

[TRADUCTION]

– La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.

– To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.

– Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.

– Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time. [para. 10]

[100] Second, the Court of Appeal in *Enbridge* made certain statements that suggest that the prudent investment test was a necessary approach to reviewing committed costs. Specifically, it noted that in deciding whether Enbridge’s requested rate increase was just and reasonable,

the [Board] was required to balance the competing interests of Enbridge and its consumers. That balancing process is achieved by the application of what is known in the utility rate regulation field as the “prudence” test. Enbridge was entitled to recover its costs by way of a rate increase only if those costs were “prudently” incurred. [para. 8]

The Court of Appeal also noted that the Board had applied the “proper test”: para. 18. These statements tend to suggest that the Court of Appeal was of the opinion that prudence review is an inherent and necessary part of ensuring just and reasonable payments.

[101] However, the question of whether the prudence test was a required feature of just-and-reasonable analysis in this context was not squarely before the Court of Appeal in *Enbridge*. Rather, the parties in that case “were in substantial agreement on the general approach the Board should take to reviewing the prudence of a utility’s decision” (para. 10), and the question at issue was whether

– Pour qu’elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu’aurait dû connaître le service public au moment où il l’a prise.

– Le recul est exclu de l’appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.

– La prudence est appréciée dans le cadre d’une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision. [par. 10]

[100] Deuxièmement, elle donne plusieurs fois à entendre que le recours au critère de l’investissement prudent est nécessaire pour se prononcer sur les dépenses convenues. Plus précisément, elle signale que pour décider du caractère juste et raisonnable de l’augmentation des tarifs demandée par Enbridge,

[TRADUCTION] la [Commission] était tenue de soupeser les intérêts opposés d’Enbridge et des consommateurs. Pour ce faire, elle devait appliquer ce qu’on appelle dans le domaine de la réglementation des tarifs des services publics le critère de la « prudence ». Enbridge était en droit de recouvrer ses coûts au moyen d’une augmentation de ses tarifs, mais seulement si la décision derrière ces coûts était « prudente ». [par. 8]

La Cour d’appel ajoute que la Commission a appliqué le [TRADUCTION] « bon critère » (par. 18). Ces affirmations tendent à indiquer que, selon la Cour d’appel, le contrôle de la prudence est fondamental et nécessaire afin que les paiements soient justes et raisonnables.

[101] Or, dans cette affaire, la Cour d’appel n’était pas directement saisie de la question de savoir si, dans ce contexte, l’application du critère de la prudence était nécessaire à l’appréciation du caractère juste et raisonnable des paiements. En fait, les parties s’entendaient [TRADUCTION] « pour l’essentiel sur la démarche qui devait être celle de la Commission pour apprécier la prudence d’une décision d’un

the Board had reasonably applied that agreed-upon approach. In this sense, *Enbridge* is similar to *Nova Scotia Power 2012*: both cases involved the application of prudence analysis in contexts where there was no dispute over whether an alternative methodology could reasonably have been applied.

(3) Conclusion Regarding the Prudent Investment Test

[102] The prudent investment test, or prudence review, is a valid and widely accepted tool that regulators may use when assessing whether payments to a utility would be just and reasonable. While there exist different articulations of prudence review, *Enbridge* presents one express statement of how a regulatory board might structure its review to assess the prudence of utility expenditures at the time they were incurred or committed. A no-hindsight prudence review has most frequently been applied in the context of capital costs, but *Enbridge* and *Nova Scotia Power* (both 2005 and 2012) provide examples of its application to decisions regarding operating costs as well. I see no reason in principle why a regulatory board should be barred from applying the prudence test to operating costs.

[103] However, I do not find support in the statutory scheme or the relevant jurisprudence for the notion that the Board should be *required* as a matter of law, under the *Ontario Energy Board Act, 1998*, to apply the prudence test as outlined in *Enbridge* such that the mere decision not to apply it when considering committed costs would render its decision on payment amounts unreasonable. Nor is the creation of such an obligation by this Court justified. As discussed above, where a statute requires only that the regulator set “just and reasonable” payments, as the *Ontario Energy Board Act, 1998* does in Ontario, the regulator may make use of a variety of analytical tools in assessing the justness and reasonableness of a utility’s proposed payment

service public » (par. 10). La question en litige était celle de savoir si la Commission avait eu recours à cette démarche de manière raisonnable. En ce sens, l’affaire *Enbridge* s’apparente à *Nova Scotia Power 2012* : les deux concernent l’application du critère de la prudence lorsqu’aucune des parties ne soutient qu’une autre démarche aurait pu raisonnablement s’appliquer.

(3) Conclusion sur le critère de l’investissement prudent

[102] Le critère de l’investissement prudent — ou contrôle de la prudence — offre aux organismes de réglementation un moyen valable et largement reconnu d’apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par un service public. Il existe certes des formulations différentes du contrôle de la prudence, mais l’arrêt *Enbridge* précise en détail quelle peut être la démarche d’un organisme de réglementation appelé à décider si, au moment où le service public les a faites ou en a convenu, les dépenses étaient prudentes ou non. Le plus souvent, le contrôle de la prudence excluant le recul s’applique aux coûts en capital, mais l’arrêt *Enbridge* et les décisions *Nova Scotia Power* (2005 et 2012) montrent qu’il s’applique aussi aux dépenses d’exploitation. Je ne vois aucune raison de principe d’interdire à un organisme de réglementation d’appliquer le critère de la prudence aux dépenses d’exploitation.

[103] Toutefois, aucun élément du régime législatif ou de la jurisprudence applicable ne me paraît appuyer l’idée que la Commission devrait être *tendue* en droit, suivant la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, d’appliquer le critère de la prudence énoncé dans l’arrêt *Enbridge*, de sorte que la seule décision de ne pas l’appliquer pour apprécier la prudence de dépenses convenues rendrait déraisonnable sa décision sur les paiements. Notre Cour n’est pas non plus justifiée de créer pareille obligation. Je le répète, lorsqu’un texte législatif — telle la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* en Ontario — exige seulement qu’il fixe des paiements « justes et raisonnables », l’organisme de réglementation peut avoir recours à divers

amounts. This is particularly so where, as here, the regulator has been given express discretion over the methodology to be used in setting payment amounts: O. Reg. 53/05, s. 6(1).

[104] To summarize, it is not necessarily unreasonable, in light of the particular regulatory structure established by the *Ontario Energy Board Act, 1998*, for the Board to evaluate committed costs using a method other than a no-hindsight prudence review. As noted above, applying a presumption of prudence would have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998* and would therefore not have been reasonable. The question of whether it was reasonable to assess a particular cost using hindsight should turn instead on the circumstances of that cost. I emphasize, however, that this decision should not be read to give regulators *carte blanche* to disallow a utility's committed costs at will. Prudence review of committed costs may in many cases be a sound way of ensuring that utilities are treated fairly and remain able to secure required levels of investment capital. As will be explained, particularly with regard to committed capital costs, prudence review will often provide a reasonable means of striking the balance of fairness between consumers and utilities.

[105] This conclusion regarding the Board's ability to select its methodology rests on the particulars of the statutory scheme under which the Board operates. There exist other statutory schemes in which regulators are expressly required to compensate utilities for certain costs prudently incurred: see *British Columbia Electric Railway Co.* Under such a framework, the regulator's methodological discretion may be more constrained.

moyens d'analyse pour apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par le service public. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, l'organisme de réglementation se voit accorder expressément un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à appliquer pour fixer les paiements (règlement 53/05, par. 6(1)).

[104] En résumé, il n'est pas nécessairement déraisonnable, à la lumière du cadre réglementaire établi par la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, que la Commission se prononce sur les dépenses convenues en employant une autre méthode que l'application d'un critère de prudence qui exclut le recul. Comme nous l'avons vu, présumer la prudence serait incompatible avec le fardeau de preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* et, de ce fait, déraisonnable. Qu'il soit raisonnable ou non d'apprécier certaines dépenses avec le recul devrait plutôt dépendre des circonstances de la décision dont s'originent ces dépenses. Je précise toutefois que la présente décision ne doit pas être interprétée de façon à permettre aux organismes de réglementation de refuser à leur guise d'approuver des dépenses convenues. Le contrôle de la prudence de dépenses convenues peut, dans bien des cas, constituer un bon moyen de faire en sorte que les services publics soient traités équitablement et demeurent aptes à obtenir les investissements de capitaux requis. Comme je l'explique plus loin, en ce qui a trait plus particulièrement aux coûts en capital convenus, le contrôle de la prudence offre le plus souvent un moyen raisonnable d'établir un équilibre entre les intérêts du consommateur et ceux du service public.

[105] Cette conclusion sur le pouvoir de la Commission de décider de sa démarche découle du régime législatif qui régit son fonctionnement. D'autres régimes législatifs prévoient expressément que l'organisme de réglementation en cause est tenu d'indemniser le service public de certaines dépenses découlant de décisions prudentes (voir l'arrêt *British Columbia Electric Railway Co.*). Selon ces autres cadres législatifs, le pouvoir discrétionnaire qui permet à l'organisme de réglementation de décider de sa démarche peut être plus restreint.