

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.

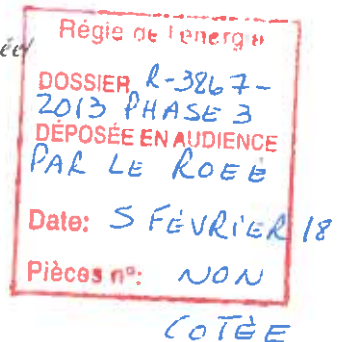
2005 : 11 mai; 2006 : 9 février.

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. A17, s. 15(3)* — *Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, c. P-45, s. 47* — *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 useful or useful to 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.⁷ 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).⁸ 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. A17, art. 15(3)* — *Public Utilities Board Act, R.S.A. 2000, ch. P-45, art. 47* — *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 sages 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.

Ordonnée (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

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, dépillant 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 raisonabilité. Lorsqu'elle

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 J.J. (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 de voir être rétablie. Le paragraphe 15(3) de l'AEUBA conférait à la Commission le pouvoir d'« imposer les conditions supplémentaires qu'elle jugeait 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]

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 doit 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.*

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 (Q.L.); *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; *Barric 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 (Q.L.); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (Q.L.); *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 Cosecka 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 Belair (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 (Q.L.); *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; *Barric 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 (Q.L.); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (Q.L.); *Lignes aériennes Canadian 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 Cosecka 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

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; *C.I.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. 21; *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. Sutherland 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; *Comité pour le Traitement Égal des Actionnaires Minoritaires de la Société Asbestos Inc. v. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 S.C.R. 132, 2001 SCC 37; *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 341, June 30, 1976; *Re Boston Gas Co.*, 19 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, E.B. 2002 0146, June 27, 2003; *Yukon Energy Corp. v. Utilities Board* (1996), 71 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. A17, ss. 13, 15, 26(1), (2), 27.

R.C.S. 919, 2000 CSC 64; *Leiriao v. Val Bélain (Ville)*, [1991] 3 R.C.S. 349; *Banque Hongkong du Canada v. Wheeler Holdings Ltd.*, [1993] 1 R.C.S. 167.

Citée par le juge Binnie (dissent):

Atco Ltd. v. Calgary Power Ltd., [1982] 2 R.C.S. 557; *S.C.I.P. v. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 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 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Calgary Power Ltd. v. Copithorne*, [1959] R.C.S. 21; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Pezim v. Colombie Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Memorial Gardens Association (Canada) Ltd. v. Colwood Cemetery Co.*, [1958] R.C.S. 353; *Union Gas Co. of Canada Ltd. v. Sutherland 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 Inc. v. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, [2001] 2 R.C.S. 132, 2001 CSC 37; *Re Consumers' Gas Co.*, E.B.R.O. 341, 30 juin 1976; *Re Boston Gas Co.*, 19 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.E.O., RP 2002 0147, E.B. 2002 0146, 27 juin 2003; *Yukon Energy Corp. v. Utilities Board* (1996), 71 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. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 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., 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. A17, art. 13, 15, 26(1), (2), 27.

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. E. "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. E. "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.

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 L., 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, 91.

Mullner, 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 L., 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, 91.

APPEAL and CROSS APPEAL, from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Wittmann I.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 (Q1), 2004 ABCA 3, reversing a decision of the Alberta Energy and Utilities Board, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (Q1). Appeal dismissed and cross appeal allowed. McLachlin C.J. and Binne and Fish J. dissenting.

Brian K. O'Terrall 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 Mary, 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. Schaffer*, 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 (Q1), 2004 ABCA 3, qui a infirmé une décision de l'Alberta Energy and Utilities Board, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (Q1). Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli. La juge en chef McLachlin et les juges Binne et Fish sont dissidents.

Brian K. O'Terrall 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 Mary, 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. Schaffer*, pour l'intervenante Enbridge Gas Distribution Inc.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Penny et Susan Kushneryk*, pour l'intervenante Union Gas Limited.

The judgment of Bastarache, LeBel, Deschamps and Charron JJ. was delivered by

BASTARACHE J.

I. Introduction

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.

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).

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

Version française du jugement des juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Charron rendu par

LE JUGE BASTARACHE

I. Introduction

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.

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).

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

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

appartient 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

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 *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.

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 GJA, 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 GJA, 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, la Fédération 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 *Histoire 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

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.F.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, lors que 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),

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 été 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 doit 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.

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. 17-49]

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. 17-19]

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 :

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. 112-114].

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 \$165,000 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, \$3,015,813 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

[TRANSLATION] 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 : 165 000 \$ 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, 3 015 813 \$ 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

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

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 49.

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 Binmie 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 AFUBA 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 v. 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 v. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 49.

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 Binmie 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'AFUBA 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

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 (Q.L.) (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. v. Ontario (Energy Board)*, [2001] O.J. No. 5024 (Q.L.) (C. div.), par. 2; *Coalition of Citizens Impacted by the Caroline Shell Plant v. 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.

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. 153 (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. 153 (C.A.), par. 20-22, conf. par [1977] 2 R.C.S. 822. L'objet premier de ce cadre législatif est de régler 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

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

(*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 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 repercussions 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 présupera 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

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. Rev.*, [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

[TRANSLATION] « 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 ed., 2001), p. 183-181).

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) :

[TRANSLATION] 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 v. Rev.*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26; *H.L. v. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 186-187; *Marche v. Cie d’Assurance Halifax*, [2005] 1 R.C.S. 47, 2005 CSC 6, par. 54; *Barrie Public Utilities*, par. 20 et 86; *Contino v. 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) le pouvoir 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. 184081, June 29, 1981; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Decision No. 184116, October 12, 1981; *TransAlta Utilities Corp. (Re)*, [2002] A.E.U.B.D. No. 30 (Q1); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (Q1)).

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^o 184081, 29 juin 1981; *Re TransAlta Utilities Corp.*, Alta. P.U.B., Décision n^o 184116, 12 octobre 1981; *TransAlta Utilities Corp. (Re)*, [2002] A.E.U.B.D. No. 30 (Q1); *ATCO Electric Ltd. (Re)*, [2003] A.E.U.B.D. No. 92 (Q1)).

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 :

[TRADUCTIONS]

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 grevement, 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 forth with 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, distributions, 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 Canadian Pacific Inc. 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. 81, 2002 SCC 3, at para. 31; 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. 398)

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 jus qu'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. 81, 2002 CSC 3, par. 31; 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 AIUBA 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'AIUBA 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. v. 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) 611 (Ont. H.C.), at pp. 658-59, aff'd (1983), 12 O.R. (2d) 731 (C.A.) (see also *Interprovincial Pipe Line Ltd. v. National Energy Board*, [1978] 1 L.C. 601 (C.A.); *Canadian Broadcasting League v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1983] 1 L.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) 611 (H.C. Ont.), p. 658-659, conf. par (1983), 12 O.R. (2d) 731 (C.A.) (voir également *Interprovincial Pipe Line Ltd. c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 C.L. 601 (C.A.); *Ligue de la radiodiffusion canadienne c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1983] 1 C.L. 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 et 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), *S.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. 24), 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, surveillant de manière générale tous les services publics (art. 21), enquêtant 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)).

Il va sans dire que les services publics ne sont pas limités dans les actions qu'ils peuvent prendre, comme on le voit de la liste ci-dessus. Nulle part on ne mentionne l'autorité de la Commission de répartir les produits d'une vente ou la discrétion du Conseil d'interférer avec les droits de propriété.

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. 216.6). Estey J., speaking for the majority of this Court in *Atco Ltd.*, at p. 576, echoed this view when he said:

Il est évident que les pouvoirs accordés au Conseil par la législature dans les deux lois mentionnées ci-dessus ont donné au Conseil un mandat de la plus large portée en ce qui concerne la protection de l'intérêt public dans la nature et la qualité du service rendu à la

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 apparaît 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. 216.6). 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 accordés 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)

6.3 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*, [1979] S.C.R. 186 ("Northwestern 1979"), 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

regulated utility. The Board is required to ensure 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*, [1979] S.C.R. 186 ("Northwestern 1979"), at pp. 192-93).

Par conséquent, lorsqu'on interprète les pouvoirs larges du Conseil, on ne peut pas ignorer cet arrangement réglementaire équilibré qui sert de toile de fond à l'interprétation contextuelle. L'objectif des lois est de protéger à la fois le consommateur et l'investisseur (Milner, à la p. 101). L'arrangement ne supprime pas, cependant, le caractère privé de l'utilité. En essence, le Conseil est responsable de maintenir un tarif qui accroît les avantages économiques pour les consommateurs et les investisseurs de l'utilité.

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

61

65

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 rate payer 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

operations 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

68

69

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. v. 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 1929*, at p. 691; *Re Coscka 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. 731-35). 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 1929*, p. 691; *Re Coscka 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).

2.3.3.4 *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.

peut assortir de toute condition l'ordonnance autorisant la vente. Je ne suis pas d'accord.

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:

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 « bien 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 :

[TRANSLATION]

- * [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.

- * 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.

(See also *Brown*, at p. 2 16.3.)

(Voir également *Brown*, 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:

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 :

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

[TRANSLATION] 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 contérer 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.L. 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 SC C 64, at para. 26; *Leiriao v. Val-Belair (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).

2.1 *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-Belair (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, dépourissant cette dernière de ses droits, ce qui nuit 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).

2.1 *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

80

81

82

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

à 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 pouvoir 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.

1. Analyse

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.

1. 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

89

90

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 "consider 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.

dessaïssement, 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 « juger » 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 (Q.L.) at para. 17)

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 A.E.U.B.A. which authorizes the Board to "make any further order and impose any additional conditions that the Board considers necessary in the public interest". *Ano Ltd. v. Calgary Power Ltd.*, [1982] 2 S.C.R. 557, at p. 576. Justice 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 general 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.

(Decision 2002-037, [2002] A.E.U.B.D. No. 52 (Q.L.), par. 17)

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'A.E.U.B.A. 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 *Ano Ltd. v. 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.U.P. v. 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. v. 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] le 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 :

[TRADUCTIONS] 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 pouvait 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.

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. 112-114.]

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. Bradeo 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’AIEUBA). 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. v. 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. Bradeo 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 v. 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 v. 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. S. denham Gas and Petroleum Co.*, [1957] S.C.R. 485, at p. 490:

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. E. Reid and H. David, *Administrative Law and Practice* (2nd ed., 1978), and co-editor of P. Anisman and R. E. 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. v. 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. v. S. denham Gas and Petroleum Co.*, [1957] R.C.S. 485, p. 490 :

[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. E. Reid et H. David, *Administrative Law and Practice* (2^e éd., 1978), et coéditeur de P. Anisman et R. E. 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

[TRANSLATION] ... 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 Inc. 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.

F. *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 puis que 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.

F. *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 I (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 I (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, E.B. 2002-0146, 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.*

[TRANSLATION] 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 :

[TRANSLATION] ... 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, E.B-2002-0146, 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 :

[TRANSLATION] 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

reglementation 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. v. 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'acquièrent 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.* 41, 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. 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. 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 vieux 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.

E. 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 per cent 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.

1. 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, and 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 kind of 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 appartenant 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 intérêts 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 v. 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 érodés 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 v. 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'acquiescent 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'acquiescent 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 acquiescent 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 (tribunal 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.

Le 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 de vrait 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. a. 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] « [il] ne voyait pas pourquoi des ventes de terrains devaient 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 et 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.

145

146

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 règlement 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

[INTRODUCTION]

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 juste 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 contre-partie 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 grevement, 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.

Inaccessibilité 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 and 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 entendus,

- 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 forth with 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 in 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 entendus,

- 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 publics 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.

- (c) 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,

- (c) approuve par ordonnance ce qu'il convient de faire de tout excédent ou déficit visé aux alinéas ci 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 contre-partie 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 grevement, vente, location, constitution d'hypothèque, aliénation, regroupement ou fusion intervenant en contravention de la présente disposition est nul, sans 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.

Inaccessibilité 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 détiennne 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

[TRANSLATION]

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.

Procurers de l'appelante/intimée au pourvoi incident: McLennan Ross, Calgary.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Bennett Jones, Calgary.

Procurers de l'intimée/appelante au pourvoi incident: Bennett Jones, Calgary.

Solicitor for the intervener the Alberta Energy and Utilities Board: J. Richard McKee, Calgary.

Procurer de l'intervenante Alberta Energy and Utilities Board: J. Richard McKee, Calgary.

Solicitor for the intervenor 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 intervenor Enbridge Gas Distribution Inc.: Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Enbridge Gas Distribution Inc.: Fraser Milner Casgrain, Toronto.

Solicitors for the intervenor Union Gas Limited: Torys, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Union Gas Limited: Torys, Toronto.