

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

BETWEEN:

**AIR PASSENGER RIGHTS**

Applicant

- and -

**CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY**

Respondent

---

**RESPONSE OF THE CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY TO THE OPPOSING  
PARTIES' SUBMISSIONS TO THE DIRECTION OF JUSTICE GLEASON WITH  
RESPECT TO THE PROPER RESPONDENT IN THE PROCEEDING**  
**(Rule 303 of the *Federal Courts Rules*)**

---

Barbara Cuber  
Senior Counsel

Gabrielle Fortier-Cofsky  
Counsel

Legal Services Directorate  
Canadian Transportation Agency  
15 Eddy Street, 19th Floor  
Gatineau, Quebec  
K1A 0N9

Tel: 613-301-8322

Fax: 819-953-9269

[Barbara.Cuber@otc-cta.gc.ca](mailto:Barbara.Cuber@otc-cta.gc.ca)

[Gabrielle.Fortier-Cofsky@otc-cta.gc.ca](mailto:Gabrielle.Fortier-Cofsky@otc-cta.gc.ca)

[Servicesjuridiques.LegalServices@otc-cta.gc.ca](mailto:Servicesjuridiques.LegalServices@otc-cta.gc.ca)

TO: Registrar  
Federal Court of Appeal  
90 Sparks Street, 1st Floor  
Ottawa, Ontario  
K1A 0H9  
Email: [FCARegistry-CAFGreffe@cas-satj.gc.ca](mailto:FCARegistry-CAFGreffe@cas-satj.gc.ca)

AND TO: **SIMON LIN**  
Evolink Law Group  
4388 Still Creek Drive, Suite 237  
Burnaby, B.C.  
V5C 6C6  
Email: [simonlin@evolinklaw.com](mailto:simonlin@evolinklaw.com)

**Counsel for the Applicant**

c.c.: [lukacs@AirPassengerRights.ca](mailto:lukacs@AirPassengerRights.ca), Applicant

AND TO: **ATTORNEY GENERAL OF CANADA**  
Department of Justice Canada  
Civil Litigation Section  
50 O'Connor Street, Suite 300  
Ottawa, ON K1A 0H8  
Per: **J. Sanderson Graham**  
  
Tel: 613-296-4469  
Fax: 613-954-1920  
Email: [Sandy.Graham@justice.gc.ca](mailto:Sandy.Graham@justice.gc.ca)

Solicitors for the Attorney General of Canada

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

BETWEEN:

**AIR PASSENGER RIGHTS**

Applicant

- and -

**CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY**

Respondent

---

**RESPONSE OF THE CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY TO THE OPPOSING PARTIES' SUBMISSIONS TO THE DIRECTION OF JUSTICE GLEASON WITH RESPECT TO THE PROPER RESPONDENT IN THE PROCEEDING**

**(Rule 303 of the *Federal Courts Rules*)**

---

1. The Agency wishes to address the submissions filed in response to the Court's Direction dated February 19, 2021 concerning the Agency's participation as respondent in this proceeding, and to reply specifically to certain points raised by the Applicant.
2. First, as a general comment with respect to the submissions made in response to the Court's Direction, the Agency respectfully submits that whether it is properly named as a respondent in this proceeding is a separate question from what it may be permitted to say in its capacity as respondent. The allegations of reasonable apprehension of bias in the Notice of Application may limit the types of arguments the Agency can make but they are not, in themselves, a reason to preclude the Agency's participation as a party. The Agency relies on its submissions dated March 22, 2021 in support of its position that its status as respondent is permitted in this case.
3. Second, the Agency respectfully submits that it is not necessary to pre-emptively limit the scope of the Agency's participation in the manner suggested by the Applicant.
4. At paragraphs 26 and 37 of its submissions, the Applicant expresses concern that the scope of the Agency's participation should be limited because the Agency has engaged in "bootstrapping" as it has "materially changed its Publication multiple times, all without

informing the Court in the Agency's submissions of these crucial changes".

5. The Agency has not amended the Statement since its publication. The Agency added Frequently Asked Questions on April 22, 2020 for the purposes of clarification, however the Statement itself has not been amended. The Court was made aware of the publication of these FAQs in the Agency's Memorandum of Fact and Law on the mandatory interlocutory injunction dated April 22, 2020.
6. Even if the Agency had modified the Statement, in *Ontario (Energy Board) v Ontario Power Generation Inc.*<sup>1</sup>, the Supreme Court of Canada noted that "a tribunal engages in bootstrapping where it seeks to supplement what would otherwise be a deficient decision with new arguments on appeal". This is closely linked with the principle of finality of decision-making, where a decision-maker cannot defend a decision on a ground that it did not rely on in the decision under review.
7. In this case, the Agency relies on this Court's two decisions that the impugned website Statement is not amenable to judicial review because it does not affect rights, impose legal obligations or cause prejudicial effects.<sup>2</sup> This Court has acknowledged the Applicant's concession that the Statement does not reflect an Agency decision, determination or order.<sup>3</sup> While the Agency recognizes that the Court is best placed to determine whether a tribunal is engaging in bootstrapping of its own decision, in this instance, the Agency respectfully submits that it has not been established that the principles around bootstrapping apply to website content that is not a tribunal decision and not susceptible to judicial review. The Agency respectfully submits that, like any court or tribunal, the Agency regularly updates and amends website content, including policies and guidance material. Updates to website content are done without offending any principles of finality in decision-making or giving rise to allegations of bootstrapping.

---

<sup>1</sup> *Ontario (Energy Board) v Ontario Power Generation Inc.*, [2015] 3 SCR 147, [2015 SCC 44 \(CanLII\)](#) at para 64 – Appendix A, Tab 4.

<sup>2</sup> *Air Passengers Rights v Canada (Transportation Agency)*, [2020 FCA 92](#) – Appendix A, Tab 1 [APR 2020]; leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied: *Air Passenger Rights v Canadian Transportation Agency*, [2020 CanLII 102983 \(SCC\)](#) – Appendix A, Tab 3; *Air Passenger Rights v Canada (Transportation Agency)*, [2020 FCA 155](#) – Appendix A, Tab 2.

<sup>3</sup> APR 2020, *supra* note 2 at para [21](#).

8. The Applicant submits a further reason for limiting the scope of the Agency's participation in this proceeding, namely to prevent the Agency from making submissions on topics it may be called upon to address during eventual adjudicative proceedings. In paragraph 39 of its submissions, the Applicant asks that the Agency be precluded from making submissions on two topics: (a) in the context of flight delays or cancellations, whether the COVID-19 pandemic could be considered a circumstance beyond an airline's control; and (b) whether airlines had a legal obligation to refund passengers in full when the airlines cannot deliver the services for reasons outside their control.
9. The scope of the Notice of Application does not seek this Court's judgment on whether the COVID-19 pandemic could be considered a circumstance beyond an airline's control, nor whether an airline has a legal obligation refund passengers in these circumstances. The Agency submits that these proposed limits on the scope of its participation are unnecessary, premature and go beyond the scope of what is raised in the Notice of Application and this Court's Direction.
10. It is the Agency's respectful submission that the scope of its participation need not be limited by Court order in advance, and that it should certainly not be limited in the manner or for the reasons raised by the Applicant. The Agency is aware of the reasons for which a tribunal's participation must be limited on review of its own actions, and submits that should it exceed the limits of acceptable participation in its capacity as respondent, this Court retains the discretion to strike any unacceptable submissions.
11. The Agency respectfully submits that its participation as a party is appropriate for the reasons set out in its March 22 submissions, and that the scope of its participation need not be limited as proposed by the Applicant.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED.

Dated at Gatineau, in the Province of Quebec, this 1<sup>st</sup> day of April, 2021.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Barbara Cuber', is displayed on a light yellow rectangular background.

---

**Barbara Cuber**  
Senior Counsel

**Gabrielle Fortier-Cofsky**  
Counsel

Canadian Transportation Agency  
Legal Services Directorate  
15 Eddy Street, 19<sup>th</sup> Floor  
Gatineau, QC K1A 0N9  
Telephone: 613-301-8322  
Facsimile: 819-953-9269

Email: [Barbara.Cuber@otc-cta.gc.ca](mailto:Barbara.Cuber@otc-cta.gc.ca)

Email: [Gabrielle.Fortier-Cofsky@otc-cta.gc.ca](mailto:Gabrielle.Fortier-Cofsky@otc-cta.gc.ca)

Email: [Servicesjuridiques.LegalServices@otc-cta.gc.ca](mailto:Servicesjuridiques.LegalServices@otc-cta.gc.ca)

**Counsel for the Canadian Transportation Agency**

## **Appendix A**

**Federal Court of Appeal**



**Cour d'appel fédérale**

**Date: 20200522**

**Docket: A-102-20**

**Citation: 2020 FCA 92**

**Present: MACTAVISH J.A.**

**BETWEEN:**

**AIR PASSENGERS RIGHTS**

**Applicant**

**and**

**CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY**

**Respondent**

Dealt with in writing without appearance of parties.

Order delivered at Ottawa, Ontario, on May 22, 2020.

**REASONS FOR ORDER BY:**

**MACTAVISH J.A.**



**Federal Court of Appeal**



**Cour d'appel fédérale**

**Date: 20200522**

**Docket: A-102-20**

**Citation: 2020 FCA 92**

**Present: MACTAVISH J.A.**

**BETWEEN:**

**AIR PASSENGERS RIGHTS**

**Applicant**

**and**

**CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY**

**Respondent**

**REASONS FOR ORDER**

**MACTAVISH J.A.**

[1] As is the case with so many other areas of life today, the airline industry and airline passengers have been seriously affected by the COVID-19 pandemic. International borders have been closed, travel advisories and bans have been instituted, people are not travelling for non-essential reasons and airlines have cancelled numerous flights.

[2] In response to this unprecedented situation, the Canadian Transportation Agency (CTA) issued two public statements on its website that suggest that it could be reasonable for airlines to provide passengers with travel vouchers when flights are cancelled for pandemic-related reasons, rather than refunding the monies that passengers paid for their tickets.

[3] Air Passenger Rights (APR) is an advocacy group representing and advocating for the rights of the public who travel by air. It has commenced an application for judicial review of the CTA's public statements, asserting that they violate the CTA's own *Code of Conduct*, and mislead passengers as to their rights when their flights are cancelled. In the context of this application, APR has brought a motion in writing seeking an interlocutory order that, among other things, would require that the statements be removed from the CTA's website. It also seeks to enjoin the members of the CTA from dealing with passenger complaints with respect to refunds on the basis that a reasonable apprehension of bias exists on their part as a result of the Agency's public statements.

[4] For the reasons that follow, I have concluded that APR has not satisfied the tripartite injunctive test. Consequently, the motion will be dismissed.

## **1. Background**

[5] In early 2020, the effects of the COVID-19 coronavirus began to be felt in North America, rapidly reaching the level of a pandemic. On March 25, 2020, the CTA posted a statement on its website dealing with flight cancellations. The statement, entitled "Statement on

Vouchers” notes the extraordinary circumstances facing the airline industry and airline customers because of the pandemic, and the need to strike a “fair and sensible balance between passenger protection and airlines’ operational realities” in the current circumstances.

[6] The Statement on Vouchers observes that passengers who have no prospect of completing their planned itineraries “should not be out-of-pocket for the cost of cancelled flights”. At the same time, airlines facing enormous drops in passenger volumes and revenues “should not be expected to take steps that could threaten their economic viability”.

[7] The Statement on Vouchers states that any complaint brought to the CTA will be considered on its own merits. However, the Statement goes on to state that, generally speaking, the Agency believes that “an appropriate approach in the current context could be for airlines to provide affected passengers with vouchers or credits for future travel, as long as these vouchers or credits do not expire in an unreasonably short period of time”. The Statement then suggests that a 24-month period for the redemption of vouchers “would be considered reasonable in most cases”.

[8] Concurrent with the posting of the Statement on Vouchers, the CTA published an amendment to a notice already on its website entitled “Important Information for Travellers During COVID-19” (the Information Page), which incorporates references to the Statement on Vouchers.

[9] These statements are the subject of the underlying application for judicial review.

## 2. APR's Arguments

[10] APR submits that there is an established body of CTA jurisprudence that confirms passengers' right to a refund where air carriers are unable to provide air transportation, including cases where flight cancellations are for reasons beyond the airline's control. According to APR, this jurisprudence is consistent with the common law doctrine of frustration, the doctrine of *force majeure* and common sense. The governing legislation further requires airlines to develop reasonable policies for refunds when airlines are unable to provide service for any reason.

[11] According to APR, statements on the Information Page do not just purport to relieve air carriers from having to provide passenger refunds where flights are cancelled for reasons beyond the airlines' control, including pandemic-related situations. They also purport to relieve airlines from their obligation to provide refunds where flights are cancelled for reasons that are within the airlines' control, including where cancellation is required for safety reasons.

[12] APR further contends that the impugned statements by the CTA are tantamount to an unsolicited advance ruling as to how the Agency will treat passenger complaints about refunds from air carriers where flights are cancelled for reasons relating to the COVID-19 pandemic. The statements suggest that the CTA is leaning heavily towards permitting the issuance of vouchers in lieu of refunds, and that it will very likely dismiss passenger complaints with respect to airlines' failure to provide refunds during the pandemic, regardless of the reason for the flight cancellation. According to APR, this creates a reasonable apprehension that CTA members will not deal with passenger complaints fairly.

### 3. The Test for Injunctive Relief

[13] The parties agree that in determining whether APR is entitled to interlocutory injunctive relief, the test to be applied is that established by the Supreme Court of Canada in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, 111 D.L.R. (4th) 385.

[14] That is, the Court must consider three questions:

- 1) Whether APR has established that there is a serious issue to be tried in the underlying application for judicial review;
- 2) Whether irreparable harm will result if the injunction is not granted; and
- 3) Whether the balance of convenience favours the granting of the injunction.

[15] The *RJR-MacDonald* test is conjunctive, with the result that an applicant must satisfy all three elements of the test in order to be entitled to relief: *Janssen Inc. v. Abbvie Corp.*, 2014 FCA 112, 120 C.P.R. (4th) 385 at para. 14.

### 4. Has APR Raised a Serious Issue?

[16] The threshold for establishing the existence of a serious issue to be tried is usually a low one, and applicants need only establish that the underlying application is neither frivolous nor vexatious. A prolonged examination of the merits of the application is generally neither necessary nor desirable: *RJR-MacDonald*, above at 335, 337-338.

[17] With this low threshold in mind, I will assume that APR has satisfied the serious issue component of the injunctive test to the extent that it seeks to enjoin members of the CTA from dealing with passenger complaints on the basis that a reasonable apprehension of bias exists on their part. However, as will be explained further on in these reasons, I am not persuaded that APR has satisfied the irreparable harm component of the injunctive test in this regard.

[18] However, APR also seeks mandatory orders compelling the CTA to remove the two statements from its website and directing it to “clarify any misconceptions for passengers who previously contacted the Agency regarding refunds arising from COVID-19, and key stakeholders of the travel industry”. It further seeks a mandatory order requiring that the CTA bring this Court’s order and the removal or clarification of the CTA’s previous statements to the attention of airlines and a travel association.

[19] A higher threshold must be met to establish a serious issue where a mandatory interlocutory injunction is sought compelling a respondent to take action prior to the determination of the underlying application on its merits. In such cases, the appropriate inquiry is whether the party seeking the injunction has established a strong *prima facie* case: *R. v. Canadian Broadcasting Corp.*, 2018 SCC 5, [2018] 1 S.C.R. 196 at para. 15. That is, I must be satisfied upon a preliminary review of the case that there is a strong likelihood that APR will be ultimately successful in its application: *C.B.C.*, above at para. 17.

[20] As will be explained below, I am not persuaded that APR has established a strong *prima facie* case here as the administrative action being challenged in its application for judicial review is not amenable to judicial review.

[21] APR concedes that the statements on the CTA website do not reflect decisions, determinations, orders or legally-binding rulings on the part of the Agency. It notes, however, that subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* does not limit the availability of judicial review to formal decisions or orders, stating rather that applications may be brought “by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought” [my emphasis].

[22] Not every administrative action gives rise to a right to judicial review. No right of review arises where the conduct in issue does not affect rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects: *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 69, [2020] F.C.J. No. 498 at para. 19. See also *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. No. 3, leave to appeal to SCC refused 38379 (2 May 2019); *Democracy Watch v. Canada (Conflict of Interest and Ethics Commissioner)*, 2009 FCA 15, 86 Admin. L.R. (4th) 149.

[23] For example, information bulletins and non-binding opinions contained in advance tax rulings have been found not to affect rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects: see, for example, *Air Canada v. Toronto Port Authority at al.*, 2011 FCA 347, 426 N.R. 131; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Minister of National Revenue*, [1998] 2 C.T.C. 176, 148 F.T.R. 3. It is noteworthy that in its Notice of Application, APR itself states the CTA’s

statements “purport[t] to provide an unsolicited advance ruling” as to how the CTA will deal with passenger complaints about refunds for pandemic-related flight cancellations.

[24] I will return to the issue of the impact of the CTA’s statements on APR in the context of my discussion of irreparable harm, but suffice it to say at this juncture that there is no suggestion that APR is itself directly affected by the statements in issue. The statements on the CTA website also do not determine the right of airline passengers to refunds where their flights have been cancelled by airlines for pandemic-related reasons.

[25] Noting the current extraordinary circumstances, the statements simply suggest that having airlines provide affected passengers with vouchers or credits for future travel “could be” an appropriate approach in the present context, as long as these vouchers or credits do not expire in an unreasonably short period of time. This should be contrasted with the situation that confronted the Federal Court in *Larny Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2002 FCT 750, relied on by APR, where the statement in issue included a clear statement of how, in the respondent’s view, the law was to be interpreted and the statement in issue was intended to be coercive in nature.

[26] As a general principle, CTA policy documents are not binding on it as a matter of law: *Canadian Pacific Railway Company v. Cambridge (City)*, 2019 FCA 254, 311 A.C.W.S. (3d) 416 at para. 5. Moreover, in this case the Statement on Vouchers specifically states that “any specific situation brought before the Agency will be examined on its merits”. It thus remains open to affected passengers to file complaints with the CTA (which will be dealt with once the



current suspension of dispute resolution services has ended) if they are not satisfied with a travel voucher, and to pursue their remedies in this Court if they are not satisfied with the Agency's decisions.

[27] It thus cannot be said that the impugned statements affect rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects on either APR or airline passengers. While this finding is sufficient to dispose of APR's motion for mandatory relief, as will be explained below, I am also not persuaded that it has satisfied the irreparable harm component of the test.

## **5. Irreparable Harm**

[28] A party seeking interlocutory injunctive relief must demonstrate with clear and non-speculative evidence that it will suffer irreparable harm between now and the time that the underlying application for judicial review is finally disposed of.

[29] APR has not argued that it will itself suffer irreparable harm if the injunction is not granted. It relies instead on the harm that it says will befall Canadian airline passengers whose flights have been cancelled for pandemic-related reasons. However, while APR appears to be pursuing this matter as a public interest litigant, it has not yet sought or been granted public interest standing.

[30] As a general rule, only harm suffered by the party seeking the injunction will qualify under this branch of the test: *RJR-MacDonald*, above at 341; *Manitoba (Attorney General) v.*

*Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, 38 D.L.R. (4th) 321 at 128. There is a limited exception to this principle in that the interests of those individuals dependent on a registered charity may also be considered under this branch of the test: *Glooscap Heritage Society v. Minister of National Revenue*, 2012 FCA 255, 440 N.R. 232 at paras. 33-34; *Holy Alpha and Omega Church of Toronto v. Attorney General of Canada*, 2009 FCA 265, [2010] 1 C.T.C. 161 at para. 17. While APR is a not-for-profit corporation, there is no suggestion that it is a registered charity.

[31] I am also not persuaded that irreparable harm has been established, even if potential harm to Canadian airline passengers is considered.

[32] Insofar as APR seeks to enjoin the CTA from dealing with passenger complaints, it asserts that the statements in issue were published contrary to the CTA's own *Code of Conduct*. This prohibits members from publicly expressing opinions on potential cases or issues relating to the work of the Agency that may create a reasonable apprehension of bias on the part of the member. According to APR, the two statements at issue here create a reasonable apprehension of bias on the part of the CTA's members such that they will be unable to provide complainants with a fair hearing.

[33] Bias is an attitude of mind that is unique to an individual. As a result, an allegation of bias must be directed against a specific individual who is alleged to be unable to bring an impartial mind to bear on a matter: *E.A. Manning Ltd. v. Ontario Securities Commission*, 23 O.R.

(3d) 257, 32 Admin. L.R. (2d) 1 (C.A.), citing *Bennett v. British Columbia (Securities Commission)* (1992), 69 B.C.L.R. (2d) 171, 94 D.L.R. (4th) 339 (C.A.).

[34] As is the case with many administrative bodies, the CTA carries out both regulatory and adjudicative functions. It resolves specific commercial and consumer transportation-related disputes and acts as an industry regulator issuing permits and licences to transportation providers. The CTA also provides the transportation industry and the travelling public with non-binding guidance with respect to the rights and obligations of transportation service providers and consumers.

[35] There is no evidence before me that the members of the CTA were involved in the formulation of the statements at issue here, or that they have endorsed them. Courts have, moreover, rejected the notion that a “corporate taint” can arise based on statements by non-adjudicator members of multi-function organizations: *Zündel v. Citron*, [2000] 4 FC 225, 189 D.L.R. (4th) 131 at para. 49 (C.A.); *E.A. Manning Ltd.*, above at para. 24.

[36] Even if it subsequently turns out that CTA members were in fact involved in the formulation of the statements, APR’s argument could be advanced in the context of an actual passenger complaint and any bias concerns could be addressed in that context. Relief could then be sought in this Court if the complainant is not persuaded that they have received a fair hearing. The alleged harm is thus not irreparable.

[37] APR also asserts that passengers are being misled by the travel industry as to the import of the CTA's statements, and that airlines, travel insurers and others are citing the statements as a basis to deny reimbursement to passengers whose flights have been cancelled for pandemic-related reasons. If third parties are misrepresenting what the CTA has stated, recourse is available against those third parties and the alleged harm is thus not irreparable.

## **6. Balance of Convenience**

[38] In light of the foregoing, it is unnecessary to deal with the question of the balance of convenience.

## **7. Other Matters**

[39] Because it says that APR's application for judicial review does not relate to a matter that is amenable to judicial review, the CTA argues in its memorandum of fact and law that the application should be dismissed. There is, however, no motion currently before this Court seeking such relief, and any such motion would, in any event, have to be decided by a panel of judges, rather than a single judge. Consequently, I decline to make the order sought.

[40] APR asks that it be permitted to make submissions on the issue of costs once the Court has dealt with the merits of its motion. APR shall have 10 days in which to file submissions in writing in relation to the question of costs, which submissions shall not exceed five pages in length. The CTA shall have 10 days in which to respond with submissions that do not exceed

five pages, and APR shall have a further five days in which to reply with submissions that do not exceed three pages in length.

"Anne L. Mactavish"

---

J.A.

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

**NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD**

**DOCKET:** A-102-20

**STYLE OF CAUSE:** AIR PASSENGERS RIGHTS v.  
CANADIAN TRANSPORTATION  
AGENCY

**MOTION DEALT WITH IN WRITING WITHOUT APPEARANCE OF PARTIES**

**REASONS FOR ORDER BY:** MACTAVISH J.A.

**DATED:** MAY 22, 2020

**WRITTEN REPRESENTATIONS BY:**

Simon Lin FOR THE APPLICANT

Allan Matte FOR THE RESPONDENT

**SOLICITORS OF RECORD:**

Evolink Law Group FOR THE APPLICANT  
Burnaby, British Columbia

Legal Services Directorate FOR THE RESPONDENT  
Canadian Transportation Agency  
Gatineau, Quebec

**Federal Court of Appeal**



**Cour d'appel fédérale**

**Date: 20201002**

**Docket: A-102-20**

**Citation: 2020 FCA 155**

**Present: WEBB J.A.**

**BETWEEN:**

**AIR PASSENGER RIGHTS**

**Applicant**

**and**

**CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY**

**Respondent**

Dealt with in writing without appearance of parties.

Order delivered at Ottawa, Ontario, on October 2, 2020.

**REASONS FOR ORDER BY:**

**WEBB J.A.**

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20201002

Docket: A-102-20

Citation: 2020 FCA 155

Present: WEBB J.A.

BETWEEN:

**AIR PASSENGER RIGHTS**

**Applicant**

**and**

**CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY**

**Respondent**

**REASONS FOR ORDER**

**WEBB J.A.**

[1] The Canadian Transportation Agency (CTA) has brought a motion to strike the judicial review application filed by Air Passenger Rights (APR). The judicial review application relates to two statements that were published on the website of the CTA that were prompted by the COVID-19 pandemic. The “Statement on Vouchers” addresses the situation arising when flights are cancelled. It includes the following:



[w]hile any specific situation brought before the CTA will be examined on its merits, the CTA believes that, generally speaking, an appropriate approach in the current context could be for airlines to provide affected passengers with vouchers or credits for future travel, as long as these vouchers or credits do not expire in an unreasonably short period of time (24 months would be considered reasonable in most cases).

[2] The second statement that is the subject of the judicial review application is one which references the Statement on Vouchers.

[3] Following the filing of its application for judicial review, APR brought a motion seeking an interlocutory order that would require the removal of the statements from the CTA's website. It was also seeking "to enjoin the members of the CTA from dealing with passenger complaints with respect to refunds on the basis that a reasonable apprehension of bias exists on their part as a result of the [CTA]'s public statements" (*Air Passenger Rights v. Canadian Transportation Agency*, 2020 FCA 92, at para. 3).

[4] In dismissing the motion, Justice Mactavish applied the test for interlocutory injunctive relief as set out by the Supreme Court of Canada in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, 111 D.L.R. (4th) 385.

[5] In paragraph 16 of the reasons related to the dismissal of this motion, Justice Mactavish noted that there is a low threshold for establishing the existence of a serious issue to be tried. In paragraph 17 she stated:

With this low threshold in mind, I will assume that APR has satisfied the serious issue component of the injunctive test to the extent that it seeks to enjoin members of the CTA from dealing with passenger complaints on the basis that a reasonable

apprehension of bias exists on their part. However, as will be explained further on in these reasons, I am not persuaded that APR has satisfied the irreparable harm component of the injunctive test in this regard.

[6] Justice Mactavish also noted that a higher threshold is involved when a person is seeking a mandatory interlocutory injunction to compel another person to take action prior to the determination of the underlying application on its merits. In that case, she found that the party who is seeking an injunction would need to establish a strong *prima facie* case (paragraph 19).

[7] In addressing whether APR had established a strong *prima facie* case, Justice Mactavish stated:

22 Not every administrative action gives rise to a right to judicial review. No right of review arises where the conduct in issue does not affect rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects: *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 69, [2020] F.C.J. No. 498 at para. 19. See also *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 153, [2019] 2 F.C.R. No. 3, leave to appeal to SCC refused 38379 (2 May 2019); *Democracy Watch v. Canada (Conflict of Interest and Ethics Commissioner)*, 2009 FCA 15, 86 Admin. L.R. (4th) 149.

23 For example, information bulletins and non-binding opinions contained in advance tax rulings have been found not to affect rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects: see, for example, *Air Canada v. Toronto Port Authority at al.*, 2011 FCA 347, 426 N.R. 131; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Minister of National Revenue*, [1998] 2 C.T.C. 176, 148 F.T.R. 3. It is noteworthy that in its Notice of Application, APR itself states the CTA's statements "purport [t]o provide an unsolicited advance ruling" as to how the CTA will deal with passenger complaints about refunds for pandemic-related flight cancellations.

[8] In paragraph 27 of her reasons, Justice Mactavish concluded:

27 It thus cannot be said that the impugned statements affect rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects on either APR or airline passengers. While this finding is sufficient to dispose of APR's motion for mandatory relief, as will be explained below, I am also not persuaded that it has satisfied the irreparable harm component of the test.

[9] As a result, APR had failed to establish, with respect to its request for mandatory relief that the statements be removed from the CTA's website, that these statements "affect rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects on either APR or airline passengers".

[10] Following this finding, Justice Mactavish noted:

39 Because it says that APR's application for judicial review does not relate to a matter that is amenable to judicial review, the CTA argues in its memorandum of fact and law that the application should be dismissed. There is, however, no motion currently before this Court seeking such relief, and any such motion would, in any event, have to be decided by a panel of judges, rather than a single judge. Consequently, I decline to make the order sought.

[11] Prompted by this notation that there was no motion before the Court to dismiss the application for judicial review, the CTA brought the current motion to strike this application.

[12] In *Canada (National Revenue) v. JP Morgan Asset Management (Canada) Inc.*, 2013 FCA 250, (*JP Morgan*) this Court noted that the threshold for striking an application for judicial review is high:

47 The Court will strike a notice of application for judicial review only where it is "so clearly improper as to be bereft of any possibility of success" [footnote omitted]: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at page 600. There must be a "show stopper" or a "knockout punch" — an obvious, fatal flaw striking at the root of this Court's power to entertain the application: *Rahman v. Public Service Labour Relations Board*, 2013 FCA 117, at

paragraph 7; *Donaldson v. Western Grain Storage By-Products*, 2012 FCA 286, at paragraph 6; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.

48 There are two justifications for such a high threshold. First, the Federal Courts' jurisdiction to strike a notice of application is founded not in the rules but in the Courts' plenary jurisdiction to restrain the misuse or abuse of courts' processes: *David Bull*, above, at page 600; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, 18 C.C.L.I. (5th) 263. Second, applications for judicial review must be brought quickly and must proceed "without delay" and "in a summary way": *Federal Courts Act*, above, subsection 18.1(2) and section 18.4. An unmeritorious motion — one that raises matters that should be advanced at the hearing on the merits — frustrates that objective.

[13] APR's main argument in its memorandum filed in relation to this motion is that the test for the availability of judicial review has changed. APR submits that the test based on whether the conduct of the administrative body affects legal rights, imposes legal obligations, or causes prejudicial effects is no longer applicable. Therefore, APR submits that Justice Mactavish erred in basing her decision on her finding that the impugned statements did not affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects.

[14] APR notes that this Court in *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, (*AC v. TPA*) stated:

28 The jurisprudence recognizes many situations where, by its nature or substance, an administrative body's conduct does not trigger rights to bring a judicial review.

29 One such situation is where the conduct attacked in an application for judicial review fails to affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects: *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *Democracy Watch v. Canada (Conflict of Interest and Ethics Commissioner)*, 2009 FCA 15, 86 Admin. L.R. (4th) 149.

[15] However, APR, in paragraph 49 of its memorandum, submits that the Supreme Court of Canada changed the test that is to be applied to determine if judicial review is available:

[i]n 2018, in *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, [2018 SCC 26] the Supreme Court recast the test for availability of judicial review as simply whether the administrative bodies' action is an exercise of state authority that is of a sufficiently public character [**Wall-test**].

(emphasis in original)

[16] Although APR does not explicitly state that, in its view, the Supreme Court indirectly overturned the decision of this Court in *AC v. TPA*, it appears that this is implicit in its argument which culminates in the following statement in paragraph 63 of its memorandum:

Therefore, the panels of this Honourable Court in *Oceanex [Oceanex Inc. v. Canada (Transport)]*, 2019 FCA 250] and *Guérin [Guérin c. Canada (Procureur général)]*, 2019 CAF 272] correctly concluded that availability of judicial review of acts of federal administrative bodies is to be determined based on the *Wall*-test.

[17] The position of the CTA is that the principle, as set out in *AC v. TPA*, that there is no right to judicial review “where the conduct attacked in an application for judicial review fails to affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects” is still good law and it has not been overturned by the Supreme Court. Therefore, since the statements at issue in this judicial review application do not affect legal rights, impose legal obligations or cause prejudicial effects, the application for judicial review should be struck.

[18] It is important to examine exactly what each court said. The relevant paragraph in *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26 (*Wall*), is paragraph 14:

Not all decisions are amenable to judicial review under a superior court's supervisory jurisdiction. Judicial review is only available where there is an exercise of state authority and where that exercise is of a sufficiently public character. Even public bodies make some decisions that are private in nature – such as renting premises and hiring staff – and such decisions are not subject to judicial review: *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, at para. 52. In making these contractual decisions, the public body is not exercising "a power central to the administrative mandate given to it by Parliament", but is rather exercising a private power (*ibid.*). Such decisions do not involve concerns about the rule of law insofar as this refers to the exercise of delegated authority.

[19] There is nothing in this paragraph that indicates that the Supreme Court is overturning the decision of this Court in *AC v. TPA*. Rather, the Supreme Court specifically refers to this decision in the above quoted paragraph, albeit for a different principle referenced in that case. If the Supreme Court had intended that *AC v. TPA* should no longer be followed for the principle that judicial review will not be available if the conduct does not affect legal rights, impose legal obligations or cause prejudicial effects, it presumably would have explicitly stated it was overturning this decision.

[20] Furthermore, it is important to review the context in which this statement was made by the Supreme Court. The issue in *Wall*, was described by the Supreme Court in the first paragraph of that decision:

1. The central question in this appeal is when, if ever, courts have jurisdiction to review the decisions of religious organizations where there are concerns about procedural fairness. In 2014, the appellant, the Judicial Committee

of the Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses, disfellowshipped the respondent, Randy Wall, after he admitted that he had engaged in sinful behaviour and was considered to be insufficiently repentant. The Judicial Committee's decision was confirmed by an Appeal Committee. Mr. Wall brought an originating application for judicial review of the decision to disfellowship him before the Alberta Court of Queen's Bench. The court first dealt with the issue of whether it had jurisdiction to decide the matter. Both the chambers judge and a majority of the Court of Appeal concluded that the courts had jurisdiction and could proceed to consider the merits of Mr. Wall's application.

[21] The issue was, therefore, whether the decision that had been reached by the Judicial Committee could be the subject of a judicial review. The conclusion of the Supreme Court was that this decision was not justiciable. The Supreme Court did not decide that a particular conduct which did not affect legal rights, impose legal obligations or cause prejudicial effects, could nevertheless be subject to judicial review. In *Wall*, Mr. Wall had been disfellowshipped by the Judicial Committee and therefore his rights were affected.

[22] APR submitted that two decisions of this Court applied the test as set out in *Wall*. In *Oceanex Inc. v. Canada (Transport)*, 2019 FCA 250, this Court simply noted that the Supreme Court had recently revisited the law governing the availability of judicial review and that it had emphasized:

[...] that judicial review is available only where two conditions are met – "where there is an exercise of state authority and where that exercise is of a sufficiently public character" [...]

(emphasis in original)

[23] This Court did not decide that judicial review would be available where these two conditions are met regardless of whether the particular decision or conduct affects legal rights, imposes legal obligations or causes prejudicial effects.

[24] In *Guérin c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 272, the reference to the Supreme Court's decision in *Wall*, is in paragraph 65: « Ce principe a récemment été réitéré par la Cour suprême dans *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall* [...] ». The principle to which this Court was referring was stated in the immediately preceding paragraph: « Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a clairement réaffirmé le principe selon lequel la relation de la Couronne avec ses employés est régie par le droit des contrats. » The principle to which this Court was referring was not the principle that related to the availability of judicial review but rather that the relationship between the Crown and its employees is governed by the law of contract.

[25] As a result, none of these cases support the proposition advanced by APR. APR also refers to the decision of this Court in *Wenham v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 199. In that case, this Court noted:

36 An application can be doomed to fail at any of the three stages:

I. Preliminary objections. An application not authorized under the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 or not aimed at public law matters may be quashed at the outset: *JP Morgan* at para. 68; *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) v. Wall*, 2018 SCC 26; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605.



[26] This Court referred to both the Supreme Court's decision in *Wall* and the decision of this Court in *AC v. TPA* as providing a basis on which a judicial review application could fail. Therefore, an application for judicial review could fail if the test as set out in *Wall* is not satisfied, or if the particular decision or conduct did not affect legal rights, impose legal obligations or cause prejudicial effects.

[27] As a result, there is no support for the proposition as advocated by APR that "where there is an exercise of state authority and where that exercise is of a sufficiently public character" that exercise of public authority can be subject to judicial review even though no legal rights are affected, no legal obligations are imposed and there are no prejudicial effects.

[28] However, the finding by Justice Mactavish that the impugned statements did not affect legal rights, impose legal obligations or cause prejudicial effects were made in relation to the part of the judicial review application with respect to the request for an order compelling the CTA to remove these statements from its website.

[29] As noted above, Justice Mactavish stated that she was assuming "that APR has satisfied the serious issue component of the injunctive test to the extent that it seeks to enjoin members of the CTA from dealing with passenger complaints on the basis that a reasonable apprehension of bias exists on their part". APR lost its motion for an interlocutory injunction in relation to this aspect at the irreparable harm stage, not the serious issue to be tried stage. CTA did not address this distinction in its memorandum of fact and law that it included with its motion record.

Instead, the CTA only focused on Justice Mactavish's conclusion that the impugned statements did not affect legal rights, impose legal obligations or cause prejudicial effects.

[30] Following the receipt of APR's motion record, CTA addressed the reasonable apprehension of bias argument in its reply submissions, which were longer than its original submissions.

[31] CTA, in its reply submissions, stated:

13. [APR] wants this Court to review facts which [APR] says create a reasonable apprehension of bias in future cases. There is no precedent for this. The proper course is to raise the issue in those cases where the decision of the [CTA] would affect the legal rights of the parties.

14. The decision of Mactavish J.A. on the motion for an interlocutory injunction brings home this very point. Mactavish J.A. pointed out that allegations of bias could be raised in actual proceedings affecting the rights of individuals, as was done in *E.A. Manning [E.A. Manning Ltd. v. Ontario Securities Commission]*, 18 O.R. (3d) 97, [1994] O.J. No. 1026;

“Even if it subsequently turns out that CTA members were in fact involved in the formulation of the statements, APR's argument could be advanced in the context of an actual passenger complaint and any bias concerns could be addressed in that context. Relief could then be sought in this Court if the complainant is not persuaded that they have received a fair hearing.”

[32] However, these comments of Justice Mactavish were made in paragraph 36 of her reasons in relation to the irreparable harm component of the *RJR-MacDonald* test, not whether there was a serious issue that was raised in the judicial review application in relation to this matter. The absence of a precedent should not also necessarily lead to the conclusion that an application for judicial review should be struck. CTA was also unable to identify any precedent

that clearly supported its position that this part of the judicial review application was “so clearly improper as to be bereft of any possibility of success” (*David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588, at page 600 (C.A.), 58 C.P.R. (3d) 209).

[33] The arguments related to the reasonable apprehension of bias should be made at the hearing of the judicial review application, not in reply submissions in relation to a motion to strike the judicial review application. APR should not be deprived of its argument simply because there is no precedent.

[34] As a result, I would dismiss the motion to strike the application for judicial review. The costs of this motion shall be in the cause.

“Wyman W. Webb”

---

J.A.

**FEDERAL COURT OF APPEAL**

**NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD**

**DOCKET:** A-102-20

**STYLE OF CAUSE:** AIR PASSENGER RIGHTS v.  
CANADIAN TRANSPORTATION  
AGENCY

**MOTION DEALT WITH IN WRITING WITHOUT APPEARANCE OF PARTIES**

**REASONS FOR ORDER BY:** WEBB J.A.

**DATED:** OCTOBER 2, 2020

**WRITTEN REPRESENTATIONS BY:**

Simon Lin FOR THE APPLICANT

Allan Matte FOR THE RESPONDENT

**SOLICITORS OF RECORD:**

Evolink Law Group FOR THE APPLICANT  
Burnaby, British Columbia

Legal Services Directorate FOR THE RESPONDENT  
Canadian Transportation Agency  
Gatineau, Quebec

No. 39266

December 23, 2020

Le 23 décembre 2020

**BETWEEN:**

**ENTRE :**

Air Passenger Rights

Air Passenger Rights

Applicant

Demanderesse

- and -

- et -

Canadian Transportation Agency

Office des transports du Canada

Respondent

Intimé

**JUDGMENT**

**JUGEMENT**

The application for leave to appeal from the judgment of the Federal Court of Appeal, Number A-102-20, 2020 FCA 92, dated May 22, 2020, is dismissed without costs.

La demande d'autorisation d'appel de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, numéro A-102-20, 2020 CAF 92, daté du 22 mai 2020, est rejetée sans dépens.

J.S.C.C.  
J.C.S.C.

**Ontario Energy Board** *Appellant*

*v.*

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

and

**Ontario Education Services Corporation**  
*Intervener*

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

**2015 SCC 44**

File No.: 35506.

2014: December 3; 2015: September 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

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

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

**Commission de l'énergie de l'Ontario**  
*Appelante*

*c.*

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

et

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

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

**2015 CSC 44**

N° du greffe : 35506.

2014 : 3 décembre; 2015 : 25 septembre.

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

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

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

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

*Board attempted to use appeal to “bootstrap” its original decision by making additional arguments on appeal.*

In Ontario, utility rates are regulated through a process by which a utility seeks approval from the Ontario Energy Board for costs the utility has incurred or expects to incur in a specified period of time. Where the Board approves of the costs, they are incorporated into utility rates such that the utility receives payment amounts to cover the approved expenditures. The Board disallowed certain payment amounts applied for by Ontario Power Generation (“OPG”) as part of its rate application covering the 2011-2012 operating period. Specifically, the Board disallowed \$145 million in labour compensation costs related to OPG’s nuclear operations on the grounds that OPG’s labour costs were out of step with those of comparable entities in the regulated power generation industry. A majority of the Ontario Divisional Court dismissed OPG’s appeal and upheld the decision of the Board. The Court of Appeal set aside the decisions of the Divisional Court and the Board and remitted the matter to the Board for redetermination in accordance with its reasons.

The crux of OPG’s argument here is that the Board is legally required to compensate OPG for all of its prudently committed or incurred costs. OPG asserts that prudence in this context has a particular methodological meaning that requires the Board to assess the reasonableness of OPG’s decision to incur or commit to costs at the time the decisions to incur or commit to the costs were made and that OPG ought to benefit from a presumption of prudence. The Board on the other hand argues that a particular prudence test methodology is not compelled by law, and that in any case the costs disallowed here were not committed nuclear compensation costs, but are better characterized as forecast costs.

OPG also raises concerns regarding the Board’s role in acting as a party on appeal from its own decision, arguing that the Board’s aggressive and adversarial defence of its decision was improper, and the Board attempted to use the appeal to bootstrap its original decision by making additional arguments on appeal. The Board argues that the structure of utilities regulation in Ontario makes it necessary and important for it to argue the merits of its decision on appeal.

*le caractère raisonnable de sa propre décision? — A-t-elle tenté de se servir de l’appel pour « s’auto-justifier » en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale?*

En Ontario, la tarification d’un service public est réglementée, de sorte que ce dernier doit obtenir de la Commission de l’énergie de l’Ontario l’approbation des dépenses qu’il a faites ou qu’il prévoit faire pendant une période donnée. Lorsque cette approbation est obtenue, les tarifs sont rajustés de manière que le service public touche des paiements qui correspondent à ses dépenses. La Commission a refusé certains paiements sollicités par Ontario Power Generation (« OPG ») dans sa décision sur la demande d’établissement des tarifs pour la période 2011-2012. Elle a en fait refusé à OPG le recouvrement de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération liées aux installations nucléaires du service public au motif que ces dépenses étaient en rupture avec celles d’organismes comparables dans le secteur réglementé de la production d’énergie. Les juges majoritaires de la Cour divisionnaire de l’Ontario ont rejeté l’appel d’OPG et confirmé la décision de la Commission. La Cour d’appel a annulé les décisions de la Cour divisionnaire et de la Commission, puis renvoyé le dossier à la Commission afin qu’elle rende une nouvelle décision conforme à ses motifs.

La thèse d’OPG en l’espèce veut essentiellement que la Commission soit légalement tenue de l’indemniser de la totalité des dépenses faites ou convenues avec prudence. OPG prétend que, dans ce contexte, la prudence se définit selon une méthode particulière qui exige de la Commission qu’elle détermine si, au moment où elles ont été prises, les décisions de faire les dépenses ou de convenir des dépenses étaient raisonnables. Elle soutient en outre qu’une présomption de prudence doit s’appliquer à son bénéfice. La Commission prétend pour sa part que la loi ne l’oblige pas à employer quelque méthode fondée sur le principe de la prudence et que, de toute manière, les dépenses de rémunération des employés du secteur nucléaire refusées en l’espèce n’étaient pas des dépenses convenues, mais bien des dépenses prévues.

OPG exprime en outre des préoccupations sur la participation de la Commission à l’appel de sa propre décision et fait valoir que la manière agressive et conflictuelle dont la Commission a défendu sa décision initiale n’était pas justifiée et que l’organisme a tenté de se servir de l’appel pour s’auto-justifier en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale. La Commission soutient que la manière dont les services publics sont réglementés en Ontario fait en sorte qu’il est nécessaire et important qu’elle défende la justesse de ses décisions portées en appel.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed. The decision of the Court of Appeal is set aside and the decision of the Board is reinstated.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.: The first issue is the appropriateness of the Board's participation in the appeal. The concerns with regard to tribunal participation on appeal from the tribunal's own decision should not be read to establish a categorical ban. A discretionary approach provides the best means of ensuring that the principles of finality and impartiality are respected without sacrificing the ability of reviewing courts to hear useful and important information and analysis. Because of their expertise and familiarity with the relevant administrative scheme, tribunals may in many cases be well positioned to help the reviewing court reach a just outcome. Further, some cases may arise in which there is simply no other party to stand in opposition to the party challenging the tribunal decision. In a situation where no other well-informed party stands opposed, the presence of a tribunal as an adversarial party may help the court ensure it has heard the best of both sides of a dispute. The following factors are relevant in informing the court's exercise of its discretion: statutory provisions addressing the structure, processes and role of the particular tribunal and the mandate of the tribunal, that is, whether the function of the tribunal is to adjudicate individual conflicts between parties or whether it serves a policy-making, regulatory or investigative role, or acts on behalf of the public interest. The importance of fairness, real and perceived, weighs more heavily against tribunal standing where the tribunal served an adjudicatory function in the proceeding. Tribunal standing is a matter to be determined by the court conducting the first-instance review in accordance with the principled exercise of that court's discretion. In exercising its discretion, the court is required to balance the need for fully informed adjudication against the importance of maintaining tribunal impartiality.

Consideration of these factors in the context of this case leads to the conclusion that it was not improper for the Board to participate in arguing in favour of the reasonableness of its decision on appeal. The Board was the only respondent in the initial review of its decision. It had no alternative but to step in if the decision was to be defended on the merits. Also, the Board was exercising

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour d'appel est annulée et celle de la Commission est rétablie.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon : Se pose en premier lieu la question du caractère approprié de la participation de la Commission au pourvoi. Les préoccupations relatives à la participation d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision ne sauraient fonder l'interdiction absolue d'une telle participation. La démarche discrétionnaire offre le meilleur moyen d'assurer le caractère définitif de la décision et l'impartialité du décideur sans que la cour de révision ne soit alors privée de données et d'analyses à la fois utiles et importantes. Vu ses compétences spécialisées et sa connaissance approfondie du régime administratif en cause, le tribunal administratif peut, dans bien des cas, être bien placé pour aider la cour de révision à rendre une juste décision. Qui plus est, dans certains cas, il n'y a tout simplement personne pour s'opposer à la partie qui conteste la décision du tribunal administratif. Lorsqu'aucune autre partie bien au fait des enjeux ne fait valoir le point de vue opposé, la participation du tribunal administratif à titre de partie adverse peut contribuer à faire en sorte que la cour statue après avoir entendu les arguments les plus convaincants de chacune des deux parties au litige. Les considérations suivantes permettent de délimiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de révision : les dispositions législatives portant sur la structure, le fonctionnement et la mission du tribunal en cause et le mandat du tribunal, à savoir si sa fonction consiste soit à trancher des différends individuels opposant plusieurs parties, soit à élaborer des politiques, à réglementer ou à enquêter, ou à défendre l'intérêt public. L'importance de l'équité, réelle et perçue, milite davantage contre la reconnaissance de la qualité pour agir du tribunal administratif qui a exercé une fonction juridictionnelle dans l'instance. Il appartient à la cour de première instance chargée du contrôle judiciaire de décider de la qualité pour agir d'un tribunal administratif en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnée. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit établir un équilibre entre la nécessité d'une décision bien éclairée et l'importance d'assurer l'impartialité du tribunal administratif.

L'application de ces principes à la situation considérée en l'espèce mène à la conclusion qu'il n'était pas inapproprié que la Commission participe à l'appel pour défendre le caractère raisonnable de sa décision. La Commission était la seule partie intimée lors du contrôle judiciaire initial de sa décision. Elle n'avait d'autre choix que de prendre part à l'instance pour que sa décision



a regulatory role by setting just and reasonable payment amounts to a utility. In this case, the Board's participation in the instant appeal was not improper.

The issue of tribunal "bootstrapping" is closely related to the question of when it is proper for a tribunal to act as a party on appeal or judicial review of its decision. The standing issue concerns the types of argument a tribunal may make, while the bootstrapping issue concerns the content of those arguments. A tribunal engages in bootstrapping where it seeks to supplement what would otherwise be a deficient decision with new arguments on appeal. A tribunal may not defend its decision on a ground that it did not rely on in the decision under review. The principle of finality dictates that once a tribunal has decided the issues before it and provided reasons for its decision, absent a power to vary its decision or rehear the matter, it cannot use judicial review as a chance to amend, vary, qualify or supplement its reasons. While a permissive stance towards new arguments by tribunals on appeal serves the interests of justice insofar as it ensures that a reviewing court is presented with the strongest arguments in favour of both sides, to permit bootstrapping may undermine the importance of reasoned, well-written original decisions. In this case, the Board did not impermissibly step beyond the bounds of its original decision in its arguments before the Court. The arguments raised by the Board on appeal do not amount to impermissible bootstrapping.

The merits issue concerns whether the appropriate methodology was followed by the Board in its disallowance of \$145 million in labour compensation costs sought by OPG. The just-and-reasonable approach to recovery of the cost of services provided by a utility captures the essential balance at the heart of utilities regulation: to encourage investment in a robust utility infrastructure and to protect consumer interests, utilities must be allowed, over the long run, to earn their cost of capital, no more, no less. In order to ensure the balance between utilities' and consumers' interests is struck, just and reasonable rates must be those that ensure consumers are paying what the Board expects it to cost to efficiently provide the services they receive, taking account of both operating and capital costs. In that way, consumers may be assured that, overall, they are paying no more than what is necessary for the service they receive, and

soit défendue au fond. Aussi, la Commission a exercé sa fonction de réglementation en établissant les paiements justes et raisonnables auxquels un service public avait droit. Sa participation au pourvoi n'avait rien d'inapproprié en l'espèce.

La question de l'« autojustification » est étroitement liée à celle de savoir à quelles conditions le tribunal administratif est en droit d'agir comme partie à l'appel ou au contrôle judiciaire de sa décision. Statuer sur la qualité pour agir d'un tribunal c'est décider de ce qu'il peut faire valoir, alors que l'autojustification touche à la teneur des prétentions. Un tribunal s'autojustifie lorsqu'il cherche, par la présentation de nouveaux arguments en appel, à étoffer une décision qui, sinon, serait lacunaire. Un tribunal ne peut défendre sa décision en invoquant un motif qui n'a pas été soulevé dans la décision faisant l'objet du contrôle. Le caractère définitif de la décision veut que, dès lors qu'il a tranché les questions dont il était saisi et qu'il a motivé sa décision, à moins qu'il ne soit investi du pouvoir de modifier sa décision ou d'entendre à nouveau l'affaire, un tribunal ne puisse profiter d'un contrôle judiciaire pour modifier, changer, nuancer ou compléter ses motifs. Même s'il est dans l'intérêt de la justice de permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel, la cour de révision étant alors saisie des arguments les plus convaincants à l'appui de chacune des thèses, autoriser l'autojustification risque de compromettre l'importance de décisions bien étayées et bien rédigées au départ. Dans la présente affaire, la Commission n'a pas indûment outrepassé les limites de sa décision initiale lorsqu'elle a présenté ses arguments devant la Cour. Les arguments qu'elle a invoqués en appel n'équivalent pas à une autojustification inadmissible.

La question de fond est celle de savoir si la Commission a employé une méthode appropriée pour refuser à OPG le recouvrement de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération. L'approche fondée sur le caractère juste et raisonnable des dépenses qu'un service public peut recouvrer rend compte de l'équilibre essentiel recherché dans la réglementation des services publics : pour encourager l'investissement dans une infrastructure robuste et protéger l'intérêt des consommateurs, un service public doit pouvoir, à long terme, toucher l'équivalent du coût du capital, ni plus, ni moins. Lorsqu'il s'agit d'assurer l'équilibre entre les intérêts du service public et ceux du consommateur, la tarification juste et raisonnable est celle qui fait en sorte que le consommateur paie ce que la Commission prévoit qu'il en coûtera pour la prestation efficace du service, compte tenu à la fois des dépenses d'exploitation et des coûts en

utilities may be assured of an opportunity to earn a fair return for providing those services.

The *Ontario Energy Board Act, 1998* does not prescribe the methodology the Board must use to weigh utility and consumer interests when deciding what constitutes just and reasonable payment amounts to the utility. However, the *Ontario Energy Board Act, 1998* places the burden on the applicant utility to establish that payment amounts approved by the Board are just and reasonable. It would thus seem inconsistent with the statutory scheme to presume that utility decisions to incur costs were prudent. The Board has broad discretion to determine the methods it may use to examine costs — but it cannot shift the burden of proof contrary to the statutory scheme.

The issue is whether the Board was bound to use a no-hindsight, presumption of prudence test to determine whether labour compensation costs were just and reasonable. The prudent investment test, or prudence review, is a valid and widely accepted tool that regulators may use when assessing whether payments to a utility would be just and reasonable. However, there is no support in the statutory scheme for the notion that the Board should be required as a matter of law, under the *Ontario Energy Board Act, 1998* to apply the prudence test such that the mere decision not to apply it when considering committed costs would render its decision on payment amounts unreasonable. Where a statute requires only that the regulator set “just and reasonable” payments, as the *Ontario Energy Board Act, 1998* does in Ontario, the regulator may make use of a variety of analytical tools in assessing the justness and reasonableness of a utility’s proposed payment amounts. This is particularly so where, as here, the regulator has been given express discretion over the methodology to be used in setting payment amounts.

Where the regulator has discretion over its methodological approach, understanding whether the costs at issue are “forecast” or “committed” may be helpful in reviewing the reasonableness of a regulator’s choice of methodology. Here, the labour compensation costs which led to the \$145 million disallowance are best understood

capital. Ainsi, le consommateur a l’assurance que, globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service, et le service public a l’assurance de pouvoir toucher une juste contrepartie pour la prestation du service.

La *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ne prescrit pas la méthode que doit utiliser la Commission pour soupeser les intérêts respectifs du service public et du consommateur lorsqu’elle décide ce qui constitue des paiements justes et raisonnables. Suivant cette loi, il incombe cependant au service public requérant d’établir que les paiements qu’il demande à la Commission d’approuver sont justes et raisonnables. Il semble donc contraire au régime législatif de présumer que la décision du service public de faire les dépenses était prudente. La Commission jouit d’un grand pouvoir discrétionnaire qui lui permet d’arrêter la méthode à employer dans l’examen des dépenses, mais elle ne peut tout simplement pas inverser le fardeau de la preuve qu’établit le régime législatif.

La question à trancher est celle de savoir si la Commission était tenue à l’application d’un critère excluant le recul et présumant la prudence pour décider si les dépenses de rémunération du personnel étaient justes et raisonnables. Le critère de l’investissement prudent — ou contrôle de la prudence — offre aux organismes de réglementation un moyen valable et largement reconnu d’apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par un service public. Toutefois, aucun élément du régime législatif n’appuie l’idée que la Commission devrait être tenue en droit, suivant la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, d’appliquer le critère de la prudence de sorte que la seule décision de ne pas l’appliquer pour apprécier des dépenses convenues rendrait déraisonnable sa décision sur les paiements. Lorsqu’un texte législatif — telle la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* en Ontario — exige seulement qu’il fixe des paiements « justes et raisonnables », l’organisme de réglementation peut avoir recours à divers moyens d’analyse pour apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par le service public. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l’espèce, l’organisme de réglementation se voit accorder expressément un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à appliquer pour fixer les paiements.

Lorsque l’organisme de réglementation possède un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer, la qualification des dépenses — « prévues » ou « convenues » — peut constituer une étape importante pour statuer sur le caractère raisonnable de la méthode retenue. Dans la présente affaire, il convient mieux de voir dans

as partly committed costs and partly costs subject to management discretion. They are partly committed because they resulted from collective agreements entered into between OPG and two of its unions, and partly subject to management discretion because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of, among other things, projected attrition of the workforce. It is not reasonable to treat these costs as entirely forecast. However, the Board was not bound to apply a particular prudence test in evaluating these costs. It is not necessarily unreasonable, in light of the particular regulatory structure established by the *Ontario Energy Board Act, 1998*, for the Board to evaluate committed costs using a method other than a no-hindsight prudence review. Applying a presumption of prudence would have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998* and would therefore not have been reasonable. The question of whether it was reasonable to assess a particular cost using hindsight should turn instead on the circumstances of that cost.

In this case, the nature of the disputed costs and the environment in which they arose provide a sufficient basis to find that the Board did not act unreasonably in not applying the prudent investment test in determining whether it would be just and reasonable to compensate OPG for these costs and disallowing them. Since the costs at issue are operating costs, there is little danger that a disallowance of these costs will have a chilling effect on OPG's willingness to incur operating costs in the future, because costs of the type disallowed here are an inescapable element of operating a utility. Further, the costs at issue arise in the context of an ongoing repeat-player relationship between OPG and its employees. Such a context supports the reasonableness of a regulator's decision to weigh all evidence it finds relevant in striking a just and reasonable balance between the utility and consumers, rather than confining itself to a no-hindsight approach. There is no dispute that collective agreements are "immutable" between employees and the utility. However, if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant the Board oversight of utility compensation costs. The Board's decision in no way purports to force OPG to break its contractual commitments to unionized employees. It was not unreasonable

les dépenses de rémunération dont le recouvrement a été refusé à raison de 145 millions de dollars en partie des dépenses convenues et en partie des dépenses relevant du pouvoir discrétionnaire de la direction. Elles sont en partie convenues parce qu'elles résultent de conventions collectives intervenues entre OPG et deux de ses syndicats, et elles relèvent en partie de la discrétion de la direction parce qu'OPG conservait une certaine marge de manœuvre dans la gestion des niveaux de dotation globale compte tenu, entre autres, de l'attrition projetée de l'effectif. Il est déraisonnable de considérer qu'il s'agit en totalité de dépenses prévues. Cependant, la Commission n'était pas tenue d'appliquer un principe de prudence donné pour apprécier ces dépenses. Il n'est pas nécessairement déraisonnable, à la lumière du cadre réglementaire établi par la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, que la Commission se prononce sur les dépenses convenues en employant une autre méthode que l'application d'un critère de prudence qui exclut le recul. Présumer la prudence aurait été incompatible avec le fardeau de la preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* et, de ce fait, déraisonnable. Qu'il soit raisonnable ou non d'apprécier certaines dépenses avec recul devrait plutôt dépendre des circonstances de la décision dont s'originent ces dépenses.

Dans la présente affaire, la nature des dépenses litigieuses et le contexte dans lequel elles ont vu le jour permettent de conclure que la Commission n'a pas agi de manière déraisonnable en n'appliquant pas le critère de l'investissement prudent pour décider s'il était juste et raisonnable d'indemniser OPG de ces dépenses et en refusant le recouvrement de celles-ci. Puisque les dépenses en cause sont des dépenses d'exploitation, il est peu probable que le refus essuyé dissuade OPG de faire de telles dépenses à l'avenir, car les dépenses de la nature de celles dont le recouvrement a été refusé sont inhérentes à l'exploitation d'un service public. Aussi, les dépenses en cause découlent d'une relation continue entre OPG et ses employés. Pareil contexte milite en faveur du caractère raisonnable de la décision de l'organisme de réglementation de soupeser toute preuve qu'il juge pertinente aux fins d'établir un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs, au lieu de s'en tenir à une approche excluant le recul. Nul ne conteste que les conventions collectives intervenues entre le service public et ses employés sont « immuables ». Toutefois, si le législateur avait voulu que les dépenses qui en sont issues se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il n'aurait pas jugé opportun d'investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de

for the Board to adopt a mixed approach that did not rely on quantifying the exact share of compensation costs that fell into the forecast and committed categories. Such an approach represents an exercise of the Board's methodological discretion in addressing a challenging issue where these costs did not fit easily into one category or the other.

The Board's disallowance may have adversely impacted OPG's ability to earn its cost of capital in the short run. Nevertheless, the disallowance was intended to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance. Such a signal may, in the short run, provide the necessary impetus for OPG to bring its compensation costs in line with what, in the Board's opinion, consumers should justly expect to pay for an efficiently provided service. Sending such a signal is consistent with the Board's market proxy role and its objectives under s. 1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*.

*Per* Abella J. (dissenting): The Board's decision was unreasonable because the Board failed to apply the methodology set out for itself for evaluating just and reasonable payment amounts. It both ignored the legally binding nature of the collective agreements between Ontario Power Generation and the unions and failed to distinguish between committed compensation costs and those that were reducible.

The Board stated in its reasons that it would use two kinds of review in order to determine just and reasonable payment amounts. As to "forecast costs", that is, those over which a utility retains discretion and can still be reduced or avoided, the Board explained that it would review such costs using a wide range of evidence, and that the onus would be on the utility to demonstrate that its forecast costs were reasonable. A different approach, however, would be applied to those costs the company could not "take action to reduce". These costs, sometimes called "committed costs", represent binding commitments that leave a utility with no discretion about whether to make the payment. The Board explained that it would evaluate these costs using a "prudence review". The application of a prudence review does not shield

rémunération d'un service public. La Commission n'entend aucunement, par sa décision, contraindre OPG à se soustraire à ses engagements contractuels envers ses employés syndiqués. Il n'était pas déraisonnable que la Commission opte pour une démarche hybride qui ne se fonde pas sur la répartition exacte des dépenses de rémunération entre celles qui sont prévues et celles qui sont convenues. Pareille démarche correspond à un exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission sur le plan méthodologique lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une question épineuse et que les dépenses en cause ne sont pas aisément assimilables à l'une ou l'autre de ces catégories.

Le refus de la Commission a pu nuire à la possibilité qu'OPG obtienne à court terme l'équivalent de son coût du capital. Toutefois, il visait à signifier clairement à OPG qu'il lui incombe d'accroître sa performance. L'envoi d'un tel message peut, à court terme, donner à OPG l'impulsion nécessaire pour rapprocher ses dépenses de rémunération de ce que, selon la Commission, les consommateurs devraient à bon droit s'attendre à payer pour la prestation efficace du service. L'envoi d'un tel message est conforme au rôle de substitut du marché de la Commission et à ses objectifs selon l'article premier de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*.

*La* juge Abella (dissidente) : La Commission a rendu une décision déraisonnable en ce qu'elle n'a pas appliqué la méthode qu'elle avait elle-même établie pour déterminer le montant de paiements justes et raisonnables. Elle a à la fois méconnu le caractère contraignant en droit des conventions collectives liant Ontario Power Generation et les syndicats et omis de distinguer les dépenses de rémunération convenues de celles qui étaient réductibles.

Dans ses motifs, la Commission a dit recourir à deux examens pour arrêter le montant de paiements justes et raisonnables. En ce qui concerne les « dépenses prévues », soit celles à l'égard desquelles le service public conserve un pouvoir discrétionnaire et qu'il peut toujours réduire ou éviter, la Commission a expliqué qu'elle examinait ces dépenses au regard d'une vaste gamme d'éléments de preuve et qu'il incombait au service public d'en démontrer le caractère raisonnable. Cependant, une démarche différente était suivie pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction ». Ces dépenses, parfois appelées « dépenses convenues », résultent d'obligations contractuelles qui excluent tout pouvoir discrétionnaire permettant au service public de ne pas les acquitter. La Commission a expliqué

these costs from scrutiny, but it does include a presumption that the costs were prudently incurred.

Rather than apply the methodology it set out for itself, however, the Board assessed *all* compensation costs in Ontario Power Generation's collective agreements as adjustable forecast costs, without determining whether any of them were costs for which there is no opportunity for the company to take action to reduce. The Board's failure to separately assess the compensation costs committed as a result of the collective agreements from other compensation costs, ignored not only its own methodological template, but labour law as well.

The compensation costs for approximately 90 per cent of Ontario Power Generation's regulated workforce were established through legally binding collective agreements which obligated the utility to pay fixed levels of compensation, regulated staffing levels, and provided unionized employees with employment security. The obligations contained in these collective agreements were immutable and legally binding commitments. The agreements therefore did not just leave the utility with limited flexibility regarding overall compensation or staffing levels, they made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels of 90 per cent of its regulated workforce in a manner that was inconsistent with its commitments under the agreements.

The Board, however, applying the methodology it said it would use for the utility's forecast costs, put the onus on Ontario Power Generation to prove the reasonableness of all its compensation costs and concluded that it had failed to provide compelling evidence or documentation or analysis to justify compensation levels. Had the Board used the approach it said it would use for costs the company had no opportunity to reduce, it would have used an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility's expenditures were reasonable.

It may well be that Ontario Power Generation has the ability to manage some staffing levels through attrition or other mechanisms that did not breach the utility's commitments under its collective agreements, and that these costs may therefore properly be characterized as forecast

qu'elle appréciait ces dépenses en se livrant à un « contrôle de la prudence ». L'application du principe de la prudence ne soustrait pas ces dépenses à tout examen, mais elle présume que les dépenses ont été faites de manière prudente.

Toutefois, au lieu d'appliquer la méthode qu'elle avait elle-même établie, la Commission a considéré *toutes* les dépenses de rémunération issues des conventions collectives d'Ontario Power Generation comme des dépenses prévues ajustables sans se demander s'il s'agissait en partie de dépenses pour lesquelles la société ne pouvait prendre de mesures de réduction. Par son omission d'apprécier les dépenses de rémunération issues des conventions collectives séparément des autres dépenses de rémunération, la Commission a méconnu à la fois son propre cadre méthodologique et le droit du travail.

Les dépenses de rémunération visant environ 90 p. 100 de l'effectif obligatoire d'Ontario Power Generation étaient établies par des conventions collectives contraignantes en droit qui imposaient des barèmes de rémunération fixes, qui déterminaient les niveaux de dotation et qui garantissaient la sécurité d'emploi des employés syndiqués. Les obligations contractées dans ces conventions collectives constituaient des engagements immuables ayant force obligatoire. Ces conventions ne laissaient pas seulement au service public peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble, elles rendaient *illégal* la modification par le service public — d'une manière incompatible avec les engagements qu'il y prenait — des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation quant à 90 p. 100 de son effectif obligatoire.

Or, en appliquant la méthode qu'elle avait dit qu'elle utiliserait à l'égard des dépenses prévues du service public, la Commission a en fait obligé Ontario Power Generation à prouver le caractère raisonnable de toutes ses dépenses de rémunération et a conclu que l'entreprise n'avait présenté ni preuve convaincante, ni documents ou analyses qui justifiaient les barèmes de rémunération. Si elle avait eu recours à l'approche qu'elle avait dit qu'elle utiliserait pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction », la Commission aurait contrôlé la prudence des dépenses après coup et appliqué la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables.

Il se peut fort bien qu'Ontario Power Generation puisse modifier certains niveaux de dotation par voie d'attrition ou grâce à d'autres mécanismes qui ne vont pas à l'encontre de ses obligations suivant les conventions collectives. Il se peut fort bien aussi que les dépenses puissent



costs. But no factual findings were made by the Board about the extent of any such flexibility. There is in fact no evidence in the record, nor any evidence cited in the Board's decision, setting out what proportion of Ontario Power Generation's compensation costs were fixed and what proportion remained subject to the utility's discretion. Given that collective agreements are legally binding, it was unreasonable for the Board to assume that Ontario Power Generation could reduce the costs fixed by these contracts in the absence of any evidence to that effect.

Selecting a test which is more likely to confirm the Board's assumption that collectively-bargained costs are excessive, misconceives the point of the exercise, namely, to determine whether those costs were in fact excessive. Blaming collective bargaining for what are *assumed* to be excessive costs, imposes the appearance of an ideologically-driven conclusion on what is intended to be a principled methodology based on a distinction between committed and forecast costs, not between costs which are collectively bargained and those which are not. While the Board has wide discretion to fix payment amounts that are just and reasonable and, subject to certain limitations, to establish the methodology used to determine such amounts, once the Board establishes a methodology, it is, at the very least, required to faithfully apply it.

Absent methodological clarity and predictability, Ontario Power Generation would be unable to know how to determine what expenditures and investments to make and how to present them to the Board for review. Wandering sporadically from approach to approach, or failing to apply the methodology it declares itself to be following, creates uncertainty and leads, inevitably, to needlessly wasting public time and resources in constantly having to anticipate and respond to moving regulatory targets. Whether or not one can fault the Board for failing to use a particular methodology, what the Board can unquestionably be analytically faulted for, is evaluating all compensation costs fixed by collective agreements as being amenable to adjustment. Treating these compensation costs as reducible was unreasonable.

donc être assimilées à juste titre à des dépenses prévues. La Commission n'a toutefois tiré aucune conclusion de fait sur l'étendue d'une telle marge de manœuvre. En fait, aucun élément du dossier ou de la preuve invoquée par la Commission n'indique dans quelle proportion les dépenses de rémunération d'Ontario Power Generation étaient fixes et dans quelle proportion elles demeuraient assujetties au pouvoir discrétionnaire du service public. Comme les conventions collectives sont contraignantes en droit, il était déraisonnable que la Commission présume qu'Ontario Power Generation pouvait réduire les dépenses déterminées par ces contrats en l'absence de toute preuve en ce sens.

En choisissant un critère éminemment susceptible de confirmer l'hypothèse de la Commission selon laquelle les dépenses issues de négociations collectives sont excessives, on se méprend sur l'objectif de la démarche, qui est de déterminer si ces dépenses étaient bel et bien excessives. Imputer à la négociation collective ce que l'on *suppose* constituer des dépenses excessives revient à substituer ce qui a l'apparence d'une conclusion idéologique à ce qui est censé résulter d'une méthode d'analyse raisonnée qui distingue entre les dépenses convenues et les dépenses prévues, non entre les dépenses issues de négociations collectives et celles qui ne le sont pas. Même si la Commission jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer les paiements qui sont justes et raisonnables et, à l'intérieur de certaines limites, de définir la méthode utilisée pour établir le montant de ces paiements, dès lors qu'elle a établi une telle méthode, elle doit à tout le moins l'appliquer avec constance.

En l'absence de clarté et de prévisibilité quant à la méthode à appliquer, Ontario Power Generation ne peut savoir comment déterminer les dépenses et les investissements à faire et de quelle manière les soumettre à l'examen de la Commission. Passer sporadiquement d'une approche à une autre ou ne pas appliquer la méthode que l'on prétend appliquer crée de l'incertitude et mène inévitablement au gaspillage inutile du temps et des ressources publics en ce qu'il faut constamment anticiper un objectif réglementaire fluctuant et s'y ajuster. On peut reprocher ou non à la Commission de ne pas avoir appliqué une certaine méthode, mais on peut assurément lui reprocher, sur le plan analytique, d'avoir considéré toutes les dépenses de rémunération déterminées par des conventions collectives comme des dépenses ajustables. Voir dans ces dépenses des dépenses réductibles est à mon sens déraisonnable.

The appeal should accordingly be dismissed, the Board's decision set aside, and the matter remitted to the Board for reconsideration.

### Cases Cited

By Rothstein J.

**Considered:** *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; **referred to:** *Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171; *Ontario Power Generation Inc. (Re)*, EB-2007-0905, November 3, 2008 (online: <http://www.ontarioenergy-board.ca/>); *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309; *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3; *Leon's Furniture Ltd. v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110; *Henthorne v. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764; *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *U.S. West Communications, Inc. v. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (1995); *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] S.C.R.

Je serais donc d'avis de rejeter le pourvoi, d'annuler la décision de la Commission et de renvoyer l'affaire à la Commission pour réexamen.

### Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

**Arrêts examinés :** *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; **arrêts mentionnés :** *Toronto Hydro-Electric System Ltd. c. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481; *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'Énergie*, 2004 CAF 149; *Ontario Power Generation Inc. (Re)*, EB-2007-0905, November 3, 2008 (en ligne : <http://www.ontarioenergyboard.ca/>); *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *B.C.G.E.U. c. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309; *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3; *Leon's Furniture Ltd. c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110; *Henthorne c. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 93; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *U.S. West Communications, Inc. c. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (1995); *British Columbia Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960]

837; *Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27; *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227.

R.C.S. 837; *Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27; *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227.

By Abella J. (dissenting)

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002); *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL); *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171.

*Verizon Communications Inc. c. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002); *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL); *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'Énergie*, 2004 CAF 149.

#### Statutes and Regulations Cited

*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, ss. 56, 69.  
*Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9.  
*Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, ss. 1, 33(3), 78.1.  
*Payments Under Section 78.1 of the Act*, O. Reg. 53/05, ss. 3, 6.  
*Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 277 [rep. 1973, c. 29, s. 187], s. 16(1)(b).

#### Lois et règlements cités

*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 56, 69.  
*Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.O. 1998, c. 15, ann. B, art. 1, 33(3), 78.1.  
*Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9.  
*Payments Under Section 78.1 of the Act*, O. Reg. 53/05, art. 3, 6.  
*Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 277 [abr. 1973, c. 29, art. 187], art. 16(1)(b).

#### Authors Cited

Burns, Robert E., et al. *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16. Columbus, Ohio: National Regulatory Research Institute, April 1985.  
 Chaykowski, Richard P. *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG*, file No. EB-2013-0321, exhibit F4-03-01, attachment 1, September 2013 (online: [http://www.opg.com/about/regulatory-affairs/Documents/2014-2015/F4-03-01\\_Attachment%201.pdf](http://www.opg.com/about/regulatory-affairs/Documents/2014-2015/F4-03-01_Attachment%201.pdf)).  
 Clark, Ron W., Scott A. Stoll and Fred D. Cass. *Ontario Energy Law: Electricity*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.  
 Falzon, Frank A. V. "Tribunal Standing on Judicial Review" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 21.  
 Jacobs, Laverne A., and Thomas S. Kuttner. "Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts" (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 616.

#### Doctrine et autres documents cités

Burns, Robert E., et al. *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16, Columbus (Ohio), National Regulatory Research Institute, April 1985.  
 Chaykowski, Richard P. *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG*, file No. EB-2013-0321, exhibit F4-03-01, attachment 1, September 2013 (en ligne : [http://www.opg.com/about/regulatory-affairs/Documents/2014-2015/F4-03-01\\_Attachment%201.pdf](http://www.opg.com/about/regulatory-affairs/Documents/2014-2015/F4-03-01_Attachment%201.pdf)).  
 Clark, Ron W., Scott A. Stoll and Fred D. Cass. *Ontario Energy Law : Electricity*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.  
 Falzon, Frank A. V. « Tribunal Standing on Judicial Review » (2008), 21 *R.C.D.A.P.* 21.  
 Jacobs, Laverne A., and Thomas S. Kuttner. « Discovering What Tribunals Do : Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 *R. du B. can.* 616.



Kahn, Jonathan. “Keep *Hope* Alive: Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs” (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43.

Mullan, David. “Administrative Law and Energy Regulation”, in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*. Toronto: Carswell, 2011, 35.

Ontario. Office of the Auditor General of Ontario. *2011 Annual Report*. Toronto: Queen’s Printer, 2011.

Reid, Laurie, and John Todd. “New Developments in Rate Design for Electricity Distributors”, in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*. Toronto: Carswell, 2011, 519.

Semple, Noel. “The Case for Tribunal Standing in Canada” (2007), 20 *C.J.A.L.P.* 305.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Goudge and Blair JJ.A.), 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, 365 D.L.R. (4th) 247, 307 O.A.C. 109, [2013] O.J. No. 3917 (QL), 2013 CarswellOnt 9792 (WL Can.), setting aside a decision of the Divisional Court (Aitken, Swinton and Hoy JJ.), 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, 347 D.L.R. (4th) 355, [2012] O.J. No. 862 (QL), 2012 CarswellOnt 2710 (WL Can.), and setting aside a decision of the Ontario Energy Board, EB-2010-0008, March 10, 2011 (online: <http://www.ontarioenergyboard.ca/>), 2011 LNONOEB 57 (QL), 2011 CarswellOnt 3723 (WL Can.). Appeal allowed, Abella J. dissenting.

*Glenn Zacher, Patrick Duffy and James Wilson*, for the appellant.

*John B. Laskin, Crawford Smith, Myriam Seers and Carlton Mathias*, for the respondent Ontario Power Generation Inc.

*Richard P. Stephenson and Emily Lawrence*, for the respondent the Power Workers’ Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000.

*Paul J. J. Cavalluzzo and Amanda Darrach*, for the respondent the Society of Energy Professionals.

*Mark Rubenstein*, for the intervener.

Kahn, Jonathan. « Keep *Hope* Alive : Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs » (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43.

Mullan, David. « Administrative Law and Energy Regulation », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 35.

Ontario. Bureau du vérificateur général de l’Ontario. *Rapport annuel 2011*, Toronto, Imprimeur de la Reine, 2011.

Reid, Laurie, and John Todd. « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 519.

Semple, Noel. « The Case for Tribunal Standing in Canada » (2007), 20 *R.C.D.A.P.* 305.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Rosenberg, Goudge et Blair), 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, 365 D.L.R. (4th) 247, 307 O.A.C. 109, [2013] O.J. No. 3917 (QL), 2013 CarswellOnt 9792 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la Cour divisionnaire (les juges Aitken, Swinton et Hoy), 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, 347 D.L.R. (4th) 355, [2012] O.J. No. 862 (QL), 2012 CarswellOnt 2710 (WL Can.), et une décision de la Commission de l’énergie de l’Ontario, EB-2010-0008, 10 mars 2011 (en ligne : <http://www.ontarioenergyboard.ca/>), 2011 LNONOEB 57 (QL), 2011 CarswellOnt 3723 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

*Glenn Zacher, Patrick Duffy et James Wilson*, pour l’appelante.

*John B. Laskin, Crawford Smith, Myriam Seers et Carlton Mathias*, pour l’intimée Ontario Power Generation Inc.

*Richard P. Stephenson et Emily Lawrence*, pour l’intimé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000.

*Paul J. J. Cavalluzzo et Amanda Darrach*, pour l’intimée Society of Energy Professionals.

*Mark Rubenstein*, pour l’intervenante.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — In Ontario, utility rates are regulated through a process by which a utility seeks approval from the Ontario Energy Board (“Board”) for costs the utility has incurred or expects to incur in a specified period of time. Where the Board approves of costs, they are incorporated into utility rates such that the utility receives payment amounts to cover the approved expenditures. This case concerns the decision of the Board to disallow certain payment amounts applied for by Ontario Power Generation Inc. (“OPG”) as part of its rate application covering the 2011-2012 operating period. Specifically, the Board disallowed \$145 million in labour compensation costs related to OPG’s nuclear operations on the grounds that OPG’s labour costs were out of step with those of comparable entities in the regulated power generation industry.

[2] OPG appealed the Board’s decision to the Ontario Divisional Court. A majority of the court dismissed the appeal and upheld the decision of the Board. OPG then appealed that decision to the Ontario Court of Appeal, which set aside the decisions of the Divisional Court and the Board and remitted the matter to the Board for redetermination in accordance with its reasons. The Board now appeals to this Court.

[3] OPG asserts that the Board’s decision to disallow these labour compensation costs was unreasonable. The crux of OPG’s argument is that the Board is legally required to compensate OPG for all of its prudently committed or incurred costs. OPG asserts that prudence in this context has a particular methodological meaning that requires the Board to assess the reasonableness of OPG’s decisions to incur or commit to costs at the time the decisions to incur or commit to the costs were made and that OPG ought to benefit from a presumption of prudence. Because the Board did not employ this prudence

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — En Ontario, la tarification d’un service public est réglementée, de sorte que ce dernier doit obtenir de la Commission de l’énergie de l’Ontario (« Commission ») l’approbation des dépenses qu’il a faites ou qu’il prévoit faire pendant une période donnée. Lorsque cette approbation est obtenue, les tarifs sont rajustés de manière que l’entreprise touche des paiements qui correspondent à ses dépenses. Le présent pourvoi vise la décision de la Commission de refuser certains paiements à Ontario Power Generation Inc. (« OPG ») par suite de sa demande d’approbation de tarifs pour la période 2011-2012. Plus particulièrement, la Commission a refusé d’approuver des dépenses de 145 millions de dollars au titre de la rémunération du personnel affecté aux installations nucléaires au motif que le coût de la main-d’œuvre d’OPG était en rupture avec celui d’organismes comparables dans le secteur réglementé de la production d’énergie.

[2] OPG en a appelé devant la Cour divisionnaire de l’Ontario, dont les juges majoritaires ont rejeté l’appel et confirmé la décision de la Commission. OPG s’est alors adressée à la Cour d’appel de l’Ontario, qui a annulé les décisions de la Cour divisionnaire et de la Commission, puis renvoyé le dossier à la Commission afin qu’elle rende une nouvelle décision conforme à ses motifs. La Commission interjette aujourd’hui appel devant notre Cour.

[3] OPG soutient que le refus de la Commission d’approuver ces dépenses de rémunération de ses employés est déraisonnable. Sa thèse veut essentiellement que la Commission soit légalement tenue de l’indemniser de la totalité des dépenses faites ou convenues avec prudence. OPG prétend que, dans ce contexte, la prudence se définit selon une méthode particulière qui exige de la Commission qu’elle détermine si, au moment où elles ont été prises, les décisions de faire les dépenses ou de convenir des dépenses étaient raisonnables. Elle soutient en outre qu’une présomption de prudence

methodology, OPG argues that its decision was unreasonable.

[4] The Board argues that a particular “prudence test” methodology is not compelled by law, and that in any case the costs disallowed here were not “committed” nuclear compensation costs, but are better characterized as forecast costs.

[5] OPG also raises concerns regarding the Board’s role in acting as a party on appeal from its own decision. OPG argues that in this case, the Board’s aggressive and adversarial defence of its original decision was improper, and that the Board attempted to use the appeal to “bootstrap” its original decision by making additional arguments on appeal.

[6] The Board asserts that the scope of its authority to argue on appeal was settled when it was granted full party rights in connection with the granting of leave by this Court. Alternatively, the Board argues that the structure of utilities regulation in Ontario makes it necessary and important for it to argue the merits of its decisions on appeal.

[7] In my opinion, the labour compensation costs which led to the \$145 million disallowance are best understood as partly committed costs and partly costs subject to management discretion. They are partly committed because they resulted from collective agreements entered into between OPG and two of its unions, and partly subject to management discretion because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of, among other things, projected attrition of the workforce. It is not reasonable to treat these costs as entirely forecast. However, I do not agree with OPG that the Board was bound to apply a particular prudence test in evaluating these costs. The *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, and associated regulations give the Board broad latitude to determine the methodology it uses in assessing utility

doit s’appliquer à son bénéfice. La Commission n’ayant pas eu recours à pareille méthode pour se prononcer sur la prudence d’OPG, sa décision serait déraisonnable.

[4] La Commission rétorque que la loi ne l’oblige pas à employer quelque méthode pour appliquer le « principe de la prudence » et que, de toute manière, les dépenses de rémunération des employés du secteur nucléaire refusées en l’espèce n’étaient pas des dépenses « convenues », mais bien des dépenses prévues.

[5] OPG déplore par ailleurs que la Commission soit partie à l’appel de sa propre décision. Selon elle, la manière agressive et conflictuelle dont la Commission a défendu sa décision initiale n’était pas justifiée, et la Commission tente de se servir de l’appel pour « s’auto-justifier » en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale.

[6] La Commission fait valoir que la Cour a circonscrit la faculté qu’elle avait de plaider en appel lorsqu’elle lui a reconnu tous les droits d’une partie au moment d’autoriser le pourvoi. Subsidiairement, elle soutient que la manière dont les services publics sont réglementés en Ontario fait en sorte qu’il est nécessaire et important qu’elle défende la justesse de ses décisions portées en appel.

[7] Il convient mieux, à mon sens, de voir dans les dépenses de rémunération qui ont été refusées à raison de 145 millions de dollars en partie des dépenses convenues et en partie des dépenses relevant du pouvoir discrétionnaire de la direction. Elles sont en partie convenues parce qu’elles résultent de conventions collectives intervenues entre OPG et deux syndicats, et elles relèvent en partie de la discrétion de la direction parce qu’OPG conserve une certaine marge de manœuvre dans la gestion des niveaux de dotation globale compte tenu, entre autres, de l’attrition projetée de l’effectif. Il est déraisonnable de considérer qu’il s’agit en totalité de dépenses prévues. Je ne crois cependant pas, malgré ce qu’affirme OPG, que la Commission était tenue d’appliquer un principe de prudence donné pour apprécier les dépenses. *La Loi de 1998 sur la*

costs, subject to the Board's ultimate duty to ensure that payment amounts it orders be just and reasonable to both the utility and consumers.

[8] In this case, the nature of the disputed costs and the environment in which they arose provide a sufficient basis to find that the Board did not act unreasonably in disallowing the costs.

[9] Regarding the Board's role on appeal, I do not find that the Board acted improperly in arguing the merits of this case, nor do I find that the arguments raised on appeal amount to impermissible "bootstrapping".

[10] Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and reinstate the decision of the Board.

#### I. Regulatory Framework

[11] The *Ontario Energy Board Act, 1998* establishes the Board as a regulatory body with authority to oversee, among other things, electricity generation in the province of Ontario. Section 1 sets out the objectives of the Board in regulating electricity, which include:

##### 1. (1) . . .

1. To protect the interests of consumers with respect to prices and the adequacy, reliability and quality of electricity service.
2. To promote economic efficiency and cost effectiveness in the generation, transmission, distribution, sale and demand management of electricity and to facilitate the maintenance of a financially viable electricity industry.

Accordingly, the Board must ensure that it regulates with an eye to balancing both consumer interests and the efficiency and financial viability of the

*Commission de l'énergie de l'Ontario*, L.O. 1998, c. 15, ann. B, et ses règlements connexes accordent à la Commission une grande latitude dans le choix d'une méthode pour apprécier les dépenses d'un service public, sous réserve de l'obligation de faire en sorte que, au final, les paiements qu'elle ordonne soient justes et raisonnables vis-à-vis à la fois du service public et du consommateur.

[8] Dans la présente affaire, la nature des dépenses litigieuses et le contexte dans lequel elles ont vu le jour permettent de conclure que la Commission n'a pas agi de manière déraisonnable en refusant de les approuver.

[9] En ce qui concerne la participation de la Commission au pourvoi, je ne crois pas qu'il soit inapproprié qu'elle défende la justesse de sa décision, ni que les arguments qu'elle invoque en appel équivalent à une « autojustification » inadmissible.

[10] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir la décision de la Commission.

#### I. Cadre réglementaire

[11] La *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* fait de la Commission un organisme de réglementation investi du pouvoir de surveiller, entre autres choses, la production d'électricité en Ontario. Son article premier énonce les objectifs de la Commission dans la réglementation de l'électricité, dont les suivants :

##### 1. (1) . . .

1. Protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d'électricité.
2. Promouvoir l'efficacité économique et la rentabilité dans les domaines de la production, du transport, de la distribution et de la vente d'électricité ainsi que de la gestion de la demande d'électricité et faciliter le maintien d'une industrie de l'électricité financièrement viable.

La Commission doit donc s'acquitter de sa fonction de réglementation dans le souci d'établir un équilibre entre l'intérêt du consommateur, d'une part,

electricity industry. The Board's role has also been described as that of a "market proxy": 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, at para. 54; 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, at para. 38. In this sense, the Board's role is to emulate as best as possible the forces to which a utility would be subject in a competitive landscape: *Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481, at para. 48.

[12] One of the Board's most powerful tools to achieve its objectives is its authority to fix the amount of payments utilities receive in exchange for the provision of service. Section 78.1(5) of the *Ontario Energy Board Act, 1998* provides in relevant part:

(5) The Board may fix such other payment amounts as it finds to be just and reasonable,

- (a) on an application for an order under this section, if the Board is not satisfied that the amount applied for is just and reasonable; . . .

[13] Section 78.1(6) provides: ". . . the burden of proof is on the applicant in an application made under this section".

[14] As I read these provisions, the utility applies for payment amounts for a future period (called the "test period"). The Board will accept the payment amounts applied for unless the Board is not satisfied that the amounts are just and reasonable. Where the Board is not satisfied, s. 78.1(5) empowers it to fix other payment amounts which it finds to be just and reasonable.

[15] This Court has had the occasion to consider the meaning of similar statutory language in *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186. In that case, the Court held that "fair and reasonable" rates were those "which, under the circumstances, would be fair to the consumer on

et l'efficacité et la viabilité financière du secteur de l'électricité, d'autre part. On lui attribue aussi un rôle de « substitut du marché » (2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, par. 54; 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, par. 38). Sa fonction consiste alors à reproduire au mieux les forces auxquelles serait soumis un service public dans un contexte concurrentiel (*Toronto Hydro-Electric System Ltd. c. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481, par. 48).

[12] L'un des leviers les plus puissants dont dispose la Commission pour atteindre ses objectifs réside dans son pouvoir de fixer le montant des paiements que touche l'entreprise pour la prestation du service. Voici l'extrait pertinent du par. 78.1(5) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* :

(5) La Commission peut fixer les autres paiements qu'elle estime justes et raisonnables :

- a) dans le cadre d'une requête en vue d'obtenir une ordonnance prévue au présent article, si elle n'est pas convaincue que le montant du paiement qui fait l'objet de la requête est juste et raisonnable; . . .

[13] Le paragraphe 78.1(6) dispose pour sa part : « . . . le fardeau de la preuve incombe au requérant dans une requête présentée en vertu du présent article ».

[14] Suivant mon interprétation de ces dispositions, le service public demande des paiements pour une période à venir (appelée « période de référence »). La Commission fait droit à la demande, sauf lorsqu'elle n'est pas convaincue que les paiements demandés sont justes et raisonnables. Lorsqu'elle n'en est pas convaincue, le par. 78.1(5) lui permet de déterminer les paiements qui lui paraissent justes et raisonnables.

[15] Dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le sens d'un libellé législatif semblable. Elle a alors statué que la tarification « juste et raisonnable » était celle [TRADUCTION] « qui, dans les circonstances, était juste pour le



the one hand, and which, on the other hand, would secure to the company a fair return for the capital invested” (pp. 192-93).

[16] This means that the utility must, over the long run, be given the opportunity to recover, through the rates it is permitted to charge, its operating and capital costs (“capital costs” in this sense refers to all costs associated with the utility’s invested capital). This case is concerned primarily with operating costs. If recovery of operating costs is not permitted, the utility will not earn its cost of capital, which represents the amount investors require by way of a return on their investment in order to justify an investment in the utility. The required return is one that is equivalent to what they could earn from an investment of comparable risk. Over the long run, unless a regulated utility is allowed to earn its cost of capital, further investment will be discouraged and it will be unable to expand its operations or even maintain existing ones. This will harm not only its shareholders, but also its customers: *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171.

[17] This of course does not mean that the Board must accept every cost that is submitted by the utility, nor does it mean that the rate of return to equity investors is guaranteed. In the short run, return on equity may vary, for example if electricity consumption by the utility’s customers is higher or lower than predicted. Similarly, a disallowance of any operating costs to which the utility has committed itself will negatively impact the return to equity investors. I do not intend to enter into a detailed analysis of how the cost of equity capital should be treated by utility regulators, but merely to observe that any disallowance of costs to which a utility has committed itself has an effect on equity investor returns. This effect must be carefully considered in light of the long-run necessity that utilities be able to attract investors and retain earnings in order to survive and operate efficiently and effectively, in accordance with the statutory objectives of the Board in regulating electricity in Ontario.

consommateur, d’une part, et qui permettait à l’entreprise d’obtenir un juste rendement sur les capitaux investis, d’autre part » (p. 192-193).

[16] Dès lors, le service public doit pouvoir à long terme recouvrer, grâce à la tarification approuvée, ses dépenses d’exploitation et ses coûts en capital, ces derniers s’entendant alors de tous les coûts liés aux capitaux investis par le service public. Le pourvoi vise principalement les dépenses d’exploitation. Si leur recouvrement n’est pas autorisé, le service public n’obtient pas l’équivalent du coût du capital, soit le rendement exigé par les investisseurs pour investir dans le service public. Le rendement exigé équivaut à celui qu’ils pourraient réaliser sur un investissement comportant un risque comparable. À long terme, à moins que le service public réglementé ne puisse obtenir l’équivalent du coût du capital, les nouveaux investissements seront découragés et l’entreprise ne pourra accroître ses activités, ni même les poursuivre. Ce sont non seulement ses actionnaires, mais aussi ses clients, qui en souffriront (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l’Énergie*, 2004 CAF 149).

[17] Évidemment, la Commission n’est pas tenue pour autant d’accepter toute dépense avancée par le service public, et le rendement obtenu par les actionnaires n’est pas non plus garanti. À court terme, ce rendement peut fluctuer, notamment lorsque la consommation d’électricité est supérieure ou inférieure à celle prévue. De même, le refus d’approuver des dépenses d’exploitation dont le service public a convenu aura un effet défavorable sur le rendement des actions. Je n’entends pas me livrer à une analyse détaillée de la manière dont le coût du capital-actions devrait être considéré par les organismes qui réglementent les services publics, mais seulement faire observer que tout refus d’approuver une dépense dont un service public a convenu a un effet sur le rendement des actions. Cet effet justifie une grande attention au vu de la nécessité qu’un service public attire les investissements à long terme et réinvestisse ses bénéfices afin de survivre et de fonctionner de manière efficace et rentable, conformément aux objectifs légaux de la Commission applicables à la réglementation de l’électricité en Ontario.

[18] As noted above, the burden is on the utility to satisfy the Board that the payment amounts it applies for are just and reasonable. If it fails to do so, the Board may disallow the portion of the application that it finds is not for amounts that are just and reasonable.

[19] Where applied-for operating costs are disallowed, the utility, if it is able to do so, may forego the expenditure of such costs. Where the expenditure cannot be foregone, the shareholders of the utility will have to absorb the reduction in the form of receiving less than their anticipated rate of return on their investment, i.e. the utility's cost of equity capital. In such circumstances it will be the management of the utility that will be responsible in the future for bringing its costs into line with what the Board considers just and reasonable.

[20] In order to ensure that the balance between utilities' and consumers' interests is struck, just and reasonable rates must be those that ensure consumers are paying what the Board expects it to cost to efficiently provide the services they receive, taking account of both operating and capital costs. In that way, consumers may be assured that, overall, they are paying no more than what is necessary for the service they receive, and utilities may be assured of an opportunity to earn a fair return for providing those services.

## II. Facts

[21] OPG is Ontario's largest energy generator, and is subject to rate regulation by the Board. OPG came into being in 1999 as one of the successor corporations to Ontario Hydro. It operates Board-regulated nuclear and hydroelectric facilities that generate approximately half of Ontario's electricity. Its sole shareholder is the Province of Ontario.

[22] It employs approximately 10,000 people in connection with its regulated facilities, 95 percent of whom work in its nuclear business. Approximately 90 percent of its employees in its regulated

[18] Rappelons qu'il incombe au service public de convaincre la Commission du caractère juste et raisonnable des paiements qu'il sollicite. S'il n'y parvient pas, la Commission peut rejeter la demande en partie à raison du montant qui, selon elle, n'est pas juste et raisonnable.

[19] En cas de refus d'approbation, le service public peut renoncer, si cela lui est possible, aux dépenses d'exploitation en cause. S'il ne peut y renoncer, ses actionnaires absorbent le déficit en touchant un rendement inférieur à celui prévu, c'est-à-dire le coût du capital-actions pour le service public. Il appartient dès lors à la direction de ce dernier de faire en sorte que ses dépenses correspondent à celles que la Commission tient pour justes et raisonnables.

[20] Lorsqu'il s'agit d'assurer l'équilibre entre les intérêts du service public et ceux du consommateur, la tarification juste et raisonnable est celle qui fait en sorte que le consommateur paie ce que la Commission prévoit qu'il en coûtera pour la prestation efficace du service, compte tenu à la fois des dépenses d'exploitation et des coûts en capital. Ainsi, le consommateur a l'assurance que, globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service, et le service public a l'assurance de pouvoir toucher une juste contrepartie pour la prestation du service.

## II. Faits

[21] OPG est le plus grand producteur d'énergie de l'Ontario, et sa tarification est réglementée par la Commission. Elle a vu le jour en 1999 et fait partie des entreprises qui ont succédé à Ontario Hydro. Elle exploite des installations nucléaires et hydroélectriques soumises à la réglementation de la Commission qui produisent environ la moitié de l'électricité consommée dans la province. Son unique actionnaire est la province d'Ontario.

[22] Son effectif se compose d'environ 10 000 personnes pour ses activités réglementées, dont 95 p. 100 travaillent dans le secteur nucléaire. Environ 90 p.100 des employés affectés à ses activités

businesses are unionized, with approximately two thirds of unionized employees represented by the Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 ("PWU"), and one third represented by the Society of Energy Professionals ("Society").

[23] Since early in its existence as an independent utility, OPG has been aware of the importance of improving its corporate performance. As part of a general effort to improve its business, OPG undertook efforts to benchmark its nuclear performance against comparable power plants around the world. In a memorandum of agreement ("MOA") with the Province of Ontario dated August 17, 2005, OPG committed to the following:

OPG will seek continuous improvement in its nuclear generation business and internal services. OPG will benchmark its performance in these areas against CANDU nuclear plants worldwide as well as against the top quartile of private and publicly-owned nuclear electricity generators in North America. OPG's top operational priority will be to improve the operation of its existing nuclear fleet.

(A.R., vol. III, at p. 215)

[24] As part of OPG's first-ever rate application with the Board in 2007, for a test period covering the years 2008 and 2009, OPG sought approval for a \$6.4 billion "revenue requirement"; this term refers to "the total revenue that is required by the company to pay all of its allowable expenses and also to recover all costs associated with its invested capital": L. Reid and J. Todd, "New Developments in Rate Design for Electricity Distributors", in G. Kaiser and B. Heggie, eds., *Energy Law and Policy* (2011), 519, at p. 521. This constituted an increase of \$1 billion over the revenue requirement that it had sought and was granted under the regulatory scheme in place prior to the Board's assumption of regulatory authority over OPG: EB-2007-0905, Decision with Reasons, November 3, 2008 ("Board 2008-2009 Decision") (online), at pp. 5-6.

réglementées sont syndiqués, dont approximativement les deux tiers sont représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 (« STTSE »), et le tiers par Society of Energy Professionals (« Society »).

[23] Dès ses débuts en tant que service public indépendant, OPG a eu conscience de l'importance d'accroître sa performance d'entreprise. Dans le cadre de mesures générales prises à cette fin, elle a entrepris de comparer le rendement de son secteur nucléaire à celui de centrales comparables dans le monde. Dans un protocole d'accord intervenu avec la province d'Ontario le 17 août 2005, OPG a pris l'engagement suivant :

[TRADUCTION] OPG visera l'amélioration constante de son secteur nucléaire et de ses services internes. Elle comparera sa performance dans ces domaines à celle de l'exploitation des réacteurs CANDU à travers le monde ainsi qu'à celle des producteurs privés et publics d'électricité d'origine nucléaire appartenant au quartile supérieur en Amérique du Nord. Sa priorité première sera d'améliorer l'exploitation de son parc nucléaire actuel.

(d.a., vol. III, p. 215)

[24] Dans la toute première demande qu'elle a présentée à la Commission en 2007 pour la période de référence 2008-2009, OPG a sollicité l'approbation de « recettes nécessaires » se chiffrant à 6,4 milliards de dollars; ce poste correspond [TRADUCTION] « aux recettes dont l'entreprise a besoin au total pour le paiement de toutes ses dépenses susceptibles d'approbation et, également, pour recouvrer tous les coûts liés aux capitaux investis » (L. Reid et J. Todd, « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », dans G. Kaiser et B. Heggie, dir., *Energy Law and Policy* (2011), 519, p. 521). Il s'agissait d'une majoration d'un milliard de dollars par rapport à ce qu'OPG avait demandé et obtenu en application du régime de réglementation en vigueur avant que la Commission ne soit investie de son pouvoir de réglementation vis-à-vis d'elle (EB-2007-0905, décision motivée, 3 novembre 2008 (« décision 2008-2009 de la Commission ») (en ligne), p. 5-6).



[25] The Board found that OPG was not meeting the nuclear performance expectations of its sole shareholder and that it had done little to conduct benchmarking of its performance against that of its peers, despite its commitment to do so dating back to 2005. Indeed, the only evidence of benchmarking that OPG submitted as part of its rate application was a 2006 report from Navigant Consulting, Inc. (“Navigant Report”), which found that OPG was overstaffed by 12 percent in comparison to its peers. The Board found that OPG had not acted on the recommendations of the Navigant Report and had not commissioned subsequent benchmarking studies to assess its performance (Board 2008-2009 Decision, at pp. 27 and 30). The Board also found that operating costs at OPG’s Pickering nuclear facilities were “far above industry averages” (p. 29). The Board thus disallowed \$35 million of OPG’s proposed revenue requirement and directed OPG to prepare benchmarking studies for use in future applications (p. 31).

[26] In explaining the importance of benchmarking, the Board stated: “The reason why the MOA emphasized benchmarking was because such studies can and do shine a light on inefficiencies and lack of productivity improvement” (Board 2008-2009 Decision, at p. 30).

[27] On May 5, 2010, shortly before OPG was set to file its second rate application, which is the subject of this appeal, the Ontario Minister of Energy and Infrastructure wrote to the President and CEO of OPG to ensure that OPG would demonstrate in its upcoming rate application “concerted efforts to identify cost saving opportunities and focus [its] forthcoming rate application on those items that are essential to the safe and reliable operation of [its] existing assets and projects already under development” (A.R., vol. IV, at p. 38).

[25] La Commission a estimé qu’OPG ne satisfaisait pas aux attentes de son unique actionnaire quant à la performance de son secteur nucléaire et qu’elle avait peu fait pour comparer sa performance à celle de ses pairs, alors qu’elle s’y était engagée dès 2005. De fait, la seule preuve d’une démarche en ce sens présentée par OPG dans le cadre de sa demande d’approbation de tarifs était un rapport établi par Navigant Consulting Inc. en 2006 (« rapport Navigant ») et selon lequel l’effectif d’OPG dépassait de 12 p. 100 celui de ses pairs. La Commission a conclu qu’OPG n’avait pas donné suite aux recommandations du rapport Navigant, ni commandé d’études comparatives ultérieures pour évaluer sa performance (décision 2008-2009 de la Commission, p. 27 et 30). Elle a aussi jugé les coûts d’exploitation d’OPG aux installations nucléaires de Pickering [TRADUCTION] « bien supérieurs à la moyenne du secteur » (p. 29). Elle a donc refusé d’approuver 35 millions de dollars au chapitre des recettes nécessaires et enjoint à OPG de réaliser des études comparatives pour étayer ses demandes ultérieures (p. 31).

[26] Pour expliquer l’importance de la comparaison, la Commission dit ce qui suit : [TRADUCTION] « La raison pour laquelle le protocole d’accord insiste sur la conduite d’une étude comparative est qu’une telle étude peut faire et fait ressortir toute inefficacité ou absence d’accroissement de la productivité » (décision 2008-2009 de la Commission, p. 30).

[27] Le 5 mai 2010, peu avant qu’OPG ne dépose sa deuxième demande d’approbation de tarifs — qui est l’objet du pourvoi —, le ministre de l’Énergie et de l’Infrastructure de l’Ontario a écrit au président-directeur général du service public afin que ce dernier fasse état, dans sa demande, [TRADUCTION] « d’efforts concertés pour trouver des moyens de réaliser des économies et mette l’accent sur les postes de dépense qui sont essentiels à l’exploitation sûre et fiable de ses actifs existants et de ses installations projetées déjà en cours de réalisation » (d.a., vol. IV, p. 38).

[28] On May 26, 2010, OPG filed its payment amounts application for the 2011-2012 test period. As part of its evidence before the Board, OPG submitted two reports by ScottMadden Inc., a general management consulting firm specializing in benchmarking and business planning for nuclear facilities. The Phase 1 report compared OPG's nuclear operational and financial performance against that of external peers using industry performance metrics. The Phase 2 final report discussed performance improvement targets with the intent of improving OPG's nuclear business. OPG collaborated with ScottMadden on the Phase 1 and 2 reports, which were released on July 2, 2009 and September 11, 2009, respectively.

[29] OPG's rate application pertained to a test period beginning on January 1, 2011 and ending on December 31, 2012. OPG sought approval of a \$6.9 billion revenue requirement, which represented an increase of 6.2 percent over OPG's then-current revenue based on the preceding year's approved utility rates. Of the \$6.9 billion revenue requirement sought by OPG, \$2.8 billion pertained to compensation costs, of which approximately \$2.4 billion concerned OPG's nuclear business.

[30] A substantial portion of OPG's wage and compensation expenses was fixed by OPG's collective agreements with the unions, PWU and the Society. At the time of its application, OPG was party to a collective agreement with PWU, effective from April 2009 through March 2012, while its collective agreement with the Society expired on December 31, 2010. These collective agreements provided annual wage increases between 2 percent and 3 percent. OPG forecast an additional 1 percent increase for step progressions and promotions of unionized staff. Following the Board's hearing in this case, an interest arbitrator ordered a new collective agreement between OPG and the Society, effective February 3, 2011. This collective agreement provided wage increases that varied between 1 percent and 3 percent.

[28] Le 26 mai 2010, OPG a déposé sa demande de paiements pour la période de référence 2011-2012. Elle a présenté à l'appui deux rapports de ScottMadden Inc., un cabinet-conseil en gestion générale spécialisé dans la comparaison et la planification opérationnelle d'installations nucléaires. Le rapport de la phase 1 compare la performance opérationnelle et financière d'OPG à celle d'autres entreprises à partir de mesures de la performance dans le secteur d'activité. Le rapport final de la phase 2 porte sur les objectifs d'accroissement de la performance dans l'optique d'une amélioration de l'exploitation du secteur nucléaire. OPG a collaboré avec ScottMadden pour l'établissement des rapports des phases 1 et 2, qui ont respectivement été publiés les 2 juillet et 11 septembre 2009.

[29] La demande visait la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2011 au 31 décembre 2012. OPG y demandait l'approbation de recettes nécessaires de 6,9 milliards de dollars, soit une augmentation de 6,2 p. 100 par rapport aux recettes d'alors compte tenu des tarifs approuvés pour la période précédente. Des 6,9 milliards de dollars sollicités au titre des recettes nécessaires, 2,8 milliards auraient été affectés à la rémunération, dont environ 2,4 milliards dans le secteur nucléaire.

[30] Une grande partie des dépenses d'OPG au chapitre des salaires et de la rémunération était déterminée par des conventions collectives intervenues avec les syndicats (STTSE et Society). Lors du dépôt de la demande, OPG était liée par une convention collective conclue avec le STTSE en vigueur d'avril 2009 à mars 2012, alors que la convention collective qui la liait à Society avait expiré le 31 décembre 2010. Ces conventions collectives prévoyaient des augmentations annuelles de salaires se situant entre 2 et 3 p. 100, auxquelles s'ajoutait 1 p. 100 pour les changements d'échelon et l'avancement. Après l'audition de la demande par la Commission dans la présente affaire, un arbitre a ordonné l'application d'une nouvelle convention collective liant OPG et Society à compter du 3 février 2011. La convention collective prévoyait des augmentations de salaires de 1 à 3 p. 100.

### III. Judicial History

#### A. *Ontario Energy Board: 2011 LNONOEB 57 (QL)* (“Board Decision”)

[31] In its decision concerning OPG’s rate application for the 2011-2012 test period, the Board stated that it enjoyed broad discretion pursuant to Ontario Regulation 53/05 (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) and s. 78.1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* to “adopt the mechanisms it judges appropriate in setting just and reasonable rates” (para. 73). The Board recognized that different tests could apply depending on whether its analysis concerned the recovery of forecast costs or an after-the-fact review of costs already incurred. In this rate application, it was appropriate to take into consideration all evidence that the Board deemed relevant to assess the reasonableness of OPG’s revenue requirement.

[32] The Board rejected OPG’s proposed revenue requirement of \$6.9 billion, reducing it by \$145 million over the test period “to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance” (para. 350). Key to its disallowance was the Board’s finding that OPG was overstaffed and that its compensation levels were excessive.

[33] Regarding the number of staff, the Board pointed out that a benchmarking study commissioned by OPG itself, the ScottMadden Phase 2 final report, suggested that certain staff positions could be reduced or eliminated altogether. The Board suggested that OPG could review its organizational structure and reassign or eliminate positions in the coming years, as 20 percent to 25 percent of its staff were set to retire between 2010 and 2014 and it was possible to make greater use of external contractors. Regarding compensation, the Board found that OPG had not submitted compelling evidence justifying the benchmarking of its salaries of non-management employees to the 75th percentile of a survey of

### III. Historique judiciaire

#### A. *Commission de l’énergie de l’Ontario (2011 LNONOEB 57 (QL))* (« décision de la Commission »)

[31] Dans sa décision relative à la demande d’approbation de tarifs d’OPG pour la période de référence 2011-2012, la Commission dit que le règlement 53/05 de l’Ontario (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) (« règlement 53/05 ») et l’art. 78.1 de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* lui confèrent un vaste pouvoir discrétionnaire quant [TRADUCTION] « au choix d’une méthode indiquée pour fixer des tarifs justes et raisonnables » (para. 73). Elle reconnaît que différents principes peuvent s’appliquer selon qu’il s’agit du recouvrement de dépenses prévues ou de l’examen après coup de dépenses déjà faites. Pour statuer sur la demande dont elle était saisie, il convenait de tenir compte de tout élément de preuve que la Commission jugeait pertinent pour apprécier le caractère raisonnable des recettes nécessaires d’OPG.

[32] La Commission refuse d’approuver les 6,9 milliards de dollars demandés par OPG au titre des recettes nécessaires, les réduisant de 145 millions de dollars pour la période référence [TRADUCTION] « afin de signifier clairement à OPG qu’il lui incombe d’accroître sa performance » (par. 350). Cette décision défavorable tient surtout à l’opinion de la Commission selon laquelle OPG compte trop d’employés et ses niveaux de rémunération sont excessifs.

[33] Au sujet de la taille de l’effectif, la Commission relève que, selon une étude comparative qu’OPG a elle-même commandée (le rapport final de la phase 2 de ScottMadden), la dotation de certains postes peut être réduite, voire supprimée. Elle recommande à OPG de revoir sa structure organisationnelle et de réaffecter du personnel ou de supprimer des postes au cours des années suivantes. Vingt à vingt-cinq pour cent du personnel d’OPG devait en effet partir à la retraite entre 2010 et 2014 et il était possible de recourir davantage à la sous-traitance. Au chapitre de la rémunération, elle estime qu’OPG n’a pas présenté d’éléments convaincants pour justifier que les salaires de son personnel opérationnel

industry salaries conducted by Towers Perrin. Instead, the Board considered the proper benchmark to be the 50th percentile, the same percentile against which OPG benchmarks management compensation. In determining the appropriate disallowance, the Board acknowledged that OPG may not have been able to achieve the full \$145 million in savings for the test period through the reduction of compensation levels alone because of its collective agreements with the unions.

B. *Ontario Superior Court of Justice, Divisional Court: 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576*

[34] OPG appealed the Board Decision on the basis that it was unreasonable and that the reasons provided were inadequate. OPG argued that the Board should have conducted a prudent investment test — that is, it should have restricted its review of compensation costs to a consideration of whether the collective agreements that prescribed the compensation costs were prudent at the time they were entered into. OPG also argued that the Board should have presumed that the costs were prudent.

[35] The panel of three Divisional Court judges was split. Justice Hoy (as she then was), for the majority, found the Board Decision reasonable because management had the ability to reduce total compensation costs in the future within the framework of the collective agreement. Applying a strict prudent investment test would not permit the Board to fulfill its statutory objective of promoting cost effectiveness in the generation of electricity. It was particularly important for the Board to exercise its authority to set just and reasonable rates given the “double monopoly” dynamic at play:

The collective agreements were concluded between a regulated monopoly, which passes costs on to consumers, not a competitive enterprise, and two unions which account for approximately 90 per cent of the employees and amount to a near, second monopoly, based on terms

se situent au 75<sup>e</sup> percentile des salaires versés dans le secteur selon une étude de Towers Perrin. Selon la Commission, ils devraient se situer au 50<sup>e</sup> percentile, soit le même que pour le personnel de direction. Pour décider de la réduction qui s'impose, elle reconnaît qu'OPG pourrait ne pas être en mesure, pendant la période de référence, de réaliser des économies de 145 millions de dollars par la réduction de sa seule masse salariale à cause des conventions collectives en vigueur.

B. *Cour supérieure de Justice de l'Ontario, Cour divisionnaire (2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576)*

[34] OPG a fait appel de la décision au motif que celle-ci était déraisonnable et mal motivée. Elle a soutenu que la Commission aurait dû appliquer le principe de l'investissement prudent, c'est-à-dire que, dans son examen des dépenses de rémunération, elle aurait dû seulement s'interroger sur la prudence de conclure, à l'époque, les conventions collectives qui commandaient ces dépenses. Elle a ajouté que la Commission aurait dû présumer que les dépenses étaient prudentes.

[35] La décision de la formation de trois juges de la Cour divisionnaire est partagée. Au nom des juges majoritaires, la juge Hoy (aujourd'hui Juge en chef adjointe de l'Ontario) conclut que la décision de la Commission est raisonnable, car il était possible à la direction d'OPG de réduire ultérieurement ses dépenses globales de rémunération dans le respect des conventions collectives. L'application stricte du principe de l'investissement prudent n'aurait pas permis à la Commission d'atteindre son objectif, d'origine législative, de favoriser la rentabilité de la production d'électricité. Vu la présence de « deux monopoles », il importait particulièrement que la Commission exerce son pouvoir de fixer des tarifs justes et raisonnables :

[TRADUCTION] Les conventions collectives sont intervenues entre un monopole réglementé qui refile ses coûts au consommateur et qui n'est pas soumis à la concurrence, et deux syndicats qui représentent environ 90 p. 100 des salariés et qui constituent presque un second monopole

inherited from Ontario Hydro and in face of the reality that running a nuclear operation without the employees would be extremely difficult. [para. 54]

[36] Justice Aitken dissented, finding that,

to the extent that [nuclear compensation] costs were pre-determined, in the sense that they were locked in as a result of collective agreements entered prior to the date of the application and the test period, OPG only had to prove their prudence or reasonableness based on the circumstances that were known or that reasonably could have been anticipated at the time the decision to enter those collective agreements was made. [para. 83]

She would have held that the Board's failure to undertake a separate and explicit prudence review for the committed portion of nuclear compensation costs, coupled with its consideration of hindsight factors in assessing the reasonableness of these costs, rendered the Board Decision unreasonable.

*C. Ontario Court of Appeal: 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793*

[37] The Ontario Court of Appeal reversed the Divisional Court's decision and remitted the case to the Board. The court drew a distinction between forecast costs and committed costs, with committed costs being those that the utility "is committed to pay in [the test period]" and that "cannot be managed or reduced by the utility in that time frame, usually because of contractual obligations" (para. 29). Although costs may not require actual payment until the future, as in this case, costs that have been "contractually incurred to be paid over the time frame are nonetheless committed even though they have not yet been paid" (para. 29). When reviewing such costs, the court held that the Board must undertake a prudence review as described in *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4 (paras. 15-16). By failing to follow this jurisprudence and by requiring that OPG "manage costs that, by law, it cannot manage", the Board acted unreasonably (para. 37).

étant donné les conditions héritées d'Ontario Hydro et le fait qu'il serait extrêmement difficile d'exploiter des installations nucléaires sans les salariés. [par. 54]

[36] Dissidente, la juge Aitken opine que,

[TRADUCTION] dans la mesure où les coûts [de rémunération des employés du secteur nucléaire] étaient déterminés à l'avance, c'est-à-dire qu'ils étaient arrêtés par des conventions collectives conclues avant la demande et la période de référence, OPG devait seulement prouver la prudence ou le caractère raisonnable de la décision de conclure ces conventions au vu des circonstances connues ou qui auraient pu raisonnablement être prévues au moment de prendre la décision. [par. 83]

Elle aurait statué que l'omission de la Commission d'appliquer séparément et expressément le principe de la prudence à la partie des dépenses de rémunération du secteur nucléaire dont elle avait convenu, jumelée à son appréciation avec le recul du caractère raisonnable de ces dépenses, a rendu la décision de la Commission déraisonnable.

*C. Cour d'appel de l'Ontario (2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793)*

[37] La Cour d'appel de l'Ontario infirme le jugement de la Cour divisionnaire et renvoie le dossier à la Commission. Elle établit une distinction entre les dépenses prévues et les dépenses convenues, ces dernières correspondant à celles que le service public [TRADUCTION] « a convenu d'acquitter pendant [la période de référence] » et qu'il « ne peut modifier ou réduire pendant cette période, généralement à cause d'obligations contractuelles » (par. 29). Même si les dépenses n'ont pas à être acquittées dans l'immédiat, comme en l'espèce, celles qui, « par contrat, doivent être acquittées pendant la période de référence constituent néanmoins des dépenses convenues, même si elles n'ont pas encore été acquittées » (par. 29). La Cour d'appel statue que la Commission doit, dans son examen de ces dépenses, appliquer le principe de la prudence énoncé dans *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4 (par. 15-16). En ne respectant pas ce précédent et en obligeant OPG à « modifier des dépenses qu'elle ne peut juridiquement modifier », la Commission a agi déraisonnablement (par. 37).



IV. Issues

[38] The Board raises two issues on appeal:

1. What is the appropriate standard of review?
2. Was the Board's decision to disallow \$145 million of OPG's revenue requirement reasonable?

[39] Before this Court, OPG has argued that the Board stepped beyond the appropriate role of a tribunal in an appeal from its own decision, which raises the following additional issue:

3. Did the Board act impermissibly in pursuing its appeal in this case?

V. Analysis

[40] It is logical to begin by considering the appropriateness of the Board's participation in the appeal. I will next consider the appropriate standard of review, and then the merits issue of whether the Board's decision in this case was reasonable.

A. *The Appropriate Role of the Board in This Appeal*(1) Tribunal Standing

[41] In *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684 (“*Northwestern Utilities*”), per Estey J., this Court first discussed how an administrative decision-maker's participation in the appeal or review of its own decisions may give rise to concerns over tribunal impartiality. Estey J. noted that “active and even aggressive participation can have no other effect than to discredit the impartiality of an administrative tribunal either in the case where the matter is referred back to it, or in future proceedings involving similar interests and

IV. Questions en litige

[38] La Commission soulève deux questions dans le cadre du pourvoi :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Sa décision de retrancher 145 millions de dollars des recettes nécessaires d'OPG est-elle raisonnable?

[39] Devant notre Cour, OPG fait valoir que la Commission outrepassa le rôle qui sied à un tribunal administratif dans le cadre d'un appel de sa propre décision, ce qui soulève la question supplémentaire suivante :

3. La Commission a-t-elle agi de manière inacceptable en se pourvoyant en tant que partie à l'appel en l'espèce?

V. Analyse

[40] Il convient en toute logique d'examiner d'abord le caractère approprié de la participation de la Commission au pourvoi. J'examinerai ensuite la norme de contrôle applicable, puis la question de fond de savoir si la décision de la Commission est raisonnable.

A. *Le rôle qui sied à la Commission dans le cadre du pourvoi*(1) La qualité pour agir d'un tribunal administratif

[41] Dans *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684 (« *Northwestern Utilities* »), sous la plume du juge Estey, notre Cour se demande pour la première fois en quoi la participation d'un décideur administratif à l'appel ou au contrôle de sa propre décision peut soulever des doutes sur son impartialité. Pour reprendre les propos du juge Estey, « [u]ne participation aussi active ne peut que jeter le discrédit sur l'impartialité d'un tribunal administratif lorsque l'affaire lui est renvoyée ou lorsqu'il est saisi d'autres procédures

issues or the same parties” (p. 709). He further observed that tribunals already receive an opportunity to make their views clear in their original decisions: “. . . it abuses one’s notion of propriety to countenance its participation as a full-fledged litigant in this Court” (p. 709).

[42] The Court in *Northwestern Utilities* ultimately held that the Alberta Public Utilities Board — which, like the Ontario Energy Board, had a statutory right to be heard on judicial appeal (see *Ontario Energy Board Act, 1998*, s. 33(3)) — was limited in the scope of the submissions it could make. Specifically, Estey J. observed that

[i]t has been the policy in this Court to limit the role of an administrative tribunal whose decision is at issue before the Court, even where the right to appear is given by statute, to an explanatory role with reference to the record before the Board and to the making of representations relating to jurisdiction. [p. 709]

[43] This Court further considered the issue of agency standing in *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, which involved judicial review of a British Columbia Labour Relations Board decision. Though a majority of the judges hearing the case did not endorse a particular approach to the issue, La Forest J., Dickson C.J. concurring, accepted that a tribunal had standing to explain the record and advance its view of the appropriate standard of review and, additionally, to argue that its decision was reasonable.

[44] This finding was supported by the need to make sure the Court’s decision on review of the tribunal’s decision was fully informed. La Forest J. cited *B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), at p. 153, for the proposition that the tribunal is the party best equipped to draw the Court’s attention to

concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties » (p. 709). Il ajoute que le tribunal administratif avait déjà le loisir de s’expliquer clairement dans sa décision initiale et « [qu’il] enfreint de façon inacceptable la réserve dont [il doit] faire preuve lorsqu’[il] particip[e] aux procédures comme partie à part entière » (p. 709).

[42] Dans *Northwestern Utilities*, notre Cour statue finalement que la portée des observations que pouvait présenter l’Alberta Public Utilities Board — qui, à l’instar de la Commission de l’énergie de l’Ontario, jouissait légalement du droit d’être entendue en appel devant une cour de justice (voir la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, par. 33(3)) — était limitée. Le juge Estey fait remarquer ce qui suit :

Cette Cour, à cet égard, a toujours voulu limiter le rôle du tribunal administratif dont la décision est contestée à la présentation d’explications sur le dossier dont il était saisi et d’observations sur la question de sa compétence, même lorsque la loi lui confère le droit de comparaître. [p. 709]

[43] Dans *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, qui porte sur le contrôle judiciaire d’une décision de la commission des relations de travail de la Colombie-Britannique, notre Cour approfondit la question de la qualité pour agir d’un organisme administratif. Même si les juges majoritaires qui ont entendu le pourvoi n’adoptent pas d’approche particulière pour se prononcer, le juge La Forest, avec l’appui du juge en chef Dickson, reconnaît qu’un tribunal administratif a qualité non seulement pour expliquer le dossier et faire valoir son point de vue sur la norme de contrôle applicable, mais aussi pour soutenir que sa décision est raisonnable.

[44] Cette conclusion repose sur la nécessité de faire en sorte que la cour de révision rende un jugement parfaitement éclairé sur la décision du tribunal administratif. Le juge La Forest invoque l’arrêt *B.C.G.E.U. c. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), p. 153, pour avancer que le tribunal administratif est le mieux placé pour attirer l’attention de la cour

those considerations, rooted in the specialized jurisdiction or expertise of the tribunal, which may render reasonable what would otherwise appear unreasonable to someone not versed in the intricacies of the specialized area.

(*Paccar*, at p. 1016)

La Forest J. found, however, that the tribunal could not go so far as to argue that its decision was correct (p. 1017). Though La Forest J. did not command a majority, L'Heureux-Dubé J. also commented on tribunal standing in her dissent, and agreed with the substance of La Forest J.'s analysis (p. 1026).

[45] Trial and appellate courts have struggled to reconcile this Court's statements in *Northwestern Utilities* and *Paccar*. Indeed, while this Court has never expressly overturned *Northwestern Utilities*, on some occasions, it has permitted tribunals to participate as full parties without comment: see, e.g., *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; see also *Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.) ("*Goodis*"), at para. 24.

[46] A number of appellate decisions have grappled with this issue and "for the most part now display a more relaxed attitude in allowing tribunals to participate in judicial review proceedings or statutory appeals in which their decisions were subject to attack": D. Mullan, "Administrative Law and Energy Regulation", in G. Kaiser and B. Heggie, 35, at p. 51. A review of three appellate decisions suffices to establish the rationale behind this shift.

[47] In *Goodis*, the Children's Lawyer urged the court to refuse or limit the standing of the Information and Privacy Commissioner, whose decision

sur les considérations, enracinées dans la compétence ou les connaissances spécialisées du tribunal, qui peuvent rendre raisonnable ce qui autrement paraîtrait déraisonnable à quelqu'un qui n'est pas versé dans les complexités de ce domaine spécialisé.

(*Paccar*, p. 1016)

Toutefois, le juge La Forest conclut que le tribunal administratif ne peut aller jusqu'à défendre le bien-fondé de sa décision (p. 1017). Sa thèse ne convainc pas une majorité de ses collègues, mais la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, qui se prononce elle aussi sur la qualité pour agir du tribunal administratif, souscrit à son analyse sur le fond (p. 1026).

[45] Juridictions de première instance et d'appel ont tenté tant bien que mal de concilier les opinions exprimées par les juges de la Cour dans les arrêts *Northwestern Utilities* et *Paccar*. De fait, même si notre Cour n'est jamais expressément revenue sur *Northwestern Utilities*, elle a parfois autorisé un tribunal administratif à participer à l'instance à titre de partie à part entière sans expliquer sa décision (voir p. ex. *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; voir également *Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.) (« *Goodis* »), par. 24).

[46] Dans un certain nombre de décisions, les cours d'appel se sont attaquées à la question et, [TRADUCTION] « pour la plupart, elles sont désormais plus enclines à autoriser un tribunal administratif à participer au contrôle judiciaire ou à l'appel, prévu par la loi, de sa propre décision » (D. Mullan, « Administrative Law and Energy Regulation », dans G. Kaiser et B. Heggie, 35, p. 51). Le survol de trois arrêts de juridictions d'appel suffit à établir la raison d'être de ce revirement.

[47] Dans *Goodis*, le Bureau de l'avocate des enfants demandait à la cour de ne pas reconnaître ou de restreindre la qualité pour agir du Commissaire



was under review. The Ontario Court of Appeal declined to apply any formal, fixed rule that would limit the tribunal to certain categories of submissions and instead adopted a contextual, discretionary approach: *Goodis*, at paras. 32-34. The court found no principled basis for the categorical approach, and observed that such an approach may lead to undesirable consequences:

For example, a categorical rule denying standing if the attack asserts a denial of natural justice could deprive the court of vital submissions if the attack is based on alleged deficiencies in the structure or operation of the tribunal, since these are submissions that the tribunal is uniquely placed to make. Similarly, a rule that would permit a tribunal standing to defend its decision against the standard of reasonableness but not against one of correctness, would allow unnecessary and prevent useful argument. Because the best argument that a decision is reasonable may be that it is correct, a rule based on this distinction seems tenuously founded at best as Robertson J.A. said in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, [2002] N.B.J. No. 114, 249 N.B.R. (2d) 93 (C.A.), at para. 32.

(*Goodis*, at para. 34)

[48] The court held that *Northwestern Utilities* and *Paccar* should be read as the source of “fundamental considerations” that should guide the court’s exercise of discretion in the context of the case: *Goodis*, at para. 35. The two most important considerations, drawn from those cases, were the “importance of having a fully informed adjudication of the issues before the court” (para. 37), and “the importance of maintaining tribunal impartiality”: para. 38. The court should limit tribunal participation if it will undermine future confidence in its objectivity. The court identified a list of factors, discussed further below, that may aid in determining whether and

à l’information et à la protection de la vie privée dont la décision faisait l’objet d’une demande de contrôle. La Cour d’appel de l’Ontario a refusé de se montrer formaliste et d’appliquer une règle fixe qui aurait obligé le tribunal administratif à s’en tenir à des observations d’un certain type et elle a adopté plutôt une approche contextuelle et discrétionnaire (*Goodis*, par. 32-34). Elle a conclu que l’approche catégorique n’avait pas de fondement rationnel et a fait remarquer qu’une telle approche pouvait avoir des conséquences fâcheuses :

[TRADUCTION] Par exemple, la règle catégorique qui refuse au tribunal administratif la qualité pour agir lorsque la contestation allègue le déni de justice naturelle peut priver la cour d’observations capitales lorsque la contestation se fonde des défaillances alléguées de la structure ou du fonctionnement du tribunal administratif, car ce sont des sujets sur lesquels ce dernier est particulièrement bien placé pour formuler des observations. De même, la règle qui reconnaît à un tribunal administratif la qualité pour défendre sa décision au regard du critère de la raisonabilité, mais non du critère de la décision correcte, permet le débat inutile et empêche le débat utile. Parce que le meilleur moyen d’établir la raisonabilité d’une décision peut être de démontrer qu’elle est correcte, une règle fondée sur cette distinction semble au mieux tenue, comme l’affirme le juge Robertson dans *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, [2002] A.N.-B. n° 114, 249 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 93 (C.A.), par. 32.

(*Goodis*, par. 34)

[48] La Cour d’appel statue qu’il faut voir dans les arrêts *Northwestern Utilities* et *Paccar* la source de [TRADUCTION] « considérations fondamentales » qui doivent guider l’exercice de son pouvoir discrétionnaire eu égard au contexte de l’affaire (*Goodis*, par. 35). Les deux considérations les plus importantes, selon ces arrêts, sont « la nécessité de faire en sorte que la cour rende une décision parfaitement éclairée sur les questions en litige » (par. 37) et « celle d’assurer l’impartialité du tribunal administratif » (par. 38). La cour doit limiter la participation du tribunal administratif lorsque cette participation est de nature à miner la confiance

to what extent the tribunal should be permitted to make submissions: paras. 36-38.

[49] In *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3, Stratas J.A. identified two common law restrictions that, in his view, restricted the scope of a tribunal's participation on appeal from its own decision: finality and impartiality. Finality, the principle whereby a tribunal may not speak on a matter again once it has decided upon it and provided reasons for its decision, is discussed in greater detail below, as it is more directly related to concerns surrounding "bootstrapping" rather than agency standing itself.

[50] The principle of impartiality is implicated by tribunal argument on appeal, because decisions may in some cases be remitted to the tribunal for further consideration. Stratas J.A. found that "[s]ubmissions by the tribunal in a judicial review proceeding that descend too far, too intensely, or too aggressively into the merits of the matter before the tribunal may disable the tribunal from conducting an impartial redetermination of the merits later": *Quadrini*, at para. 16. However, he ultimately found that these principles did not mandate "hard and fast rules", and endorsed the discretionary approach set out by the Ontario Court of Appeal in *Goodis*: *Quadrini*, at paras. 19-20.

[51] A third example of recent judicial consideration of this issue may be found in *Leon's Furniture Ltd. v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110. In this case, Leon's Furniture challenged the Commissioner's standing to make submissions on the merits of the appeal (para. 16). The Alberta Court of Appeal, too, adopted the position that the law should respond to the fundamental concerns raised in *Northwestern*

ultérieure des citoyens dans son objectivité. La Cour d'appel énumère les considérations — sur lesquelles je reviendrai — qui jouent dans la décision d'autoriser ou non le tribunal administratif à présenter des observations et dans la détermination de la mesure dans laquelle il lui est permis de le faire, le cas échéant (par. 36-38).

[49] Dans *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3, le juge Stratas relève deux considérations qui, en common law, limitent selon lui la participation éventuelle d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision : le caractère définitif et l'impartialité. Le principe du caractère définitif veut qu'un tribunal ne puisse se prononcer de nouveau dans une affaire une fois qu'il a rendu sa décision, motifs à l'appui. J'y reviendrai plus en détail, car j'estime que ce principe se rapporte plus directement à l'« autojustification » de sa décision par le tribunal administratif qu'à sa qualité pour agir comme telle.

[50] Le principe de l'impartialité entre en jeu lorsque le tribunal administratif défend une thèse en appel car, dans certains cas, sa décision peut lui être renvoyée pour réexamen. Le juge Stratas conclut que « [l]es observations que le tribunal administratif présente dans une instance en contrôle judiciaire et qui plongent trop loin, trop intensément ou trop énergiquement dans le bien-fondé de l'affaire soumise au tribunal administratif risquent d'empêcher celui-ci de procéder par la suite à un réexamen impartial du bien-fondé de l'affaire » (*Quadrini*, par. 16). Il conclut toutefois au final que les principes applicables n'imposaient pas de « règles absolues », et il souscrit à l'approche discrétionnaire de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Goodis* (*Quadrini*, par. 19-20).

[51] L'arrêt *Leon's Furniture Ltd. c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110, constitue un troisième exemple récent où une cour de justice est appelée à se pencher sur le sujet. Leon's Furniture a contesté la qualité du commissaire intimé de plaider sur le fond en appel (par. 16). La Cour d'appel de l'Alberta estime elle aussi que le droit applicable doit donner suite aux considérations fondamentales soulevées dans

*Utilities* but should nonetheless approach the question of tribunal standing with discretion, to be exercised in view of relevant contextual considerations: paras. 28-29.

[52] The considerations set forth by this Court in *Northwestern Utilities* reflect fundamental concerns with regard to tribunal participation on appeal from the tribunal's own decision. However, these concerns should not be read to establish a categorical ban on tribunal participation on appeal. A discretionary approach, as discussed by the courts in *Goodis, Leon's Furniture*, and *Quadrini*, provides the best means of ensuring that the principles of finality and impartiality are respected without sacrificing the ability of reviewing courts to hear useful and important information and analysis: see N. Semple, "The Case for Tribunal Standing in Canada" (2007), 20 *C.J.A.L.P.* 305; L. A. Jacobs and T. S. Kuttner, "Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts" (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 616; F. A. V. Falzon, "Tribunal Standing on Judicial Review" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 21.

[53] Several considerations argue in favour of a discretionary approach. Notably, because of their expertise and familiarity with the relevant administrative scheme, tribunals may in many cases be well positioned to help the reviewing court reach a just outcome. For example, a tribunal may be able to explain how one interpretation of a statutory provision might impact other provisions within the regulatory scheme, or the factual and legal realities of the specialized field in which they work. Submissions of this type may be harder for other parties to present.

[54] Some cases may arise in which there is simply no other party to stand in opposition to the party challenging the tribunal decision. Our judicial review processes are designed to function best when both sides of a dispute are argued vigorously before the reviewing court. In a situation where no other well-informed party stands opposed, the presence of a tribunal as an adversarial party may help the court

l'arrêt *Northwestern Utilities*, mais que la question de la qualité pour agir d'un tribunal administratif relève néanmoins d'un pouvoir discrétionnaire qu'il faut exercer eu égard aux éléments contextuels applicables (par. 28-29).

[52] Les considérations énoncées par notre Cour dans *Northwestern Utilities* témoignent de préoccupations fondamentales quant à la participation d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision. Or, ces préoccupations ne sauraient fonder l'interdiction absolue d'une telle participation. La démarche discrétionnaire préconisée dans *Goodis, Leon's Furniture* et *Quadrini* offre le meilleur moyen d'assurer le caractère définitif de la décision et l'impartialité du décideur sans que la cour de révision ne soit alors privée de données et d'analyses à la fois utiles et importantes (voir N. Semple, « The Case for Tribunal Standing in Canada » (2007), 20 *R.C.D.A.P.* 305; L. A. Jacobs et T. S. Kuttner, « Discovering What Tribunals Do : Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 *R. du B. can.* 616; F. A. V. Falzon, « Tribunal Standing on Judicial Review » (2008), 21 *R.C.D.A.P.* 21).

[53] Plusieurs considérations militent en faveur d'une démarche discrétionnaire. En particulier, vu ses compétences spécialisées et sa connaissance approfondie du régime administratif en cause, le tribunal administratif peut, dans bien des cas, être bien placé pour aider la cour de révision à rendre une juste décision. Par exemple, il peut être en mesure d'expliquer en quoi une certaine interprétation de la disposition législative en cause peut avoir une incidence sur d'autres dispositions du régime de réglementation ou sur les réalités factuelles et juridiques de son domaine de spécialisation. Il pourrait être plus difficile d'obtenir de tels éléments d'information d'autres parties.

[54] Dans certains cas, il n'y a tout simplement personne pour s'opposer à la partie qui conteste la décision du tribunal administratif. Le contrôle judiciaire se révèle optimal lorsque les deux facettes du litige sont vigoureusement défendues devant la cour de révision. Lorsqu'aucune autre partie bien au fait des enjeux ne fait valoir le point de vue opposé, la participation du tribunal administratif à titre de

ensure it has heard the best of both sides of a dispute.

[55] Canadian tribunals occupy many different roles in the various contexts in which they operate. This variation means that concerns regarding tribunal partiality may be more or less salient depending on the case at issue and the tribunal's structure and statutory mandate. As such, statutory provisions addressing the structure, processes and role of the particular tribunal are key aspects of the analysis.

[56] The mandate of the Board, and similarly situated regulatory tribunals, sets them apart from those tribunals whose function it is to adjudicate individual conflicts between two or more parties. For tribunals tasked with this latter responsibility, "the importance of fairness, real and perceived, weighs more heavily" against tribunal standing: *Henthorne v. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292, at para. 42.

[57] I am thus of the opinion that tribunal standing is a matter to be determined by the court conducting the first-instance review in accordance with the principled exercise of that court's discretion. In exercising its discretion, the court is required to balance the need for fully informed adjudication against the importance of maintaining tribunal impartiality.

[58] In this case, as an initial matter, the *Ontario Energy Board Act, 1998* expressly provides that "[t]he Board is entitled to be heard by counsel upon the argument of an appeal" to the Divisional Court: s. 33(3). This provision neither expressly grants the Board standing to argue the merits of the decision on appeal, nor does it expressly limit the Board to jurisdictional or standard-of-review arguments as was the case for the relevant statutory provision in *Quadrini*: see para. 2.

partie adverse peut contribuer à faire en sorte que la cour statue après avoir entendu les arguments les plus convaincants de chacune des deux parties au litige.

[55] Les tribunaux administratifs canadiens tiennent nombre de rôles différents dans les contextes variés où ils évoluent, de sorte que la crainte d'une partialité de leur part peut être plus ou moins grande selon l'affaire en cause, ainsi que la structure du tribunal et son mandat légal. Dès lors, les dispositions législatives portant sur la structure, le fonctionnement et la mission d'un tribunal en particulier sont cruciales aux fins de l'analyse.

[56] Le mandat de la Commission, comme celui des tribunaux administratifs qui lui sont apparentés, la différencie des tribunaux administratifs appelés à trancher des différends individuels opposant plusieurs parties. Dans le cas de ces derniers, [TRADUCTION] « l'importance de l'équité, réelle et perçue, milite davantage » contre la reconnaissance de leur qualité pour agir (*Henthorne c. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292, par. 42).

[57] Par conséquent, je suis d'avis qu'il appartient à la cour de première instance chargée du contrôle judiciaire de décider de la qualité pour agir d'un tribunal administratif en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnée. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit établir un équilibre entre la nécessité d'une décision bien éclairée et l'importance d'assurer l'impartialité du tribunal administratif.

[58] Dans la présente affaire, le par. 33(3) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* prévoit à titre préliminaire que « [l]a Commission a le droit d'être représentée par un avocat lors de l'audition de l'appel » devant la Cour divisionnaire. Cette disposition ne confère pas expressément à la Commission une qualité pour agir qui permet de faire valoir le bien-fondé de sa décision en appel, ni ne limite expressément la thèse qu'elle peut défendre à la présentation d'arguments relatifs à la compétence ou à la norme de contrôle comme le fait la disposition en cause dans l'affaire *Quadrini* (voir par. 2).

[59] In accordance with the foregoing discussion of tribunal standing, where the statute does not clearly resolve the issue, the reviewing court must rely on its discretion to define the tribunal's role on appeal. While not exhaustive, I would find the following factors, identified by the courts and academic commentators cited above, are relevant in informing the court's exercise of this discretion:

- (1) If an appeal or review were to be otherwise unopposed, a reviewing court may benefit by exercising its discretion to grant tribunal standing.
- (2) If there are other parties available to oppose an appeal or review, and those parties have the necessary knowledge and expertise to fully make and respond to arguments on appeal or review, tribunal standing may be less important in ensuring just outcomes.
- (3) Whether the tribunal adjudicates individual conflicts between two adversarial parties, or whether it instead serves a policy-making, regulatory or investigative role, or acts on behalf of the public interest, bears on the degree to which impartiality concerns are raised. Such concerns may weigh more heavily where the tribunal served an adjudicatory function in the proceeding that is the subject of the appeal, while a proceeding in which the tribunal adopts a more regulatory role may not raise such concerns.

[60] Consideration of these factors in the context of this case leads me to conclude that it was not improper for the Board to participate in arguing in favour of the reasonableness of its decision on appeal. First, the Board was the only respondent in the initial review of its decision. Thus, it had no alternative but to step in if the decision was to be defended on the merits. Unlike some other provinces, Ontario has no designated utility consumer advocate, which left the Board — tasked by statute

[59] Au vu de cette analyse de la qualité pour agir d'un tribunal administratif, lorsque le texte législatif applicable n'est pas clair sur ce point, la cour de révision s'en remet à son pouvoir discrétionnaire pour délimiter les attributs du tribunal administratif en appel. Voici quelles sont, entre autres, les considérations — relevées par les juridictions et les auteurs précités — qui délimitent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire :

- (1) lorsque, autrement, l'appel ou la demande de contrôle serait non contesté, il peut être avantageux que la cour de révision exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de reconnaître la qualité pour agir du tribunal administratif;
- (2) lorsque d'autres parties sont susceptibles de contester l'appel ou la demande de contrôle et qu'elles ont les connaissances et les compétences spécialisées nécessaires pour bien avancer une thèse ou la réfuter, la qualité pour agir du tribunal administratif peut revêtir une importance moindre pour l'obtention d'une issue juste;
- (3) le fait que la fonction du tribunal administratif consiste soit à trancher des différends individuels opposant deux parties, soit à élaborer des politiques, à réglementer ou enquêter ou à défendre l'intérêt public influe sur la mesure dans laquelle l'impartialité soulève des craintes ou non. Ces craintes peuvent jouer davantage lorsque le tribunal a exercé une fonction juridictionnelle dans l'instance visée par l'appel, et moins lorsque son rôle s'est révélé d'ordre réglementaire.

[60] Au vu de ces considérations, je conclus qu'il n'était pas inapproprié que la Commission participe à l'appel pour défendre le caractère raisonnable de sa décision. Premièrement, la Commission était la seule partie intimée lors du contrôle judiciaire initial de sa décision. Elle n'avait donc d'autre choix que de prendre part à l'instance pour que sa décision soit défendue au fond. Contrairement à d'autres provinces, l'Ontario n'a nommé aucun défenseur des droits des clients des services publics,



with acting to safeguard the public interest — with few alternatives but to participate as a party.

[61] Second, the Board is tasked with regulating the activities of utilities, including those in the electricity market. Its regulatory mandate is broad. Among its many roles: it licenses market participants, approves the development of new transmission and distribution facilities, and authorizes rates to be charged to consumers. In this case, the Board was exercising a regulatory role by setting just and reasonable payment amounts to a utility. This is unlike situations in which a tribunal may adjudicate disputes between two parties, in which case the interests of impartiality may weigh more heavily against full party standing.

[62] The nature of utilities regulation further argues in favour of full party status for the Board here, as concerns about the appearance of partiality are muted in this context. As noted by Doherty J.A., “[l]ike all regulated bodies, I am sure Enbridge wins some and loses some before the [Board]. I am confident that Enbridge fully understands the role of the regulator and appreciates that each application is decided on its own merits by the [Board]”: *Enbridge*, at para. 28. Accordingly, I do not find that the Board’s participation in the instant appeal was improper. It remains to consider whether the content of the Board’s arguments was appropriate.

## (2) Bootstrapping

[63] The issue of tribunal “bootstrapping” is closely related to the question of when it is proper for a tribunal to act as a party on appeal or judicial review of its decision. The standing issue concerns what types of argument a tribunal may make, i.e.

si bien que la Commission — qui est légalement garante de l’intérêt public — n’avait pas vraiment d’autre avenue que celle de se constituer partie à l’instance.

[61] Deuxièmement, la Commission a pour mandat de régler les activités de services publics, y compris ceux qui appartiennent au domaine de l’électricité. Son mandat de réglementation est large. Au nombre de ses nombreuses fonctions, mentionnons l’octroi de permis aux participants du marché, l’approbation de nouvelles installations de transport et de distribution et l’autorisation des tarifs exigés des consommateurs. Dans la présente affaire, la Commission a exercé sa fonction de réglementation en établissant les paiements justes et raisonnables auxquels un service public avait droit. Il s’agit d’une situation différente de celle où le tribunal administratif est habilité à trancher un différend entre deux parties, le souci d’impartialité pouvant alors militer davantage contre la qualité d’agir comme partie à part entière.

[62] L’objet de la réglementation est un autre élément qui milite en faveur de la pleine reconnaissance de la qualité pour agir de la Commission, puisque la crainte d’apparence de partialité est faible en l’espèce. Pour reprendre les propos du juge Doherty dans *Enbridge*, par. 28, [TRADUCTION] « [à] l’instar de tout organisme réglementé, je suis certain que [la Commission] donne parfois raison à Enbridge et lui donne parfois tort. J’ose croire qu’Enbridge comprend parfaitement le rôle de l’organisme de réglementation et sait que [la Commission] statue sur chaque demande en fonction des faits qui lui sont propres ». Je conclus donc que la participation de la Commission au pourvoi n’a rien d’inapproprié. Reste à savoir si les arguments de la Commission sont appropriés.

## (2) L’autojustification

[63] La question de l’« autojustification » est étroitement liée à celle de savoir à quelles conditions le tribunal administratif (ci-après le « tribunal ») est en droit d’agir comme partie à l’appel ou au contrôle judiciaire de sa décision. Statuer sur la

jurisdictional or merits arguments, while the bootstrapping issue concerns the content of those arguments.

[64] As the term has been understood by the courts who have considered it in the context of tribunal standing, a tribunal engages in bootstrapping where it seeks to supplement what would otherwise be a deficient decision with new arguments on appeal: see, e.g., *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93. Put differently, it has been stated that a tribunal may not “defen[d] its decision on a ground that it did not rely on in the decision under review”: *Goodis*, at para. 42.

[65] The principle of finality dictates that once a tribunal has decided the issues before it and provided reasons for its decision, “absent a power to vary its decision or rehear the matter, it has spoken finally on the matter and its job is done”: *Quadrini*, at para. 16, citing *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848. Under this principle, the court found that tribunals could not use judicial review as a chance to “amend, vary, qualify or supplement its reasons”: *Quadrini*, at para. 16. In *Leon’s Furniture*, Slatter J.A. reasoned that a tribunal could “offer interpretations of its reasons or conclusion, [but] cannot attempt to reconfigure those reasons, add arguments not previously given, or make submissions about matters of fact not already engaged by the record”: para. 29.

[66] By contrast, in *Goodis*, Goudge J.A. found on behalf of a unanimous court that while the Commissioner had relied on an argument not expressly set out in her original decision, this argument was available for the Commissioner to make on appeal. Though he recognized that “[t]he importance of reasoned decision making may be undermined if, when attacked in court, a tribunal can simply offer different, better, or even contrary reasons to

qualité pour agir d’un tribunal c’est décider de ce qu’il peut faire valoir (p. ex. des prétentions relatives à sa compétence ou à la justesse de sa décision), alors que l’« autojustification » touche à la teneur des prétentions.

[64] Suivant le sens attribué à cette notion par les cours de justice qui l’ont examinée dans le contexte de la qualité pour agir, un tribunal « s’autojustifie » lorsqu’il cherche, par la présentation de nouveaux arguments en appel, à étoffer une décision qui, sinon, serait lacunaire (voir p. ex. *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 93). Autrement dit, un tribunal ne pourrait [TRADUCTION] « défendre sa décision en invoquant un motif qui n’a pas été soulevé dans la décision faisant l’objet du contrôle » (*Goodis*, par. 42).

[65] Le caractère définitif de la décision veut que, dès lors qu’il a tranché les questions dont il était saisi et qu’il a motivé sa décision, le tribunal ait statué définitivement et que son travail soit terminé, « à moins qu’il ne soit investi du pouvoir de modifier sa décision ou d’entendre à nouveau l’affaire » (*Quadrini*, par. 16, citant *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848). Partant, la cour a conclu qu’un tribunal ne peut profiter d’un contrôle judiciaire pour « modifier, changer, nuancer ou compléter ses motifs » (*Quadrini*, par. 16). Dans l’arrêt *Leon’s Furniture*, le juge Slatter affirme qu’un tribunal peut [TRADUCTION] « offrir différentes interprétations de ses motifs ou de sa conclusion, [mais] non tenter de remanier ses motifs, invoquer de nouveaux arguments ou se prononcer sur des questions de fait que ne soulève pas déjà le dossier » (par. 29).

[66] En revanche, le juge Goudge conclut, dans l’arrêt *Goodis*, avec l’accord de tous ses collègues, que même si la commissaire invoque un argument qui ne figure pas expressément dans sa décision initiale, elle peut le soulever en appel. Il reconnaît que [TRADUCTION] « [l’]importance de décisions bien étayées pourrait être compromise si un tribunal pouvait simplement offrir, à l’appui de sa décision attaquée devant une cour de justice,

support its decision” (para. 42), Goudge J.A. ultimately found that the Commissioner was permitted to raise a new argument on judicial review. The new argument presented was “not inconsistent with the reason offered in the decision. Indeed it could be said to be implicit in it”: para. 55. “It was therefore proper for the Commissioner to be permitted to raise this argument before the Divisional Court and equally proper for the court to decide on that basis”: para. 58.

[67] There is merit in both positions on the issue of bootstrapping. On the one hand, a permissive stance toward new arguments by tribunals on appeal serves the interests of justice insofar as it ensures that a reviewing court is presented with the strongest arguments in favour of both sides: *Semple*, at p. 315. This remains true even if those arguments were not included in the tribunal’s original reasons. On the other hand, to permit bootstrapping may undermine the importance of reasoned, well-written original decisions. There is also the possibility that a tribunal, surprising the parties with new arguments in an appeal or judicial review after its initial decision, may lead the parties to see the process as unfair. This may be particularly true where a tribunal is tasked with adjudicating matters between two private litigants, as the introduction of new arguments by the tribunal on appeal may give the appearance that it is “ganging up” on one party. As discussed, however, it may be less appropriate in general for a tribunal sitting in this type of role to participate as a party on appeal.

[68] I am not persuaded that the introduction of arguments by a tribunal on appeal that interpret or were implicit but not expressly articulated in its original decision offends the principle of finality. Similarly, it does not offend finality to permit a tribunal to explain its established policies and practices to the reviewing court, even if those were not described in the reasons under review. Tribunals need not repeat explanations of such practices in every decision merely to guard against charges of bootstrapping should they be called upon to explain them on appeal or review. A tribunal may also

des motifs différents, plus convaincants, voire opposés » (par. 42), mais il conclut finalement que la commissaire peut présenter un nouvel argument dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Le nouvel argument n’est toutefois « pas incompatible avec les motifs formulés dans la décision, car on peut en effet affirmer qu’il en fait implicitement partie » (par. 55). « La commissaire pouvait donc soulever l’argument devant la Cour divisionnaire, et celle-ci pouvait en tenir compte pour se prononcer » (par. 58).

[67] Les deux thèses avancées sur l’autojustification se défendent. D’une part, il est dans l’intérêt de la justice de permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel, car la cour de révision est alors saisie des arguments les plus convaincants à l’appui de chacune des thèses (*Semple*, p. 315). Cela demeure vrai même si ces arguments ne figurent pas dans la décision initiale. D’autre part, autoriser l’autojustification risque de compromettre l’importance de décisions bien étayées et bien rédigées au départ. Permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel ou dans le cadre du contrôle judiciaire de sa décision initiale peut aussi amener les parties à conclure que le processus n’est pas équitable. Il peut surtout en être ainsi lorsque le tribunal est appelé à trancher des différends opposant deux personnes privées, puisque la présentation de nouveaux arguments en appel peut donner l’impression que le tribunal « se ligue » contre l’une des parties. Or, je le rappelle, il ne convient généralement pas que le tribunal doté d’un tel mandat participe en tant que partie à l’appel.

[68] Je ne suis pas convaincu que la formulation en appel de nouveaux arguments qui interprètent la décision initiale ou qui l’étaient implicitement, mais non expressément, va à l’encontre du principe du caractère définitif. De même, il n’est pas contraire à ce principe de permettre au tribunal d’expliquer à la cour de révision quelles sont ses politiques et pratiques établies, même lorsque les motifs contestés n’en font pas mention. Le tribunal n’a pas à les expliquer systématiquement dans chaque décision à la seule fin de se prémunir contre une allégation d’autojustification advenant qu’il



respond to arguments raised by a counterparty. A tribunal raising arguments of these types on review of its decision does so in order to uphold the initial decision; it is not reopening the case and issuing a new or modified decision. The result of the original decision remains the same even if a tribunal seeks to uphold that effect by providing an interpretation of it or on grounds implicit in the original decision.

[69] I am not, however, of the opinion that tribunals should have the unfettered ability to raise entirely new arguments on judicial review. To do so may raise concerns about the appearance of unfairness and the need for tribunal decisions to be well reasoned in the first instance. I would find that the proper balancing of these interests against the reviewing courts' interests in hearing the strongest possible arguments in favour of each side of a dispute is struck when tribunals do retain the ability to offer interpretations of their reasons or conclusions and to make arguments implicit within their original reasons: see *Leon's Furniture*, at para. 29; *Goodis*, at para. 55.

[70] In this case, I do not find that the Board impermissibly stepped beyond the bounds of its original decision in its arguments before this Court. In its reply factum, the Board pointed out — correctly, in my view — that its submissions before this Court simply highlight what is apparent on the face of the record, or respond to arguments raised by the respondents.

[71] I would, however, urge the Board, and tribunal parties in general, to be cognizant of the tone they adopt on review of their decisions. As Goudge J.A. noted in *Goodis*:

. . . if an administrative tribunal seeks to make submissions on a judicial review of its decision, it [should] pay careful attention to the tone with which it does so. Although this is not a discrete basis upon which its standing might be limited, there is no doubt that the tone

soit appelé à les préciser en appel ou en contrôle judiciaire. Il peut aussi répondre aux arguments de la partie adverse dans le cadre du contrôle judiciaire de sa décision car il le fait dans le but de faire confirmer sa décision initiale, non de rouvrir le dossier et de rendre une nouvelle décision ou de modifier la décision initiale. L'effet de la décision initiale demeure inchangé même lorsque le tribunal demande sa confirmation en offrant une interprétation de cette décision ou en invoquant des motifs qui la sous-tendent implicitement.

[69] Cependant, je ne crois pas qu'un tribunal devrait avoir la possibilité inconditionnelle de présenter une thèse entièrement nouvelle dans le cadre d'un contrôle judiciaire, car lui reconnaître cette faculté pourrait l'exposer à des allégations d'iniquité et nuire au prononcé de décisions bien motivées au départ. Je suis d'avis qu'il y a un juste équilibre entre ces considérations et celles voulant que la cour de révision entende les arguments les plus convaincants de chacune des parties lorsqu'il est permis au tribunal d'offrir différentes interprétations de ses motifs ou de ses conclusions ou de présenter des arguments qui sous-tendent implicitement ses motifs initiaux (voir *Leon's Furniture*, par. 29; *Goodis*, par. 55).

[70] Je ne crois pas que, dans la présente affaire, la Commission a indûment outrepassé les limites de sa décision initiale lorsqu'elle a présenté ses arguments devant notre Cour. Dans son mémoire en réplique, la Commission signale — à juste titre, selon moi — que ses observations mettent simplement en évidence ce qui ressort du dossier ou répondent aux arguments des intimées.

[71] J'exhorte toutefois la Commission et, de façon générale, tout tribunal qui se constitue partie à une instance à se soucier du ton qu'il adopte lors du contrôle judiciaire de sa décision. Comme le fait remarquer le juge Goudge dans l'arrêt *Goodis*,

[TRADUCTION] le tribunal administratif qui veut faire valoir son point de vue lors du contrôle judiciaire de sa décision [doit] porte[r] une attention particulière au ton qu'il adopte. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un motif précis pour lequel sa qualité pourrait être restreinte, il ne

of the proposed submissions provides the background for the determination of that issue. A tribunal that seeks to resist a judicial review application will be of assistance to the court to the degree its submissions are characterized by the helpful elucidation of the issues, informed by its specialized position, rather than by the aggressive partisanship of an adversary. [para. 61]

[72] In this case, the Board generally acted in such a way as to present helpful argument in an adversarial but respectful manner. However, I would sound a note of caution about the Board’s assertion that the imposition of the prudent investment test “would in all likelihood not change the result” if the decision were remitted for reconsideration (A.F., at para. 99). This type of statement may, if carried too far, raise concerns about the principle of impartiality such that a court would be justified in exercising its discretion to limit tribunal standing so as to safeguard this principle.

#### B. *Standard of Review*

[73] The parties do not dispute that reasonableness is the appropriate standard of review for the Board’s actions in applying its expertise to set rates and approve payment amounts under the *Ontario Energy Board Act, 1998*. I agree. In addition, to the extent that the resolution of this appeal turns on the interpretation of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, the Board’s home statute, a standard of reasonableness presumptively applies: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at para. 35. Nothing in this case suggests the presumption should be rebutted.

[74] This appeal involves two distinct uses of the term “reasonable”. One concerns the standard of review: on appeal, this Court is charged with evaluating the “justification, transparency and intelligibility” of the Board’s reasoning, and “whether the

fait aucun doute que le ton des observations proposées offre une toile de fond à cet égard. Le tribunal qui désire contester une demande de contrôle judiciaire sera utile à la cour dans la mesure où ses observations permettront d’éclaircir les questions et où elles seront fondées sur ses connaissances spécialisées, au lieu d’être empreintes d’un parti pris agressif contre la partie adverse. [par. 61]

[72] En l’espèce, la Commission a généralement présenté des arguments utiles dans le cadre d’un débat contradictoire, mais respectueux. Une mise en garde s’impose toutefois selon moi en ce qui concerne l’affirmation de la Commission selon laquelle l’application du critère de l’investissement prudent [TRADUCTION] « ne changerait vraisemblablement pas l’issue de l’affaire » si la décision lui était renvoyée pour réexamen (m.a., par. 99). Une telle affirmation peut, si elle est poussée trop loin, faire douter de l’impartialité du tribunal au point où une cour de justice serait justifiée d’exercer son pouvoir discrétionnaire et de limiter la qualité pour agir du tribunal de manière à préserver son impartialité.

#### B. *Norme de contrôle*

[73] Les parties conviennent que la norme de contrôle qui s’applique aux actes de la Commission lorsqu’elle fait appel à son expertise pour fixer les tarifs et approuver des paiements sur le fondement de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* est celle de la décision raisonnable. Je suis d’accord. En outre, dans la mesure où l’issue du pourvoi repose sur l’interprétation de cette loi — la loi constitutive de la Commission —, l’application de la norme de la décision raisonnable doit être présumée (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35). Rien ne donne à penser en l’espèce que la présomption soit réfutée.

[74] Le pourvoi fait intervenir deux notions distinctes de ce qui est « raisonnable ». L’une est liée à la norme de contrôle : en appel, la Cour doit apprécier la « justification [. . .], [. . .] la transparence et [. . .] l’intelligibilité » du raisonnement de la

decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47). The other is statutory: the Board’s rate-setting powers are to be used to ensure that, in its view, a just and reasonable balance is struck between utility and consumer interests. These reasons will attempt to keep the two uses of the term distinct.

C. *Choice of Methodology Under the Ontario Energy Board Act, 1998*

[75] The question of whether the Board’s decision to disallow recovery of certain costs was reasonable turns on how that decision relates to the Board’s statutory and regulatory powers to approve payments to utilities and to have these payments reflected in the rates paid by consumers. The Board’s general rate- and payment-setting powers are described above under the “Regulatory Framework” heading.

[76] The just-and-reasonable approach to recovery of the cost of services provided by a utility captures the essential balance at the heart of utilities regulation: to encourage investment in a robust utility infrastructure and to protect consumer interests, utilities must be allowed, over the long run, to earn their cost of capital, no more, no less.

[77] The *Ontario Energy Board Act, 1998* does not, however, either in s. 78.1 or elsewhere, prescribe the methodology the Board must use to weigh utility and consumer interests when deciding what constitutes just and reasonable payment amounts to the utility. Indeed, s. 6(1) of O. Reg. 53/05 expressly permits the Board, subject to certain exceptions set out in s. 6(2), to “establish the form, methodology, assumptions and calculations used in making an order that determines payment amounts for the purpose of section 78.1 of the Act”.

Commission et se demander si la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). L’autre est d’origine législative : la Commission doit utiliser son pouvoir de fixation des tarifs de manière à établir un équilibre qu’elle considère juste et raisonnable entre les intérêts du service public et ceux des consommateurs. Je m’efforce ci-après de respecter cette distinction.

C. *Choix de la méthode suivant la Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*

[75] La question de savoir si le refus de la Commission d’approuver le recouvrement de certaines dépenses est raisonnable ou non dépend du lien de ce refus avec les pouvoirs légaux et réglementaires de la Commission d’approuver des paiements au service public et de répercuter ces paiements sur les tarifs exigés des consommateurs. Les pouvoirs généraux de la Commission en matière de fixation des tarifs et des paiements sont énoncés précédemment à la rubrique « Cadre réglementaire ».

[76] L’approche fondée sur le caractère juste et raisonnable des dépenses qu’un service public peut recouvrer rend compte de l’équilibre essentiel recherché dans la réglementation des services publics : pour encourager l’investissement dans une infrastructure robuste et protéger l’intérêt des consommateurs, un service public doit pouvoir, à long terme, toucher l’équivalent du coût du capital, ni plus, ni moins.

[77] Or, la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ne prévoit ni à l’art. 78.1 ni à quelque autre article la méthode que doit utiliser la Commission pour soupeser les intérêts respectifs du service public et des consommateurs lorsqu’elle décide ce qui constitue des paiements justes et raisonnables. Certes, sous réserve de certaines exceptions prévues au par. 6(2), le par. 6(1) du règlement 53/05 permet expressément à la Commission de [TRADUCTION] « définir la forme, la méthode, les hypothèses et les calculs utilisés pour rendre une ordonnance qui établit le montant du paiement aux fins de l’article 78.1 de la Loi ».

[78] As a contrasting example, para. 4.1 of s. 6(2) of O. Reg. 53/05 establishes a specific methodology for use when the Board reviews “costs incurred and firm financial commitments made in the course of planning and preparation for the development of proposed new nuclear generation facilities”. When reviewing such costs, the Board must be satisfied that “the costs were prudently incurred” and that “the financial commitments were prudently made”: para. 4.1 of s. 6(2). The provision thus establishes a specific context in which the Board’s analysis is focused on the prudence of the decision to incur or commit to certain costs. The absence of such language in the more general s. 6(1) provides further reason to read the regulation as providing broad methodological discretion to the Board in making orders for payment amounts where the specific provisions of s. 6(2) do not apply.

[79] Regarding whether a presumption of prudence must be applied to OPG’s decisions to incur costs, neither the *Ontario Energy Board Act, 1998* nor O. Reg. 53/05 expressly establishes such a presumption. Indeed, the *Ontario Energy Board Act, 1998* places the burden on the applicant utility to establish that payment amounts approved by the Board are just and reasonable: s. 78.1(6) and (7). It would thus seem inconsistent with the statutory scheme to presume that utility decisions to incur costs were prudent.

[80] Justice Abella concludes that the Board’s review of OPG’s costs should have consisted of “an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility’s expenditures were reasonable”: para. 150. Such an approach is contrary to the statutory scheme. While the Board has considerable methodological discretion, it does not have the freedom to displace the burden of proof established by s. 78.1(6) of the *Ontario Energy Board Act, 1998*: “. . . the burden of proof is on the applicant in an application made under this section”. Of course, this does not imply that the applicant must systematically prove that every single cost is just

[78] En revanche, la disposition 4.1 du par. 6(2) du règlement 53/05 prescrit le recours à une méthode particulière lorsque la Commission examine [TRADUCTION] « les dépenses faites et les engagements financiers fermes pris dans le cadre de la planification et de la préparation relatives à la réalisation d’installations nucléaires projetées ». La Commission doit être convaincue que « les dépenses ont été faites de manière prudente » et que « les engagements financiers ont été pris de manière prudente » (la disposition 4.1 du par. 6(2)). La disposition établit donc un cadre précis où l’analyse de la Commission est axée sur la prudence de la décision de faire certaines dépenses ou de convenir de certaines dépenses. L’absence d’un libellé en ce sens dans la disposition générale qu’est le par. 6(1) constitue un autre motif de considérer que le règlement confère à la Commission un large pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer pour ordonner un paiement lorsque les dispositions particulières du par. 6(2) ne s’appliquent pas.

[79] Pour ce qui concerne la question de savoir si la présomption de prudence doit s’appliquer aux décisions d’OPG de faire des dépenses, ni la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, ni le règlement 53/05 n’établissent expressément une telle présomption. D’ailleurs, suivant cette loi, il incombe au service public requérant d’établir que les paiements qu’il demande à la Commission d’approuver sont justes et raisonnables (par. 78.1(6) et (7)). Il semble donc contraire au régime législatif de présumer que la décision de faire des dépenses est prudente.

[80] La juge Abella conclut que l’examen des dépenses d’OPG par la Commission aurait dû consister à « contrôl[er] la prudence des dépenses après coup et [à] appliqu[er] la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables » (par. 150). Or, une telle approche est contraire au régime législatif. La Commission jouit certes d’une grande marge de manœuvre quant au choix d’une méthode, mais elle n’a pas la faculté d’inverser le fardeau de la preuve établi au par. 78.1(6) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* : « . . . le fardeau de la preuve incombe au requérant dans une requête présentée en vertu du

and reasonable. The Board has broad discretion to determine the methods it may use to examine costs — it just cannot shift the burden of proof contrary to the statutory scheme.

[81] In judicially reviewing a decision of the Board to allow or disallow payments to a utility, the court's role is to assess whether the Board reasonably determined that a certain payment amount was "just and reasonable" for both the utility and the consumers. Such an approach is consistent with this Court's rate-setting jurisprudence in other regulatory domains in which the regulator is given methodological discretion, where it has been observed that "[t]he obligation to act is a question of law, but the choice of the method to be adopted is a question of discretion with which, under the statute, no Court of law may interfere": *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764, at para. 40 (concerning telecommunication rate-setting), quoting *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12 (S.C.C.), at p. 13 (concerning railway freight rates). Of course, today this statement must be understood to permit intervention by a court where the exercise of discretion rendered a decision unreasonable. Accordingly, it remains to determine whether the Board's analytical approach to disallowing the costs at issue in this case rendered the Board's decision unreasonable under the "just and reasonable" standard.

#### D. Characterization of Costs at Issue

[82] Forecast costs are costs which the utility has not yet paid, and over which the utility still retains discretion as to whether the disbursement will be

présent article ». Il ne s'ensuit pas, bien sûr, que le requérant doit systématiquement prouver le caractère juste et raisonnable de chacune de ses dépenses, individuellement. La Commission jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'arrêter les méthodes à employer dans l'examen des dépenses, mais elle ne peut tout simplement pas inverser le fardeau de la preuve qu'établit le régime législatif.

[81] La cour de justice appelée à contrôler la décision de la Commission d'approuver ou non des paiements à un service public doit se demander si la conclusion de la Commission selon laquelle un paiement d'un certain montant est « juste et raisonnable » tant pour le service public que pour le consommateur est raisonnable ou non. Cette approche concorde avec les décisions de notre Cour sur l'établissement de tarifs dans d'autres secteurs réglementés où l'organisme de réglementation dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de recourir à une méthode ou à une autre. Dans ces décisions, la Cour signale que « [l]'obligation d'agir est une question de droit, mais le choix de la méthode est une question relevant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et à l'égard de laquelle, selon le texte de loi, aucun tribunal judiciaire ne peut intervenir » (*Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764, par. 40 (tarification des télécommunications), citant *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12 (C.S.C.), p. 13 (tarification du transport ferroviaire des marchandises)). Certes, de nos jours, il faut voir dans ces propos la reconnaissance du pouvoir d'une cour de justice d'intervenir lorsqu'elle estime que l'exercice du pouvoir discrétionnaire a débouché sur une décision déraisonnable. Reste donc à décider si la méthode d'analyse retenue par la Commission pour refuser d'approuver les dépenses en l'espèce a rendu sa décision déraisonnable selon la norme du paiement « juste et raisonnable ».

#### D. Qualification des dépenses en cause

[82] Les dépenses prévues sont celles que le service public n'a pas encore acquittées et qu'un pouvoir discrétionnaire lui permet de renoncer à faire.



made. A disallowance of such costs presents a utility with a choice: it may change its plans and avoid the disallowed costs, or it may incur the costs regardless of the disallowance with the knowledge that the costs will ultimately be borne by the utility's shareholders rather than its ratepayers. By contrast, committed costs are those for which, if a regulatory board disallows recovery of the costs in approved payments, the utility and its shareholders will have no choice but to bear the burden of those costs themselves. This result may occur because the utility has already spent the funds, or because the utility entered into a binding commitment or was subject to other legal obligations that leave it with no discretion as to whether to make the payment in the future.

[83] There is disagreement between the parties as to how the costs disallowed by the Board in this matter should be characterized. The Board asserts that compensation costs for the test period are forecast insofar as they have not yet been disbursed, while OPG asserts that the costs should be characterized as committed, because OPG is under a contractual obligation to pay those amounts when they become due. This disagreement is important because a “no hind-sight” prudence review, which is discussed in detail below, has developed in the context of “committed” costs. Indeed, it makes no sense to apply such a test where a utility still retains discretion over whether the costs will ultimately be incurred; the decision to commit the utility to such costs has not yet been made. Accordingly, where the regulator has discretion over its methodological approach, understanding whether the costs at issue are “forecast” or “committed” may be helpful in reviewing the reasonableness of a regulator's choice of methodology.

[84] In this case, at least some of the compensation costs that the Board found to be excessive were driven by collective agreements to which OPG had committed before the application at issue, and which established compensation costs that were, in aggregate, above the 75th percentile for comparable positions at other utilities. The collective agreements left OPG with limited flexibility

Lorsque leur approbation est refusée, le service public peut soit modifier ses plans et renoncer aux dépenses, soit les faire malgré le refus étant entendu qu'elles seront assumées par les actionnaires plutôt que par les consommateurs. À l'opposé, les dépenses convenues sont celles que ses actionnaires et lui n'auront d'autre choix que d'assumer si l'organisme de réglementation refuse de permettre leur recouvrement et d'approuver les paiements sollicités. Cela peut advenir lorsque le service public a déjà déboursé la somme en cause ou qu'il a pris un engagement contraignant ou était assujéti à d'autres obligations qui écartent tout pouvoir discrétionnaire lui permettant de ne pas acquitter la somme ultérieurement.

[83] Les parties ne s'entendent pas sur la qualification des dépenses que la Commission a refusé d'approuver. Selon cette dernière, les dépenses de rémunération pour la période de référence sont des dépenses prévues dans la mesure où elles n'ont pas encore été acquittées. OPG soutient plutôt qu'il s'agit de dépenses convenues puisqu'elle est tenue par contrat de verser les sommes en cause au moment où elles deviennent exigibles. Ce désaccord est important car le contrôle de la prudence « sans recul », sur lequel je reviendrai plus en détail, a vu le jour dans le contexte de dépenses « convenues ». Il est en effet absurde d'appliquer ce critère lorsque le service public peut encore décider, en fin de compte, de faire ou non les dépenses; la décision de convenir de ces dépenses n'a pas encore été prise. Par conséquent, lorsque l'organisme de réglementation possède un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer, la qualification des dépenses — « prévues » ou « convenues » — peut constituer une étape importante pour statuer sur le caractère raisonnable de la méthode retenue.

[84] En l'espèce, au moins une partie des dépenses de rémunération jugées excessives par la Commission était imputable à des conventions collectives qu'OPG avait conclues avant la présentation de sa demande et qui faisaient en sorte que sa masse salariale globale dépasse le 75<sup>e</sup> percentile pour des emplois comparables dans d'autres services publics. Les conventions collectives laissaient

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

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

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

#### *E. The Prudent Investment Test*

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

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

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

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

#### *E. Le critère de l’investissement prudent*

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

been understood by utilities, regulators, and legislators.

(1) American Jurisprudence

[88] American jurisprudence has played a significant role in the history of the prudent investment test in utilities regulation. In discussing this history, I would first reiterate this Court’s observation that “[w]hile the American jurisprudence and texts in this area should be considered with caution given that Canada and the United States have very different political and constitutional-legal regimes, they do shed some light on the issue”: *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 54.

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

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

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

(1) Jurisprudence américaine

[88] La jurisprudence américaine a joué un rôle important dans l’application du critère de l’investissement prudent aux services publics réglementés. Rappelons d’abord l’observation de notre Cour selon laquelle, « [b]ien qu’il faille aborder avec circonspection la jurisprudence et la doctrine américaines dans ce domaine — les régimes politiques des États-Unis et du Canada étant fort différents, tout comme leurs régimes de droit constitutionnel —, elles éclairent la question » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 54).

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

## (2) Canadian Jurisprudence

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

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

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

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

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

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

## (2) Jurisprudence canadienne

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

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

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

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

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

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

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

[TRANSDUCTION]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[TRADUCTION]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

(3) Conclusion Regarding the Prudent Investment Test

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(4) Application to the Board's Decision

[106] In this case, the Board disallowed a total of \$145 million in compensation costs associated with OPG's nuclear operations, over two years. As discussed above, these costs are best understood as at least partly committed. In view of the nature of these particular costs and the circumstances in which they became committed, I do not find that the Board acted unreasonably in not applying the prudent investment test in determining whether it would be just and reasonable to compensate OPG for these costs.

[107] First, the costs at issue are operating costs, rather than capital costs. Capital costs, particularly those pertaining to areas such as capacity expansion or upgrades to existing facilities, often entail some amount of risk, and may not always be strictly necessary to the short-term ongoing production of the utility. Nevertheless, such costs may often be a wise investment in the utility's future health and viability. As such, prudence review, including a no-hindsight approach (with or without a presumption of prudence, depending on the applicable statutory context), may play a particularly important role in ensuring that utilities are not discouraged from making the optimal level of investment in the development of their facilities.

[108] Operating costs, like those at issue here, are different in kind from capital costs. There is little danger in this case that a disallowance of these costs will have a chilling effect on OPG's willingness to incur operating costs in the future, because costs of the type disallowed here are an inescapable element of operating a utility. It is true that a decision such as the Board's in this case may have the effect of making OPG more hesitant about committing to relatively high compensation costs, but that was precisely the intended effect of the Board's decision.

(4) Application à la décision de la Commission

[106] En l'espèce, la Commission refuse à OPG le recouvrement au total de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération dans le secteur nucléaire, sur deux ans. Rappelons qu'il faut considérer que ces dépenses constituent, du moins en partie, des dépenses convenues. Compte tenu de la nature de ces dépenses en particulier et des circonstances dans lesquelles le service public en a convenu, je ne saurais conclure que la Commission a agi déraisonnablement en n'appliquant pas le critère de l'investissement prudent pour décider s'il était juste et raisonnable d'indemniser OPG à leur égard.

[107] Premièrement, il s'agit de dépenses d'exploitation, et non de coûts en capital. Les coûts en capital, en particulier ceux qui se rapportent par exemple à l'accroissement de la capacité ou à l'amélioration des installations actuelles, comportent souvent un risque et peuvent ne pas être nécessaires, à strictement parler, à la production à court terme du service public. Ces coûts peuvent néanmoins constituer un investissement judicieux pour le bon fonctionnement et la viabilité ultérieurs de ce dernier. Dès lors, le contrôle de la prudence, qui exclut le recul (et présume ou non la prudence, selon les dispositions législatives applicables), peut jouer un rôle particulièrement important pour faire en sorte que le service public ne soit pas dissuadé d'investir de manière optimale dans le développement de ses installations.

[108] Les dépenses d'exploitation, comme celles visées en l'espèce, diffèrent des coûts en capital. Il est peu probable que le refus de les approuver dissuade OPG d'en faire à l'avenir, car les dépenses de la nature de celles qui ont été refusées sont inhérentes à l'exploitation d'un service public. Certes, une décision comme celle rendue par la Commission en l'espèce peut faire hésiter OPG à convenir de dépenses relativement élevées au chapitre de la rémunération, mais tel était précisément l'effet voulu par la Commission.



[109] Second, the costs at issue arise in the context of an ongoing, “repeat-player” relationship between OPG and its employees. Prudence review has its origins in the examination of decisions to pursue particular investments, such as a decision to invest in capacity expansion; these are often one-time decisions made in view of a particular set of circumstances known or assumed at the time the decision was made.

[110] By contrast, OPG’s committed compensation costs arise in the context of an ongoing relationship in which OPG will have to negotiate compensation costs with the same parties in the future. Such a context supports the reasonableness of a regulator’s decision to weigh all evidence it finds relevant in striking a just and reasonable balance between the utility and consumers, rather than confining itself to a no-hindsight approach. Prudence review is simply less relevant when the Board’s focus is not solely on compensating for past commitments, but on regulating costs to be incurred in the future as well. As will be discussed further, the Board’s ultimate disallowance was not targeted exclusively at committed costs, but rather was made with respect to the total compensation costs it evaluated in aggregate. Though the Board acknowledged that OPG may not have had the discretion to reduce spending by the entire amount of the disallowance, the disallowance was animated by the Board’s efforts to get OPG’s ongoing compensation costs under control.

[111] Having already given OPG a warning that the Board found its operational costs to be of concern (see Board 2008-2009 Decision, at pp. 28-32), it was not unreasonable for the Board to be more forceful in considering compensation costs to ensure effective regulation of such costs going forward. The Board’s statement that its disallowance was intended “to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance” (Board Decision, at para. 350) shows that it had the ongoing effects of its disallowance squarely in mind in issuing its decision in this case.

[109] Deuxièmement, les dépenses en cause découlent d’une relation continue entre OPG et ses employés. Le contrôle de la prudence tire son origine de l’examen de décisions d’effectuer certains investissements, notamment pour accroître la capacité; il s’agit souvent de décisions isolées prises à la lumière d’un ensemble de données alors connues ou supposées.

[110] À l’opposé de celles issues de telles décisions, les dépenses de rémunération convenues d’OPG découlent d’une relation continue dans le cadre de laquelle OPG devra négocier ultérieurement les barèmes de rémunération avec les mêmes parties. Pareil contexte milite en faveur du caractère raisonnable de la décision de l’organisme de réglementation de soupeser toute preuve qu’il juge pertinente aux fins d’établir un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs, au lieu de s’en tenir à une approche excluant le recul. Le contrôle de la prudence se révèle tout simplement moins indiqué lorsque la Commission n’entend pas seulement indemniser le service public des engagements déjà pris, mais aussi réguler les dépenses qui seront faites dans l’avenir. En fin de compte, le refus de la Commission ne vise pas que des dépenses convenues, mais bien la totalité des dépenses de rémunération considérées globalement. Même si la Commission reconnaît qu’OPG n’avait peut-être pas de pouvoir discrétionnaire lui permettant de réduire ses dépenses à raison du montant total refusé, le refus de la Commission vise à inciter OPG à la maîtrise constante de ses dépenses de rémunération.

[111] Après que la Commission eut signifié à OPG que ses dépenses d’exploitation lui paraissaient préoccupantes (voir la décision 2008-2009 de la Commission, p. 28-32), il n’était pas déraisonnable qu’elle se montre plus stricte dans l’examen des dépenses de rémunération du service public afin d’en assurer la régulation réelle à l’avenir. Le fait que la Commission dit refuser l’approbation [TRADUCTION] « afin de signifier clairement à OPG qu’il lui incombe d’accroître sa performance » (décision de la Commission, par. 350) montre qu’elle a bel et bien conscience des répercussions actuelles de son refus.

[112] The reasonableness of the Board’s decision to disallow \$145 million in compensation costs is supported by the Board’s recognition of the fact that OPG was bound to a certain extent by the collective agreements in making staffing decisions and setting compensation rates, and its consideration of this factor in setting the total disallowance: Board Decision, at para. 350. The Board’s methodological flexibility ensures that its decision need not be “all or nothing”. Where appropriate, to the extent that the utility was unable to reduce its costs, the total burden of such costs may be moderated or shared as between the utility’s shareholders and the consumers. The Board’s moderation in this case shows that, in choosing to disallow costs without applying a formal no-hindsight prudence review, it remained mindful of the need to ensure that any disallowance was not unfair to OPG and certainly did not impair the viability of the utility.

[113] Justice Abella, in her dissent, acknowledges that the Board has the power under prudence review to disallow committed costs in at least some circumstances: para. 152. However, she speculates that any such disallowance could “imperil the assurance of reliable electricity service”: para. 156. A large or indiscriminate disallowance might create such peril, but it is also possible for the Board to do as it did here, and temper its disallowance to recognize the realities facing the utility.

[114] There is no dispute that collective agreements are “immutable” between employees and the utility. However, if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant the Board oversight of utility compensation costs. The existence both of collective bargaining for utility employees and of the Board’s power to fix payment amounts covering compensation costs indicates neither regime can trump the other. The Board cannot interfere with the collective agreement by ordering that a utility break its

[112] Le caractère raisonnable du refus de la Commission d’approuver des dépenses de 145 millions de dollars au titre de la rémunération tient à ce qu’elle reconnaît qu’OPG était liée dans une certaine mesure par les conventions collectives dans sa prise de décisions en matière de personnel et dans la fixation des barèmes de rémunération, et à ce qu’elle en tient compte pour déterminer la somme totale refusée (décision de la Commission, par. 350). La souplesse méthodologique dont bénéficie la Commission lui permet d’éviter les extrêmes. Lorsque le service public ne peut réduire ses dépenses, la prise en charge de celles-ci peut, si le dossier s’y prête, être modérée ou répartie entre les actionnaires du service public et les consommateurs. La modération opérée par la Commission en l’espèce montre que, en refusant d’approuver les dépenses sans recourir formellement à un contrôle de la prudence excluant le recul, elle ne perd pas de vue la nécessité de veiller à ce que tout refus ne soit pas injuste envers OPG ni, assurément, à ce qu’il ne nuise pas à sa viabilité.

[113] Dans ses motifs de dissidence, la juge Abella reconnaît que, lors du contrôle de la prudence, la Commission peut, du moins dans certaines circonstances, refuser des dépenses convenues (par. 152). Elle dit toutefois craindre qu’un tel refus puisse « mettre en péril la garantie d’un service d’électricité fiable » (par. 156). Le refus d’une somme importante ou opposé sans discernement pourrait exposer à un tel risque, mais il se peut aussi que l’organisme de réglementation fasse ce que la Commission fait en l’espèce, c’est-à-dire modérer son refus en tenant compte des réalités auxquelles fait face le service public.

[114] Nul ne conteste que les conventions collectives intervenues entre le service public et ses employés sont « immuables ». Toutefois, si le législateur avait voulu que les dépenses qui en sont issues se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il n’aurait pas jugé opportun d’investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de rémunération d’un service public. La coexistence du droit à la négociation collective des employés du service public et du pouvoir de la Commission de fixer le montant des paiements pour les dépenses de rémunération indique que ni l’un ni l’autre n’a

obligations thereunder, but nor can the collective agreement supersede the Board's duty to ensure a just and reasonable balance between utility and consumer interests.

[115] Justice Abella says that the Board's review of committed costs using hindsight evidence appears to contradict statements made earlier in its decision. The Board wrote that it would use all relevant evidence in assessing forecast costs but that it would limit itself to a no-hindsight approach in reviewing costs that OPG could not "take action to reduce": Board Decision, at para. 75. In my view, these statements can be read as setting out a reasonable approach for analyzing costs that could reliably be fit into forecast or committed categories. However, not all costs are amenable to such clean categorization by the Board in assessing payment amounts for a test period.

[116] With regard to the compensation costs at issue here, the Board declined to split the total cost disallowance into forecast and committed components in conducting its analysis. As Hoy J. observed, "[g]iven the complexity of OPG's business, and respecting its management's autonomy, [the Board] did not try to quantify precisely the amount by which OPG could reduce its forecast compensation costs within the framework of the existing collective bargaining agreements": Div. Ct. reasons, at para. 53. That is, the Board did not split all compensation costs into either "forecast" or "committed", but analyzed the disallowance of compensation costs as a mix of forecast and committed expenditures over which management retained some, but not total, control.

préséance. La Commission ne peut empiéter sur les conventions collectives en ordonnant au service public de manquer aux obligations qu'elles lui imposent, mais les conventions collectives ne priment pas l'obligation de la Commission d'assurer un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs.

[115] La juge Abella affirme que l'examen des dépenses convenues auquel se livre la Commission à partir d'éléments de recul paraît contredire ce que l'organisme affirme précédemment dans sa décision. La Commission écrit en effet qu'elle prendra en compte tout élément de preuve pertinent pour apprécier les dépenses prévues, mais qu'elle s'en tiendra à un examen sans recul pour ce qui concerne les dépenses à l'égard desquelles OPG [TRADUCTION] « ne pouvait prendre de mesures de réduction » (décision de la Commission, par. 75). À mon sens, on peut en conclure qu'elle recourt à une démarche raisonnable pour l'analyse de dépenses que l'on peut assimiler avec assurance soit à des dépenses prévues, soit à des dépenses convenues. Cependant, toutes les dépenses ne sont pas susceptibles d'une distinction aussi nette par la Commission lorsqu'il s'agit d'apprécier le montant des paiements pour une période de référence.

[116] En ce qui a trait aux dépenses de rémunération en cause, la Commission refuse de préciser quelle partie de la somme totale refusée correspond à des dépenses prévues et quelle partie correspond à des dépenses convenues pour les besoins de son analyse. Le juge Hoy fait observer que, [TRADUCTION] « [v]u la complexité de l'activité d'OPG et l'autonomie de gestion dont elle jouit, [la Commission] n'a pas tenté de déterminer avec précision le montant dont les dépenses de rémunération prévues d'OPG auraient pu être réduites dans le contexte des conventions collectives en vigueur » (motifs de la C. div., par. 53). En somme, la Commission ne départage pas les dépenses de rémunération totales entre celles qui sont « prévues » et celles qui sont « convenues ». Elle considère plutôt que les dépenses de rémunération refusées se composent à la fois de dépenses prévues et de dépenses convenues sur lesquelles la direction conservait une certaine maîtrise, mais non une maîtrise totale.

[117] It was not unreasonable for the Board to proceed on the basis that predicting staff attrition rates is an inherently uncertain exercise, and that it is not equipped to micromanage business decisions within the purview of OPG management. These considerations mean that any attempt to predict the exact degree to which OPG would be able to reduce compensation costs (in other words, what share of the costs were forecast) would be fraught with uncertainty. Accordingly, it was not unreasonable for the Board to adopt a mixed approach that did not rely on quantifying the exact share of compensation costs that fell into the forecast and committed categories. Such an approach is not inconsistent with the Board's discussion at paras. 73-75, but rather represents an exercise of the Board's methodological discretion in addressing a challenging issue where these costs did not fit easily into the categories discussed in that passage.

[118] Justice Abella emphasizes throughout her reasons that the costs established by the collective agreements were not adjustable. I do not dispute this point. However, to the extent that she relies on the observation that the collective agreements "made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels" of the unionized workforce (para. 149 (emphasis in original)), one might conclude that the Board was in some way trying to interfere with OPG's obligations under its collective agreements. It is important not to lose sight of the fact that the Board decision in no way purports to force OPG to break its contractual commitments to unionized employees.

[119] Finally, her observation that the Canadian Nuclear Safety Commission ("CNSC") "has . . . imposed staffing levels on Ontario Power Generation to ensure safe and reliable operation of its nuclear stations" (para. 127) is irrelevant to the issues raised in this case. While the regime put in place by the CNSC surely imposes operational and staffing restraints on nuclear utilities (see OPG record, at

[117] Il n'est pas déraisonnable que la Commission considère que la prévision du taux d'attrition du personnel constitue en soi une entreprise incertaine et qu'elle n'est pas en mesure de microgérer les décisions d'affaires qui relèvent des dirigeants d'OPG. Dès lors, toute tentative de prédire la mesure exacte dans laquelle OPG pourrait abaisser ses dépenses de rémunération (autrement dit, quelle partie de ces dépenses est prévue) serait empreinte d'incertitude. Il n'est donc pas déraisonnable que la Commission opte pour une démarche hybride qui ne se fonde pas sur la répartition exacte des dépenses de rémunération entre celles qui sont prévues et celles qui sont convenues. Pareille démarche est compatible avec l'analyse de la Commission figurant aux par. 73-75 de sa décision et correspond à un exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission sur le plan méthodologique lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une question épineuse et que les dépenses en cause ne sont pas aisément assimilables à l'une ou l'autre des catégories mentionnées dans cette analyse.

[118] Tout au long de ses motifs, la juge Abella rappelle que les dépenses découlant des conventions collectives ne peuvent être rajustées. Je n'en disconviens pas. Cependant, lorsqu'elle opine que les conventions collectives « rend[ent] *illégal* la modification par le service public [. . .] des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation » à l'égard de son personnel syndiqué (par. 149 (en italique dans l'original)), d'aucuns pourraient en conclure que la Commission tente de quelque manière de s'immiscer dans l'exécution des obligations d'OPG suivant les conventions collectives. Il importe de ne pas oublier que la Commission n'entend pas, par sa décision, contraindre OPG à se soustraire à ses engagements contractuels envers ses employés.

[119] Enfin, la remarque de ma collègue selon laquelle la Commission canadienne de sûreté nucléaire (« CCSN ») « [a] impos[é] [. . .] des niveaux de dotation à Ontario Power Generation afin de garantir l'exploitation sûre et fiable de ses installations nucléaires » (par. 127) importe peu quant aux questions soulevées en l'espèce. Bien que le régime établi par la CCSN impose sûrement des conditions

pp. 43-46), there is nothing in the Board's reasons, and no argument presented before this Court, suggesting that the Board's disallowance will result in a violation of the provisions of the *Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9.

[120] I have noted above that it is essential for a utility to earn its cost of capital in the long run. The Board's disallowance may have adversely impacted OPG's ability to earn its cost of capital in the short run. Nevertheless, the disallowance was intended "to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance" (Board Decision, at para. 350). Such a signal may, in the short run, provide the necessary impetus for OPG to bring its compensation costs in line with what, in the Board's opinion, consumers should justly expect to pay for an efficiently provided service. Sending such a signal is consistent with the Board's market proxy role and its objectives under s. 1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*.

## VI. Conclusion

[121] I do not find that the Board acted improperly in pursuing this matter on appeal; nor do I find that it acted unreasonably in disallowing the compensation costs at issue. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and reinstate the decision of the Board.

The following are the reasons delivered by

[122] ABELLA J. (dissenting) — The Ontario Energy Board was established in 1960 to set rates for the sale and storage of natural gas and to approve pipeline construction projects. Over time, its powers and responsibilities evolved. In 1973, the Board became responsible for reviewing and reporting to the Minister of Energy on electricity rates. During this period, Ontario's electricity market was lightly regulated, dominated by the government-owned

d'exploitation et de dotation aux installations nucléaires (voir dossier OPG, p. 43-46), nul élément des motifs de la Commission et nulle plaidoirie devant notre Cour n'indiquent que le refus de la Commission entraînera le non-respect des dispositions de la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9.

[120] Je rappelle qu'il est essentiel qu'un service public obtienne à long terme l'équivalent du coût du capital. Le refus de la Commission a pu nuire à la possibilité qu'OPG obtienne à court terme l'équivalent de son coût du capital. Toutefois, il vise à [TRADUCTION] « signifier clairement à OPG qu'il lui incombe d'accroître sa performance » (décision de la Commission, par. 350). L'envoi d'un tel message peut, à court terme, donner à OPG l'impulsion nécessaire pour rapprocher ses dépenses de rémunération de ce que, selon la Commission, les consommateurs devraient à bon droit s'attendre à payer pour la prestation efficace du service. L'envoi d'un tel message est conforme au rôle de substitut du marché de la Commission et à ses objectifs selon l'article premier de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*.

## VI. Conclusion

[121] Je conclus que la Commission n'a pas agi de manière inappropriée en se pourvoyant en tant que partie en appel; elle n'a pas non plus agi déraisonnablement en refusant d'approuver les dépenses de rémunération en cause. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir celle de la Commission.

Version française des motifs rendus par

[122] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La Commission de l'énergie de l'Ontario a été mise sur pied en 1960. Son mandat était alors d'établir les tarifs applicables à la vente et au stockage de gaz naturel et d'autoriser les projets de construction de pipelines. Au fil du temps, ses compétences et ses fonctions ont évolué. En 1973, le législateur lui a confié la responsabilité d'examiner les tarifs d'électricité puis de faire rapport au ministre de l'Énergie. Pendant cette



Ontario Hydro, which owned power generation assets responsible for about 90 per cent of electricity production in the province: Ron W. Clark, Scott A. Stoll and Fred D. Cass, *Ontario Energy Law: Electricity* (2012), at p. 134; *2011 Annual Report* of the Office of the Auditor General of Ontario, at pp. 5 and 67.

[123] A series of legislative measures in the late 1990s were adopted to transform the electricity industry into a market-based one driven by competition. Ontario Hydro was unbundled into five entities. One of them was Ontario Power Generation Inc., which was given responsibility for controlling the power generation assets of the former Ontario Hydro. It was set up as a commercial corporation with one shareholder — the Province of Ontario: Clark, Stoll and Cass, at pp. 5-7 and 134.

[124] As of April 1, 2008, the Board was given the authority by statute to set payments for the electricity generated by a prescribed list of assets held by Ontario Power Generation: *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, s. 78.1(2); O. Reg. 53/05, *Payments Under Section 78.1 of the Act*, s. 3. Under the legislative scheme, Ontario Power Generation is required to apply to the Board for the approval of “just and reasonable” payment amounts: *Ontario Energy Board Act, 1998*, s. 78.1(5). The Board sets its own methodology to determine what “just and reasonable” payment amounts are, guided by the statutory objectives to maintain a “financially viable electricity industry” and to “protect the interests of consumers with respect to prices and the adequacy, reliability and quality of electricity service”: O. Reg. 53/05, s. 6(1); *Ontario Energy Board Act, 1998*, paras. 1 and 2 of s. 1(1).

[125] Ontario Power Generation remains the province’s largest electricity generator. It was unionized by the Ontario Hydro Employees’ Union (the predecessor to the Power Workers’ Union) in

période, en Ontario, le marché de l’électricité était peu réglementé. Il était dominé par la société d’État Ontario Hydro, qui possédait des installations de production d’énergie fournissant plus de 90 p. 100 de l’électricité dans la province (Ron W. Clark, Scott A. Stoll et Fred D. Cass, *Ontario Energy Law : Electricity* (2012), p. 134; *Rapport annuel 2011*, Bureau du vérificateur général de l’Ontario, p. 1 et 72).

[123] À la fin des années 1990, une série de mesures législatives a été adoptée en vue d’axer le secteur de l’électricité sur le marché et de le soumettre à la concurrence. Ontario Hydro a été scindée en cinq entités. L’une d’elles, Ontario Power Generation Inc., s’est vu confier l’actif de production d’électricité de l’ancienne société Ontario Hydro. Elle a été constituée en société commerciale dont le seul actionnaire est la province d’Ontario (Clark, Stoll et Cass, p. 5-7 et 134).

[124] Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2008, la Commission est légalement investie du pouvoir de fixer les paiements pour l’électricité produite par les installations prescrites que possède Ontario Power Generation (*Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, L.O. 1998, c. 15, ann. B, par. 78.1(2); règlement 53/05 de l’Ontario (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) (« règlement 53/05 », art. 3). Suivant le régime législatif, Ontario Power Generation est tenue de faire une demande à la Commission pour obtenir l’approbation de paiements « justes et raisonnables » (*Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, par. 78.1(5)). La Commission établit sa propre méthode pour déterminer ce qui constitue des paiements « justes et raisonnables » au regard des objectifs législatifs qui consistent à maintenir une « industrie de l’électricité financièrement viable » et à « protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d’électricité » (règlement 53/05, par. 6(1); *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, dispositions 1 et 2 du par. 1(1)).

[125] Ontario Power Generation demeure le plus grand producteur d’électricité de la province. L’Ontario Hydro Employees’ Union (auquel a succédé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur

the 1950s, and by the Society of Energy Professionals in 1992: Richard P. Chaykowski, *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG* (2013) (online), at s. 6.2. Today, Ontario Power Generation employs approximately 10,000 people in its regulated businesses, 90 per cent of whom are unionized. Two thirds of these unionized employees are represented by the Power Workers' Union, and the rest by the Society of Energy Professionals.

[126] Both the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals had collective agreements with Ontario Hydro before Ontario Power Generation was established. As a successor company to Ontario Hydro, Ontario Power Generation inherited the full range of these labour relations obligations: Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 69. Ontario Power Generation's collective agreements with its unions prevent the utility from unilaterally reducing staffing or compensation levels.

[127] The Canadian Nuclear Safety Commission, an independent federal government agency responsible for ensuring compliance with the *Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9, has also imposed staffing levels on Ontario Power Generation to ensure safe and reliable operation of its nuclear stations.

[128] On May 26, 2010, Ontario Power Generation applied to the Board for a total revenue requirement of \$6,909.6 million, including \$2,783.9 million in compensation costs — wages, benefits, pension servicing, and annual incentives — to cover the period from January 1, 2011 to December 31, 2012: EB-2010-0008, at pp. 8, 49 and 80.

[129] In its decision, the Board explained that it would use “two types of examination” to assess the utility's expenditures. When evaluating forecast costs — costs that the utility has estimated for

énergétique) a été accrédité comme agent négociateur auprès de l'entreprise dans les années 1950, alors que Society of Energy Professionals l'a été à son tour en 1992 (Richard P. Chaykowski, *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG* (2013) (en ligne), art. 6.2). Le personnel d'Ontario Power Generation affecté à ses activités réglementées se compose aujourd'hui d'environ 10 000 personnes, dont 90 p. 100 sont syndiquées. Deux tiers de ces employés syndiqués sont représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, un tiers par Society of Energy Professionals.

[126] Le syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique et Society of Energy Professionals avaient tous deux conclu des conventions collectives avec Ontario Hydro avant la création d'Ontario Power Generation. Lorsqu'elle a succédé à Ontario Hydro, Ontario Power Generation a hérité de la totalité des obligations issues de ces conventions (*Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 69), qui la lient et l'empêchent de réduire unilatéralement les niveaux de dotation ou les barèmes de rémunération.

[127] La Commission canadienne de sûreté nucléaire, un organisme fédéral indépendant chargé de faire respecter la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9, impose également des niveaux de dotation à Ontario Power Generation afin de garantir l'exploitation sûre et fiable de ses installations nucléaires.

[128] Le 26 mai 2010, Ontario Power Generation a demandé à la Commission d'approuver des recettes nécessaires se chiffrant à 6 909,6 millions de dollars pour la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2011 au 31 décembre 2012, dont 2 783,9 millions devaient être affectés à la rémunération du personnel — salaires, avantages sociaux, prestations de retraite et incitatifs annuels (EB-2010-0008, p. 8, 49 et 80).

[129] Dans sa décision, la Commission dit soumettre à [TRADUCTION] « deux types d'examen » les dépenses du service public. En ce qui concerne les dépenses prévues — par le service public, pour une

a future period and which can still be reduced or avoided — the Board said that Ontario Power Generation bears the burden of showing that these costs are reasonable. On the other hand, when the Board would be evaluating costs for which “[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce”, otherwise known as committed costs, it said that it would undertake “an after-the-fact prudence review . . . conducted in the manner which includes a presumption of prudence”, that is, a presumption that the utility’s expenditures are reasonable: p. 19.

[130] The Board made no distinction between those compensation costs that were reducible and those that were not. Instead, it subjected all compensation costs to the kind of assessment it uses for reducible, forecast costs and disallowed \$145 million because it concluded that the utility’s compensation rates and staffing levels were too high.

[131] On appeal, a majority of the Divisional Court upheld the Board’s order. In dissenting reasons, Aitken J. concluded that the Board’s decision was unreasonable because it did not apply the proper approach to the compensation costs which were, as a result of legally binding collective agreements, fixed and not adjustable. Instead, the Board “lumped” all compensation costs together and made no distinction between those that were the result of binding contractual obligations and those that were not. As she said:

First, I consider any limitation on [Ontario Power Generation’s] ability to manage nuclear compensation costs on a go-forward basis, due to binding collective agreements in effect prior to the application and the test period, to be costs previously incurred and subject to an after-the-fact, two-step, prudence review. Second, I conclude that, in considering [Ontario Power Generation’s] nuclear compensation costs, as set out in its application, the [Board] in its analysis (though not necessarily in its final number) was required to differentiate between such earlier incurred liabilities and other aspects of the nuclear compensation cost package that were truly projected and

période ultérieure et qu’il est toujours possible de réduire ou d’éviter —, la Commission soutient qu’il incombe à Ontario Power Generation de démontrer leur caractère raisonnable. En revanche, pour ce qui est des dépenses à l’égard desquelles « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction », à savoir les dépenses convenues, la Commission dit qu’elle effectuera « un contrôle de la prudence après coup, [. . .] comportant l’application d’une présomption de prudence », c’est-à-dire une présomption selon laquelle les dépenses du service public sont raisonnables (p. 19).

[130] La Commission ne fait aucune distinction entre les dépenses de rémunération qui sont réductibles et celles qui ne le sont pas. Elle soumet plutôt toutes les dépenses de rémunération à l’appréciation qu’elle réserve aux dépenses prévues réductibles et elle refuse d’approuver les paiements demandés à raison de 145 millions de dollars au motif que les barèmes de rémunération et les niveaux de dotation sont trop élevés.

[131] En appel, les juges majoritaires de la Cour divisionnaire confirment l’ordonnance de la Commission. Dans ses motifs dissidents, la juge Aitken conclut que la décision de la Commission est déraisonnable, car elle n’applique pas la bonne approche aux dépenses de rémunération, lesquelles constituent, par l’effet de conventions collectives contraignantes en droit, des dépenses fixes et non ajustables. Selon elle, la Commission [TRADUCTION] « regroupe » plutôt toutes les dépenses de rémunération et ne fait aucune distinction entre celles qui découlent d’obligations contractuelles obligatoires et celles qui n’en découlent pas. Comme elle l’affirme :

[TRADUCTION] Premièrement, j’estime que les dépenses de rémunération du secteur nucléaire [d’Ontario Power Generation], pour une période ultérieure, assujetties à une contrainte en raison de conventions collectives qui s’appliquaient avant la demande et la période de référence, constituent des dépenses déjà faites qui doivent faire l’objet d’un contrôle de la prudence après coup, en deux étapes. Deuxièmement, dans l’analyse (mais pas nécessairement dans l’appréciation finale) des dépenses de rémunération du secteur nucléaire dont fait état la demande, la [Commission] était tenue de faire une distinction entre les dépenses déjà effectuées et d’autres



not predetermined. Third, in my view, the [Board] was required to undergo a prudence review in regard to those aspects of the nuclear compensation package that arose under binding contracts entered prior to the application and the test period. In regard to the balance of factors making up the nuclear compensation package, the [Board] was free to determine, based on all available evidence, whether such factors were reasonable. Fourth, had a prudence review been undertaken, there was evidence upon which the [Board] could reasonably have decided that the presumption of prudence had been rebutted in regard to those cost factors mandated in the collective agreements. Unfortunately, I cannot find anywhere in the Decision of the [Board] where such an analysis was undertaken. The [Board] lumped all nuclear compensation costs together. It dealt with them as if they all emanated from the same type of factors and none reflected contractual obligations to which the [Ontario Power Generation] was bound due to a collective agreement entered prior to the application and the test period. Finally, I conclude that, when the [Board] was considering the reasonableness of the nuclear compensation package, it erred in considering evidence that came into existence after the date on which the collective agreements were entered when it assessed the reasonableness of the rates of pay and other binding provisions in the collective agreements. [para. 75]

[132] The Court of Appeal unanimously agreed with Aitken J.'s conclusion, finding that "the compensation costs at issue before the [Board] were committed costs" which should therefore have been assessed using a presumption of prudence. As they both acknowledged, it was open to the Board to find that the presumption had been rebutted in connection with the binding contractual obligations, but the Board acted unreasonably in failing to take the immutable nature of the fixed costs into consideration.

[133] I agree. The compensation costs for approximately 90 per cent of Ontario Power Generation's regulated workforce were established through legally binding collective agreements which obligated the utility to pay fixed levels of compensation, regulated staffing levels, and provided unionized employees with employment security. Ontario Power Generation's compensation costs

réellement prévues, mais non préétablies. Troisièmement, à mon avis, la [Commission] devait soumettre à un contrôle de la prudence la partie des dépenses de rémunération du secteur nucléaire qui découlait de contrats obligatoires conclus avant la demande et la période de référence. Pour ce qui est des autres facteurs présidant à la rémunération globale du secteur nucléaire, la [Commission] pouvait, en se fondant sur toute la preuve disponible, décider s'ils étaient raisonnables ou non. Quatrièmement, si un contrôle de la prudence avait été effectué, des éléments de preuve auraient pu raisonnablement permettre à la [Commission] de conclure à la réfutation de la présomption de prudence en ce qui a trait aux éléments issus des conventions collectives qui influaient sur les dépenses. Malheureusement, je constate que nulle part dans sa décision la [Commission] ne se livre à une telle analyse. Elle regroupe sans distinctions toutes les dépenses de rémunération du secteur nucléaire. Elle considère qu'elles ont toutes la même origine et qu'aucune ne découle d'obligations contractuelles auxquelles [Ontario Power Generation] était tenue par une convention collective conclue avant la demande et la période de référence. Enfin, j'estime que, lorsqu'elle se penche sur le caractère raisonnable de la rémunération globale du secteur nucléaire, la [Commission] commet l'erreur de tenir compte d'éléments de preuve ayant vu le jour après la conclusion des conventions collectives pour apprécier le caractère raisonnable des barèmes de rémunération et d'autres dispositions contraignantes des conventions collectives. [par. 75]

[132] La Cour d'appel souscrit à l'unanimité à la conclusion de la juge Aitken et statue que [TRANSDUCTION] « les dépenses de rémunération en cause devant la [Commission] étaient des dépenses convenues » qu'il aurait donc fallu apprécier en présument leur prudence. Elles reconnaissent toutes deux qu'il était loisible à la Commission de conclure que la présomption était réfutée en ce qui concerne les obligations contractuelles obligatoires, mais qu'elle a agi déraisonnablement en ne tenant pas compte de la nature immuable des coûts fixes.

[133] Je suis d'accord. Les dépenses de rémunération visant environ 90 p. 100 de l'effectif obligatoire d'Ontario Power Generation étaient établies par des conventions collectives contraignantes en droit qui imposaient des barèmes de rémunération fixes, qui déterminaient les niveaux de dotation et qui garantissaient la sécurité d'emploi des employés syndiqués. Les dépenses de rémunération

were therefore overwhelmingly predetermined and could not be adjusted by the utility during the relevant period. These are precisely the type of costs that the Board referred to in its decision as costs for which “[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce” and which must be subjected to “a prudence review conducted in the manner which includes a presumption of prudence”: para. 75.

[134] In my respectful view, failing to acknowledge the legally binding, non-reducible nature of the cost commitments reflected in the collective agreements and apply the review the Board itself said should apply to such costs, rendered its decision unreasonable.

#### Analysis

[135] Pursuant to s. 78.1(5) of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, upon application from Ontario Power Generation, the Board is required to determine “just and reasonable” payment amounts to the utility. In the utility regulation context, the phrase “just and reasonable” reflects the aim of “navigating the straits” between overcharging a utility’s customers and underpaying the utility for the public service it provides: *Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002), at p. 481; see also *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186, at pp. 192-93.

[136] The methodology adopted by the Board to determine “just and reasonable” payments to Ontario Power Generation draws in part on the regulatory concept of “prudence”. Prudence is “a legal basis for adjudging the meeting of utilities’ public interest obligations, specifically in regard to rate proceedings”: Robert E. Burns et al., *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16, The National Regulatory Research Institute, April 1985, at p. 20. The concept emerged in the early 20th century as a judicial response to the “mind-numbing complexity” of other approaches being

d’Ontario Power Generation étaient donc en très grande partie préétablies et ne pouvaient être rajustées par l’entreprise au cours de la période considérée. Il s’agit précisément du type de dépenses que la Commission qualifie, dans sa décision, de dépenses à l’égard desquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » et qui doivent faire l’objet d’un « contrôle de la prudence comportant l’application d’une présomption de prudence » (par. 75).

[134] Soit dit tout en respect, la Commission rend une décision déraisonnable en ne reconnaissant pas le caractère contraignant en droit et non réductible des dépenses auxquelles le service public s’était engagé lors de la signature des conventions collectives et en omettant de soumettre ces dépenses au contrôle qui s’imposait pourtant selon elle à leur égard.

#### Analyse

[135] Conformément au par. 78.1(5) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, sur demande d’Ontario Power Generation, la Commission fixe le montant des paiements « justes et raisonnables » auxquels a droit le service public. Dans le contexte de la réglementation des services publics, l’expression « justes et raisonnables » traduit l’objectif qui consiste à [TRADUCTION] « naviguer entre les récifs » que sont, d’une part, les tarifs excessifs imposés au consommateur et, d’autre part, la rétribution insuffisante du service public (*Verizon Communications Inc. c. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002), p. 481; voir aussi *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, p. 192-193).

[136] La méthode retenue par la Commission pour déterminer le montant des paiements « justes et raisonnables » auxquels a droit Ontario Power Generation prend en partie appui sur la notion de « prudence ». En droit réglementaire, la prudence offre un [TRADUCTION] « fondement juridique pour se prononcer sur le respect des obligations des services publics liées à l’intérêt public, plus particulièrement en ce qui concerne le processus de tarification » (Robert E. Burns et autres, *The Prudent Investment Test in the 1980s*, rapport NRRI-84-16, The National Regulatory Research Institute, avril 1985, p. 20). Apparue

used by regulators to determine “just and reasonable” amounts, and introduced a legal presumption that a regulated utility has acted reasonably: *Verizon Communications*, at p. 482. As Justice Brandeis famously explained in 1923:

The term prudent investment is not used in a critical sense. There should not be excluded from the finding of the base, investments which, under ordinary circumstances, would be deemed reasonable. The term is applied for the purpose of excluding what might be found to be dishonest or obviously wasteful or imprudent expenditures. Every investment may be assumed to have been made in the exercise of reasonable judgment, unless the contrary is shown. [Emphasis added.]

(*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), at p. 289, fn. 1, per Brandeis J., dissenting)

[137] The presumption of prudence is the starting point for the type of examination the Board calls a “prudence review”. In undertaking a prudence review, the Board applies a “well-established set of principles”:

- Decisions made by the utility’s management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.
- To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.
- Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.
- Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be

au début du 20<sup>e</sup> siècle, cette notion jurisprudentielle visait à remédier à la [TRADUCTION] « complexité paralysante » des approches différentes utilisées par les organismes de réglementation pour arrêter des montants « justes et raisonnables », et elle présumait que le service public réglementé avait agi raisonnablement (*Verizon Communications*, p. 482). Ainsi, comme l’explique le juge Brandeis dans un extrait bien connu datant de 1923 :

[TRADUCTION] L’emploi de l’expression « investissement prudent » n’est pas décisif. L’établissement de la base de tarification ne devrait pas exclure les investissements qui, dans des circonstances ordinaires, seraient considérés raisonnables. Cet emploi vise plutôt à exclure les dépenses qui pourraient être jugées malhonnêtes ou manifestement excessives ou imprudentes. On peut supposer que tout investissement considéré a été fait dans l’exercice d’un jugement raisonnable, sauf preuve du contraire. [Je souligne.]

(*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), p. 289, note 1, le juge Brandeis (dissident))

[137] La présomption de prudence constitue le point de départ de l’examen que la Commission appelle [TRADUCTION] « contrôle de la prudence ». Lorsqu’elle entreprend ce contrôle de la prudence, la Commission applique un « ensemble bien établi de principes » :

[TRADUCTION]

- La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.
- Pour qu’elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu’aurait dû connaître le service public au moment où il l’a prise.
- Le recul est exclu dans l’appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.
- La prudence est appréciée dans le cadre d’une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et

based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time.

(*Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL), at para. 55, citing *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL), at para. 3.12.2.)

[138] This form of prudence review, including a presumption of prudence and a ban on hindsight, was endorsed by the Board and by the Ontario Court of Appeal as an appropriate method to determine “just and reasonable” rates in *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, at paras. 3.12.1 to 3.12.5, aff’d *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, at paras. 8 and 10-12.

[139] In the case before us, however, the Board decided not to submit all costs to a prudence review. Instead, it stated that it would use two kinds of review. The first would apply to “forecast costs”, that is, those over which a utility retains discretion and can still be reduced or avoided. It explained in its reasons that it would review such costs using a wide range of evidence, and that the onus was on the utility to demonstrate that its forecast costs were reasonable:

When considering forecast costs, the onus is on the company to make its case and to support its claim that the forecast expenditures are reasonable. The company provides a wide spectrum of such evidence, including business cases, trend analysis, benchmarking data, etc. The test is not dishonesty, negligence, or wasteful loss; the test is reasonableness. And in assessing reasonableness, the Board is not constrained to consider only factors pertaining to [Ontario Power Generation]. The Board has the discretion to find forecast costs unreasonable based on the evidence — and that evidence may be related to the cost/benefit analysis, the impact on ratepayers, comparisons with other entities, or other considerations.

reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision.

(*Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL), par. 55, citant *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL), par. 3.12.2.)

[138] Dans *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, par. 3.12.1 à 3.12.5, conf. par *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, par. 8 et 10-12, la Commission et la Cour d’appel de l’Ontario considèrent ce contrôle — qui comporte l’application d’une présomption de prudence et exclut le recul — comme la méthode appropriée pour fixer des tarifs « justes et raisonnables ».

[139] Toutefois, dans la présente affaire, la Commission choisit de ne pas soumettre toutes les dépenses à un contrôle de la prudence. Elle dit plutôt recourir à deux examens. Le premier s’appliquerait aux « dépenses prévues », soit celles à l’égard desquelles le service public conserve un pouvoir discrétionnaire et qu’il peut toujours réduire ou éviter. Dans ses motifs, la Commission explique qu’elle examine ces dépenses au regard d’une vaste gamme d’éléments de preuve et qu’il incombe au service public de démontrer le caractère raisonnable de ses dépenses :

[TRADUCTION] Lors de l’examen des dépenses prévues, il incombe à la société d’établir le bien-fondé de sa demande et d’étayer son allégation selon laquelle ces dépenses sont raisonnables. Elle doit fournir un large éventail d’éléments de preuve en ce sens, notamment des analyses de rentabilité et de tendances, des données de référence, etc. Le critère applicable n’est pas celui de la malhonnêteté, de la négligence ou de la perte menant au gaspillage, mais bien celui du caractère raisonnable. Et dans l’appréciation du caractère raisonnable, la Commission n’est pas tenue d’examiner uniquement les données qui intéressent [Ontario Power Generation]. Elle a le pouvoir discrétionnaire de conclure que les dépenses prévues sont déraisonnables au vu de la preuve, laquelle peut se rapporter à l’analyse coût/bénéfice, à l’incidence sur les consommateurs, aux comparaisons avec d’autres entités ou à autre chose.

The benefit of a forward test period is that the company has the benefit of the Board's decision in advance regarding the recovery of forecast costs. To the extent costs are disallowed, for example, a forward test period provides the company with the opportunity to adjust its plans accordingly. In other words, there is not necessarily any cost borne by shareholders (unless the company decides to continue to spend at the higher level in any event). [paras. 74-75]

[140] A different approach, the Board said, would be applied to those costs the company could not "take action to reduce". These costs, sometimes called "committed costs", represent binding commitments that leave a utility with no discretion about whether to make the payment. The Board explained that it evaluates these costs using a "prudence review", which includes a presumption that the costs were prudently incurred:

Somewhat different considerations will come into play when undertaking an after-the-fact prudence review. In the case of an after-the-fact prudence review, if the Board disallows a cost, it is necessarily borne by the shareholder. There is no opportunity for the company to take action to reduce the cost at that point. For this reason, the Board concludes there is a difference between the two types of examination, with the after-the-fact review being a prudence review conducted in the manner which includes a presumption of prudence. [para. 75]

[141] In *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, for example, the Board concluded that it had to conduct a prudence review when evaluating the costs that Enersource had already incurred:

This issue concerns expenditures which have largely already been incurred by the company. . . . Given that the issue concerns past expenditures which are now in dispute, the Board must conduct a prudence review. [para. 55]

[142] As the Board said in its reasons, the prudence review makes sense for committed costs because disallowing costs Ontario Power Generation cannot avoid, forces the utility to pay out of pocket

L'avantage d'une période de référence ultérieure est qu'elle permet à la société de connaître à l'avance la décision de la Commission concernant le recouvrement de dépenses prévues. Par exemple, lorsque des dépenses sont refusées, la société peut modifier ses plans en conséquence. Autrement dit, l'actionnaire n'a pas nécessairement à assumer un coût (à moins que la société ne décide, en tout état de cause, de maintenir les dépenses jugées excessives). [par. 74-75]

[140] Selon la Commission, une démarche différente serait suivie pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait [TRADUCTION] « prendre de mesures de réduction ». Ces dépenses, parfois appelées « dépenses convenues », résultent d'obligations contractuelles qui excluent tout pouvoir discrétionnaire permettant au service public de ne pas les acquitter. La Commission explique qu'elle juge ces dépenses en se livrant à un « contrôle de la prudence » qui comporte l'application d'une présomption selon laquelle les dépenses ont été faites de manière prudente :

[TRADUCTION] Des considérations quelque peu différentes entreront en jeu lors d'un contrôle de la prudence après coup. La dépense que la Commission refusera alors d'approuver sera nécessairement assumée par l'actionnaire. La société ne pourra plus prendre de mesures de réduction à son égard. C'est pourquoi la Commission estime qu'il existe une différence entre les deux types d'examen, le contrôle après coup constituant un contrôle de la prudence assorti d'une présomption de prudence. [par. 75]

[141] À titre d'exemple, dans *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, la Commission conclut qu'elle doit effectuer un contrôle de la prudence pour apprécier les dépenses qu'Enersource a déjà faites :

[TRADUCTION] Le présent dossier porte sur des dépenses que la société a déjà faites en grande partie. [. . .] Comme il est question de dépenses antérieures qui sont aujourd'hui contestées, la Commission doit effectuer un contrôle de la prudence. [par. 55]

[142] Comme le dit la Commission dans ses motifs, il est logique de soumettre à un contrôle de la prudence des dépenses convenues, car refuser d'approuver des dépenses auxquelles Ontario



for expenses it has already incurred. This could negatively affect Ontario Power Generation's ability to operate, leading the utility to restructure its relationships with the financial community and its service providers, or even lead to bankruptcy: see Burns et al., at pp. 129-65. These outcomes would "increase capital costs and utility rates above the levels that would exist with a limited prudence penalty", forcing Ontario consumers to pay higher electricity bills: Burns et al., at p. vi.

[143] The issue in this appeal therefore centres on the Board assessing *all* compensation costs in Ontario Power Generation's collective agreements as adjustable forecast costs, without determining whether any of them were costs for which "[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce" (para. 75). The Board did not actually call them forecast costs, but by saying that "collective agreements may make it difficult to eliminate positions quickly" and that "changes to union contracts . . . will take time" (paras. 346 and 352), the Board was clearly treating them as reducible in theory. Moreover, the fact that it failed to apply the prudence review it said it would apply to non-reducible costs confirms that it saw the collectively bargained commitments as adjustable.

[144] The Board did not explain why it considered compensation costs in collective agreements to be adjustable forecast costs, but the effect of its approach was to deprive Ontario Power Generation of the benefit of the Board's assessment methodology that treats committed costs differently. In my respectful view, the Board's failure to separately assess the compensation costs committed as a result of the collective agreements from other compensation costs, ignored not only its own methodological template, but labour law as well.

Power Generation ne peut se soustraire oblige le service public à acquitter sur ses propres deniers des dépenses déjà faites. Cela pourrait nuire au bon fonctionnement d'Ontario Power Generation et l'amener à restructurer ses liens avec les milieux financiers et ses fournisseurs de services, voire à faire faillite (voir Burns et autres, p. 129-165). Dès lors, [TRADUCTION] « les coûts en capital et les tarifs seraient supérieurs à ce qu'ils auraient été si une sanction modérée avait résulté de l'application du principe de prudence », de sorte que le consommateur ontarien serait contraint de payer des tarifs d'électricité plus élevés (Burns et autres, p. vi).

[143] Le présent pourvoi a donc pour objet la décision de la Commission de considérer *toutes* les dépenses de rémunération issues des conventions collectives d'Ontario Power Generation comme des dépenses prévues ajustables, sans se demander s'il s'agit en partie de dépenses pour lesquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » (par. 75). La Commission ne les qualifie pas à proprement parler de dépenses prévues, mais lorsqu'elle affirme que « les conventions collectives peuvent rendre ardue l'élimination rapide de certains postes » et que « modifier des conventions collectives [. . .] prend du temps » (par. 346 et 352), elle considère clairement qu'il s'agit de dépenses théoriquement compressibles. De plus, l'omission de soumettre celles-ci au contrôle de la prudence qu'elle dit pourtant s'appliquer aux dépenses non réductibles confirme l'assimilation des obligations issues de négociations collectives à des obligations ajustables.

[144] La Commission ne dit pas pourquoi elle estime que les dépenses de rémunération issues des conventions collectives constituent des dépenses prévues ajustables, mais par l'adoption de son approche, elle empêche Ontario Power Generation de bénéficier de l'application de sa méthode d'appréciation qui considère différemment les dépenses convenues. À mon humble avis, en omettant d'apprécier les dépenses de rémunération issues des conventions collectives séparément des autres dépenses de rémunération, la Commission méconnaît à la fois son propre cadre méthodologique et le droit du travail.

[145] Ontario Power Generation was a party to binding collective agreements with the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals covering most of the relevant period. At the time of the application, it had already entered into a collective agreement with the Power Workers' Union for the period of April 1, 2009 to March 31, 2012.

[146] Its collective agreement with the Society of Energy Professionals, which required resolution by binding mediation-arbitration in the event of contract negotiations disputes, expired on December 31, 2010. As a result of a bargaining impasse, the terms of a new collective agreement for January 1, 2011 to December 31, 2012 were imposed by legally binding arbitration: *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL).

[147] The collective agreements with the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals prescribed the compensation rates for staff positions held by represented employees, strictly regulated staff levels at Ontario Power Generation's facilities, and limited the utility's ability to unilaterally reduce its compensation rates and staffing levels. The collective agreement with the Power Workers' Union, for example, stipulated that there would be no involuntary layoffs during the term of the agreement. Instead, Ontario Power Generation would be required either to relocate surplus staff or offer severance in accordance with rates set out in predetermined agreements between the utility and the union: "Collective Agreement between Ontario Power Generation Inc. and Power Workers' Union", April 1, 2009 to March 31, 2012, at art. 11.

[148] Similarly, Ontario Power Generation's collective agreement with the Society of Energy Professionals severely limited the utility's bargaining power and control over compensation levels. When the contract between Ontario Power Generation and

[145] Ontario Power Generation était partie à des conventions collectives obligatoires qui étaient intervenues avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique et Society of Energy Professionals et qui s'appliquaient pendant la plus grande partie de la période considérée. À l'époque de la demande, elle avait déjà conclu une convention collective avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique pour la période comprise entre le 1<sup>er</sup> avril 2009 et le 31 mars 2012.

[146] La convention collective intervenue avec Society of Energy Professionals et imposant la médiation-arbitrage pour le règlement des différends pendant des négociations collectives a expiré le 31 décembre 2010. Par suite d'une impasse dans les négociations, les conditions d'une nouvelle convention collective pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2011 au 31 décembre 2012 ont été imposées par voie d'arbitrage obligatoire (*Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL)).

[147] Les conventions collectives conclues avec les deux syndicats prescrivaient les barèmes de rémunération des employés syndiqués, réglementaient rigoureusement les niveaux de dotation aux installations d'Ontario Power Generation et limitaient le pouvoir du service public de réduire unilatéralement ses barèmes de rémunération et ses niveaux de dotation. Par exemple, la convention collective conclue avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique prévoyait qu'il n'y aurait aucun licenciement pendant la durée de son application. Bien au contraire, Ontario Power Generation serait contrainte soit de réaffecter tout employé excédentaire, soit de lui offrir une indemnité de départ selon les barèmes établis au préalable par le service public et le syndicat (« Collective Agreement between Ontario Power Generation Inc. and Power Workers' Union », 1<sup>er</sup> avril 2009 au 31 mars 2012, art. 11).

[148] De même, la convention collective conclue avec Society of Energy Professionals limitait grandement le pouvoir du service public de négocier et de déterminer les barèmes de rémunération. À l'expiration de cette convention le 31 décembre 2010,

the Society of Energy Professionals expired on December 31, 2010, the utility's bargaining position had been that its sole shareholder, the Province of Ontario, had directed that there be a zero net compensation increase over the next two-year term. The parties could not reach an agreement and the dispute was therefore referred to binding arbitration as required by previous negotiations. The resulting award by Kevin M. Burkett provided mandatory across-the-board wage increases of 3 per cent on January 1, 2011, 2 per cent on January 1, 2012, and a further 1 per cent on April 1, 2012: *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, at paras. 1, 9, and 28.

[149] The obligations contained in these collective agreements were immutable and legally binding commitments: *Labour Relations Act, 1995*, s. 56. As a result, Ontario Power Generation was prohibited from unilaterally reducing the staffing levels, wages, or benefits of its unionized workforce. These agreements therefore did not just leave the utility "with limited flexibility regarding overall compensation rates or staffing levels", as the majority notes (at para. 84), they made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels of 90 per cent of its regulated workforce in a manner that was inconsistent with its commitments under the agreements.

[150] Instead, the Board, applying the methodology it said it would use for the utility's forecast costs, put the onus on Ontario Power Generation to prove the reasonableness of its costs and concluded that it had failed to provide "compelling evidence" or "documentation or analysis" to justify compensation levels: para. 347. Had the Board used the approach it said it would use for costs the company had "no opportunity . . . to reduce", it would have used an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility's expenditures were reasonable.

le service public défendait la position de son unique actionnaire, la province d'Ontario, à savoir l'exclusion de toute augmentation nette des salaires pendant les deux années suivantes. Les parties n'ont pu parvenir à un accord, de sorte que le dossier a été renvoyé à l'arbitrage obligatoire comme convenu lors de négociations précédentes. Dans sa décision, l'arbitre Kevin M. Burkett a ordonné une augmentation générale des salaires de 3 p. 100 le 1<sup>er</sup> janvier 2011, de 2 p. 100 le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et, en sus, de 1 p. 100 le 1<sup>er</sup> avril 2012 (*Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, par. 1, 9 et 28).

[149] Les obligations contractées dans ces conventions collectives constituaient des engagements immuables ayant force obligatoire (*Loi de 1995 sur les relations de travail*, art. 56). Il était donc interdit à Ontario Power Generation de réduire unilatéralement les niveaux de dotation, les salaires ou les avantages sociaux de ses employés syndiqués. Contrairement à ce qu'affirment les juges majoritaires (par. 84), ces conventions ne laissaient pas seulement « peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble », elles rendaient *illégal* la modification par le service public — d'une manière incompatible avec les engagements qu'il y prenait — des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation quant à 90 p. 100 de son effectif obligatoire.

[150] En appliquant la méthode qu'elle a dit qu'elle utiliserait à l'égard des dépenses prévues du service public, la Commission oblige en fait Ontario Power Generation à prouver le caractère raisonnable de ses dépenses et conclut que l'entreprise n'a présenté ni [TRADUCTION] « preuve convaincante », ni « documents ou analyses » qui justifient les barèmes de rémunération (par. 347). Si elle avait eu recours à l'approche qu'elle a dit qu'elle utiliserait pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction », la Commission aurait contrôlé la prudence des dépenses après coup et appliqué la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables.



[151] Applying a prudence review to these compensation costs would hardly, as the majority suggests, “have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998*”. To interpret the burden of proof in s. 78.1(6) of the *Ontario Energy Board Act, 1998* so strictly would essentially prevent the Board from ever conducting a prudence review, notwithstanding that it has comfortably done so in the past and stated, even in its reasons in this case, that it would review committed costs using an “after-the-fact prudence review” which “includes a presumption of prudence”. Under the majority’s logic, however, since a prudence review always involves a presumption of prudence, the Board would not only be limiting its methodological flexibility, it would be in breach of the Act.

[152] The application of a prudence review does not shield the utility’s compensation costs from scrutiny. As the Court of Appeal observed, a prudence review

does not mean that the [Board] is powerless to review the compensation rates for [Ontario Power Generation’s] unionized staff positions or the number of those positions. In a prudence review, the evidence may show that the presumption of prudently incurred costs should be set aside, and that the committed compensation rates and staffing levels were not reasonable; however, the [Board] cannot resort to hindsight, and must consider what was known or ought to have been known at the time. A prudence review allows for such an outcome, and permits the [Board] both to fulfill its statutory mandate and to serve as a market proxy, while maintaining a fair balance between [Ontario Power Generation] and its customers. [para. 38]

[153] The majority’s suggestion (at para. 114) that “if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant

[151] Contrairement à ce que soutiennent les juges majoritaires, appliquer le contrôle de la prudence à ces dépenses de rémunération serait difficilement « incompatible avec le fardeau de preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ». Considérer que le par. 78.1(6) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* prévoit un fardeau de preuve aussi strict a essentiellement pour effet d’empêcher totalement la Commission d’effectuer des contrôles de la prudence, alors qu’elle en a effectués sans difficulté dans le passé et qu’elle a affirmé — comme dans ses motifs en l’espèce — qu’il y a lieu de soumettre les dépenses convenues à « un contrôle de la prudence après coup, [. . .] comportant l’application d’une présomption de prudence ». Or, suivant le raisonnement des juges majoritaires, comme le contrôle de la prudence présume toujours la prudence, la Commission ne verrait pas seulement sa marge de manœuvre réduite sur le plan méthodologique, mais elle contreviendrait aussi à la Loi.

[152] L’application du principe de la prudence ne soustrait pas les dépenses de rémunération du service public à tout examen. Comme le fait remarquer la Cour d’appel, le contrôle de la prudence

[TRADUCTION] n’écarte pas la possibilité que la [Commission] puisse contrôler les barèmes de rémunération applicables aux employés syndiqués d’[Ontario Power Generation] ou le nombre de leurs postes. Lors d’un tel contrôle, il peut ressortir de la preuve, d’une part, que la présomption selon laquelle les dépenses ont été faites de manière prudente doit être écartée et, d’autre part, que les barèmes de rémunération et les niveaux de dotation convenus ne sont pas raisonnables; cependant, la [Commission] ne peut se prononcer avec le recul, mais doit tenir compte de ce qui était connu ou qui aurait dû l’être à l’époque. Le contrôle de la prudence admet un tel résultat et permet à la [Commission] de s’acquitter de son mandat légal et de jouer son rôle de substitut du marché tout en assurant un juste équilibre entre les intérêts d’[Ontario Power Generation] et ceux de ses clients. [par. 38]

[153] L’affirmation des juges majoritaires selon laquelle, « si le législateur avait voulu que les dépenses [. . .] issues [de conventions collectives] se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il

the Board oversight of utility compensation costs”, is puzzling. The legislature did not intend for *any* costs to be “inevitably” imposed on consumers. What it intended was to give the Board authority to determine just and reasonable payment amounts based on Ontario Power Generation’s existing and proposed commitments. Neither collective agreements nor any other contractual obligations were intended to be “inevitably” imposed. They were intended to be inevitably considered in the balance. But it is precisely because of the unique nature of binding commitments that the Board said it would impose a different kind of review on these costs.

[154] It may well be that Ontario Power Generation has the ability to manage some staffing levels through attrition or other mechanisms that did not breach the utility’s commitments under its collective agreements, and that these costs may therefore properly be characterized as forecast costs. But no factual findings were made by the Board about the extent of any such flexibility. There is in fact no evidence in the record, nor any evidence cited in the Board’s decision, setting out what proportion of Ontario Power Generation’s compensation costs were fixed and what proportion remained subject to the utility’s discretion. The Board made virtually no findings of fact regarding the extent to which the utility could reduce its collectively bargained compensation costs. On the contrary, the Board, as Aitken J. noted, “lumped” all compensation costs together, acknowledged that reducing those in the collective agreements would “take time” and “be difficult”, and dealt with them as globally adjustable.

[155] Given that collective agreements are legally binding, it was unreasonable for the Board to assume that Ontario Power Generation could reduce the costs fixed by these contracts in the absence of any evidence to that effect. To use the majority’s

n’aurait pas jugé opportun d’investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de rémunération d’un service public » (par. 114), laisse perplexe. Le législateur ne voulait pas que *toute* dépense se répercute « inévitablement » sur les consommateurs. Son intention était de donner à la Commission le pouvoir d’arrêter des paiements justes et raisonnables en fonction des engagements actuels et projetés d’Ontario Power Generation. Ni les conventions collectives ni aucune autre obligation contractuelle ne devaient « inévitablement » se répercuter sur qui que ce soit. Cependant, elles devaient inévitablement peser dans la balance. Or, c’est précisément la nature unique des engagements contraignants qu’a invoquée la Commission lorsqu’elle a affirmé qu’elle soumettrait ces dépenses à un contrôle différent.

[154] Il se peut fort bien qu’Ontario Power Generation puisse modifier certains niveaux de dotation par voie d’attrition ou grâce à d’autres mécanismes qui ne vont pas à l’encontre de ses obligations suivant les conventions collectives. Il se peut fort bien aussi que les dépenses puissent donc être assimilées à juste titre à des dépenses prévues. La Commission ne tire toutefois aucune conclusion de fait sur l’étendue d’une telle marge de manœuvre. En fait, aucun élément du dossier ou de la preuve invoquée par la Commission n’indique dans quelle proportion les dépenses de rémunération d’Ontario Power Generation sont fixes et dans quelle proportion elles demeurent assujetties au pouvoir discrétionnaire du service public. La Commission ne tire pour ainsi dire aucune conclusion de fait quant à savoir dans quelle mesure l’entreprise pouvait réduire ses dépenses de rémunération issues des conventions collectives. Au contraire, comme le souligne la juge Aitken, la Commission [TRADUCTION] « regroupe » sans distinctions toutes les dépenses liées à la rémunération, reconnaît que la réduction de celles issues des conventions collectives « prend[rait] du temps » et « [serait] ardue », et considère qu’elles sont globalement ajustables.

[155] Comme les conventions collectives sont contraignantes en droit, il était déraisonnable que la Commission présume qu’Ontario Power Generation pouvait réduire les dépenses déterminées par ces contrats en l’absence de toute preuve en ce

words, these costs are “legal obligations that leave [the utility] with no discretion as to whether to make the payment in the future” (para. 82). According to the Board’s own methodology, costs for which “[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce” are entitled to “a presumption of prudence”: para. 75.

[156] Disallowing costs that Ontario Power Generation is legally required to pay as a result of its collective agreements, would force the utility and the Province of Ontario, the sole shareholder, to make up the difference elsewhere. This includes the possibility that Ontario Power Generation would be forced to reduce investment in the development of capacity and facilities. And because Ontario Power Generation is Ontario’s largest electricity generator, it may not only threaten the “financial viability” of the province’s electricity industry, it could also imperil the assurance of reliable electricity service.

[157] The majority nonetheless assumes that the ongoing relationship between Ontario Power Generation and the unions should give the Board greater latitude in disallowing the collectively bargained compensation costs than it would have had if it applied a no-hindsight, presumption-of-prudence analysis. It also accepts the Board’s conclusion that Ontario Power Generation’s collectively bargained compensation costs may be “excessive”, and therefore concludes that the Board was reasonable in choosing to avoid the “prudence” test in order to so find. This approach finds no support even in the methodology the Board set out for itself for evaluating just and reasonable payment amounts.

[158] In my respectful view, selecting a test which is more likely to confirm an assumption that collectively bargained costs are excessive, misconceives the point of the exercise, namely, to determine

sens. Pour reprendre les propos des juges majoritaires, ces dépenses correspondent à des « obligations qui écartent tout pouvoir discrétionnaire [. . .] permettant [au service public] de ne pas acquitter la somme ultérieurement » (par. 82). Selon la propre méthode de la Commission, les dépenses à l’égard desquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » bénéficient d’une « présomption de prudence » (par. 75).

[156] Refuser d’approuver des dépenses qu’Ontario Power Generation est juridiquement tenue d’acquitter en raison de ses conventions collectives obligerait le service public et son seul actionnaire, la province d’Ontario, à combler la différence en puisant ailleurs. Ontario Power Generation pourrait notamment être forcée de réduire ses investissements dans l’accroissement de sa capacité et dans l’amélioration de ses installations. Et, comme il s’agit du plus grand producteur d’électricité de l’Ontario, un tel refus pourrait non seulement nuire à la « viabilité financière » du secteur de l’électricité de la province, mais également mettre en péril la garantie d’un service d’électricité fiable.

[157] Les juges majoritaires tiennent cependant pour acquis que la relation continue entre Ontario Power Generation et les syndicats devrait conférer à la Commission, relativement aux dépenses de rémunération issues de négociations collectives, un pouvoir de refus plus grand que celui dont elle bénéficie dans le cadre d’une analyse qui exclut le recul et présume la prudence. Ils font droit également à la conclusion de la Commission selon laquelle les dépenses de rémunération issues de négociations collectives auxquelles Ontario Power Generation a participé pourraient être [TRADUCTION] « excessives » et concluent donc que la Commission a agi raisonnablement en écartant le principe de la « prudence » pour arriver à sa conclusion. Leur approche ne trouve aucun appui, pas même dans la méthode que la Commission établit elle-même pour déterminer le montant de paiements justes et raisonnables.

[158] En tout respect pour l’opinion contraire, en choisissant un critère éminemment susceptible de confirmer l’hypothèse que les dépenses issues de négociations collectives sont excessives, on se

whether those costs were in fact excessive. Blaming collective bargaining for what are *assumed* to be excessive costs, imposes, with respect, the appearance of an ideologically driven conclusion on what is intended to be a principled methodology based on a distinction between committed and forecast costs, not between costs which are collectively bargained and those which are not.

[159] I recognize that the Board has wide discretion to fix payment amounts that are “just and reasonable” and, subject to certain limitations, to “establish the . . . methodology” used to determine such amounts: O. Reg. 53/05, s. 6, *Ontario Energy Board Act, 1998*, s. 78.1. That said, once the Board establishes a methodology to determine what is just and reasonable, it is, at the very least, required to faithfully apply that approach: see *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board* (2004), 319 N.R. 171 (F.C.A.), at paras. 30-32, per Rothstein J.A. This does not mean that collective agreements “supersede” or “trump” the Board’s authority to fix payment amounts; it means that once the Board selects a methodology for itself for the exercise of its discretion, it is required to follow it. Absent methodological clarity and predictability, Ontario Power Generation would be left in the dark about how to determine what expenditures and investments to make and how to present them to the Board for review. Wandering sporadically from approach to approach, or failing to apply the methodology it declares itself to be following, creates uncertainty and leads, inevitably, to needlessly wasting public time and resources in constantly having to anticipate and respond to moving regulatory targets.

[160] In disallowing \$145 million of the compensation costs sought by Ontario Power Generation on the grounds that the utility could reduce salary and staffing levels, the Board ignored the legally binding nature of the collective agreements

méprend sur l’objectif de la démarche, qui est de déterminer si ces dépenses étaient bel et bien excessives. Imputer à la négociation collective ce que l’on *suppose* constituer des dépenses excessives revient, soit dit tout en respect, à substituer ce qui a l’apparence d’une conclusion idéologique à ce qui est censé résulter d’une méthode d’analyse raisonnée qui distingue entre les dépenses convenues et les dépenses prévues, non entre les dépenses issues de négociations collectives et celles qui ne le sont pas.

[159] Je reconnais que la Commission jouit d’un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer les paiements qui sont « justes et raisonnables » et, à l’intérieur de certaines limites, de [TRADUCTION] « définir la [. . .] méthode » utilisée pour établir le montant de ces paiements (règlement 53/05, art. 6; *Loi de 1998 sur la Commission de l’Énergie de l’Ontario*, art. 78.1). Cela dit, dès lors qu’elle a établi une méthode pour déterminer ce qui est juste et raisonnable, la Commission doit à tout le moins l’appliquer avec constance (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l’Énergie*, 2004 CAF 149 (CanLII), par. 30-32, le juge Rothstein). Pour autant, les conventions collectives ne « prient » pas le pouvoir de la Commission de fixer les paiements, mais une fois que la Commission a choisi une méthode pour exercer son pouvoir discrétionnaire, elle doit s’y tenir. En l’absence de clarté et de prévisibilité quant à la méthode à appliquer, Ontario Power Generation serait vouée à l’incertitude quant à la démarche à suivre pour déterminer les dépenses et les investissements à faire et quant à la manière de les soumettre à l’examen de la Commission. Passer sporadiquement d’une approche à une autre ou ne pas appliquer la méthode que l’on prétend appliquer crée de l’incertitude et mène inévitablement au gaspillage inutile du temps et des ressources publics en ce qu’il faut constamment anticiper un objectif réglementaire fluctuant et s’y ajuster.

[160] En refusant d’approuver des dépenses de 145 millions de dollars au motif qu’Ontario Power Generation pouvait réduire ses barèmes de rémunération et ses niveaux de dotation, la Commission a méconnu le caractère contraignant en droit des

and failed to distinguish between committed compensation costs and those that were reducible. Whether or not one can fault the Board for failing to use a particular methodology, what the Board can unquestionably be analytically faulted for, is evaluating all compensation costs fixed by collective agreements as being amenable to adjustment. Treating these compensation costs as reducible was, in my respectful view, unreasonable.

[161] I would accordingly dismiss the appeal, set aside the Board's decision, and, like the Court of Appeal, remit the matter to the Board for reconsideration in accordance with these reasons.

*Appeal allowed, ABELLA J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Stikeman Elliott, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Ontario Power Generation Inc.: Torys, Toronto; Ontario Power Generation Inc., Toronto.*

*Solicitors for the respondent the Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the respondent the Society of Energy Professionals: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.*

*Solicitors for the intervener: Jay Shepherd Professional Corporation, Toronto.*

conventions collectives et a omis de distinguer les dépenses de rémunération convenues de celles qui étaient réductibles. On peut reprocher ou non à la Commission de ne pas avoir appliqué une certaine méthode, mais on peut assurément lui reprocher, sur le plan analytique, d'avoir considéré toutes les dépenses de rémunération déterminées par des conventions collectives comme des dépenses ajustables. Voir dans ces dépenses des dépenses réductibles est à mon sens déraisonnable.

[161] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, d'annuler la décision de la Commission et, à l'instar de la Cour d'appel, de renvoyer l'affaire à la Commission pour qu'elle la réexamine à la lumière des présents motifs.

*Pourvoi accueilli, la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureurs de l'appelante : Stikeman Elliott, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Ontario Power Generation Inc. : Torys, Toronto; Ontario Power Generation Inc., Toronto.*

*Procureurs de l'intimé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Society of Energy Professionals : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante : Jay Shepherd Professional Corporation, Toronto.*