

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

58-14-CA

ENBRIDGE GAS NEW BRUNSWICK LIMITED
PARTNERSHIP, AS REPRESENTED BY ITS
GENERAL PARTNER ENBRIDGE GAS NEW
BRUNSWICK INC.

APPLICANT

- and -

NEW BRUNSWICK ENERGY AND UTILITIES
BOARD

RESPONDENT

- and -

ATLANTIC WALLBOARD LP and
FLAKEBOARD COMPANY LIMITED

INTERVENORS

Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership
v. New Brunswick Energy and Utilities Board et
al., 2015 NBCA 65

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the New Brunswick
Energy and Utilities Board:
April 17, 2014

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard and judgment rendered:
January 21 and 22, 2015

ENBRIDGE GAS NEW BRUNSWICK LIMITED
PARTNERSHIP, REPRÉSENTÉE PAR SA
COMMANDITÉE ENBRIDGE GAZ
NOUVEAU-BRUNSWICK INC.

REQUÉRANTE

- et -

COMMISSION DE L'ÉNERGIE ET DES
SERVICES PUBLICS DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

INTIMÉE

- et -

ATLANTIC WALLBOARD LP et
FLAKEBOARD COMPANY LIMITED

INTERVENANTES

Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership
c. Commission de l'énergie et des services publics
du Nouveau-Brunswick et autres, 2015 NBCA 65

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Commission de
l'énergie et des services publics du Nouveau-
Brunswick :
le 17 avril 2014

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu et jugement rendu :
les 21 et 22 janvier 2015

Reasons delivered:
October 22, 2015

Motifs déposés :
le 22 octobre 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

Motifs de jugement :
l'honorable juge Green

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the applicant:
David Duncan Young

Pour la requérante :
David Duncan Young

For the respondent:
Ellen C. Desmond, Q.C.

Pour l'intimée :
Ellen C. Desmond, c.r.

For the Intervenors:
Christopher J. Stewart

Pour les intervenantes :
Christopher J. Stewart

For the Public Intervenor:
Rene Basque, Q.C.

Pour l'intervenant public :
René Basque, c.r.

The Court

LA COUR

The application for judicial review was dismissed at the conclusion of the hearing with reasons to follow. The applicant Enbridge was unsuccessful in persuading the Court the respondent Energy and Utilities Board had erred in law with respect to its decision, or that the Board had breached its duty of procedural fairness with respect to its reasons.

La requête en révision a été rejetée à la fin de l'audience, la Cour ayant précisé que des motifs suivraient. La requérante, Enbridge, n'a pas réussi à convaincre la Cour que l'intimée, la Commission de l'énergie et des services publics du Nouveau-Brunswick, avait commis des erreurs de droit pour ce qui concernait sa décision ou que la Commission avait manqué à son obligation d'équité procédurale pour ce qui concernait ses motifs.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction

[1] Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership is a public utility operating as a distributor of natural gas in the Province of New Brunswick. Its activities are regulated by the New Brunswick Energy and Utilities Board, pursuant to the provisions of the *Gas Distribution Act, 1999*, S.N.B. 1999, c. G-2.11. The Board issued a decision on April 17, 2014, in response to a rate application filed by Enbridge in the normal course of the latter’s business. Dissatisfied with the result of that decision respecting one specific issue, *i.e.* that any revenue shortfall incurred by Enbridge as a result of the Board having previously imposed a mechanism known as a “rate rider” on a particular class of customers “cannot be recovered by the Applicant in 2014”, Enbridge came before the Court on judicial review. The utility seeks to have the decision of the Board set aside, and an order remitting the point at issue for reconsideration.

[2] Following a full hearing, and having considered the submissions of the various parties, the Court issued a brief oral decision dismissing the application for judicial review, with reasons to follow. I unhesitatingly joined with the Chief Justice and my colleague Justice Quigg in rendering the decision to dismiss. The following sets out my reasons for reaching that conclusion.

II. Parties

[3] The parties to this application for judicial review are Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership, as represented by its general partner Enbridge Gas New Brunswick Inc. (Enbridge), and the New Brunswick Energy and Utilities Board (the Board). Two industrial customers of Enbridge participated in the application before the Board as intervenors: Atlantic Wallboard LP and Flakeboard Company Limited. The two

were represented by counsel and made submissions, both written and oral, in the course of this appeal.

[4] At the request of the Chief Justice, the Public Intervenor, René Basque, Q.C., attended the appeal hearing and was invited prior to the conclusion thereof to address the Court, which he did. The Public Intervenor is appointed pursuant to *An Act Respecting a Public Intervener for the Energy Sector*, S.N.B. 2013, c. 28, whose mandate is to intervene in proceedings of the Board initiated under certain pieces of legislation, including the *Gas Distribution Act*, in order to “make those representations that the Public Intervenor considers to be in the public interest”.

III. Background

[5] Enbridge is the general franchisee under the terms of a franchise agreement entered into between the Province of New Brunswick and Enbridge dated August 31, 1999. At the time, New Brunswick was considered a “greenfield” market, in that the province had no existing natural gas distribution system or customer base.

[6] The franchise agreement recognized Enbridge would commence its operations with a Development Period, the duration of which was unknown. Enbridge describes it as the period during which the company “cannot be expected to operate in a mature manner while its customer base is being developed”, and that it will likely end when Enbridge’s “revenues exceed its revenue requirement on a sustainable basis”.

[7] For its part, in 2000 the Board explained the concept of a development period as follows:

The development period is a term used to describe the amount of time required to move from a “greenfield” situation to a more established natural gas industry.

Currently, there are no customers using natural gas in New Brunswick. For most people it is an entirely new product and they will require time to become aware of its

advantages. It is expected that customers will switch from their current energy source to natural gas but the number will initially be small. However, the costs of building the necessary infrastructure will be significant and for several years costs will exceed revenues. [June 23, 2000 Board decision, p. 7]

[8] On December 1, 2009, the Board issued a decision discussing the manner in which it would determine whether or not the Development Period had concluded:

The Board finds that the appropriate criteria to be considered in determining if [Enbridge's] Development Period is over are:

Are the full costs equal to or below the currently available revenues?

Are such revenues sustainable?

These tests, to determine if the Development Period has ended for [Enbridge], will be performed each year as part of the annual review process until the Development Period is over. When the Development Period is determined to be over, [Enbridge] will no longer be permitted to add to the deferral account. [p. 6]

[9] The deferral account referred to above was contemplated by the parties to the general franchise agreement, and can be found in Schedule E – Part II, Essential Elements:

To the extent that in any year there is a difference, which arises from forecast error, between the actual revenue of the gas distributor and its actual cost of service, an amount of cost equal to the difference will be deferred and carried forward as an asset to be amortized over the life of the distribution system, and the cost of service for subsequent years will include the amortization of, and a return on capital for, the deferred asset.

[10] As part of its June 23, 2000 decision the Board approved the creation of a deferral account as follows:

[Enbridge] is directed to establish one deferral account in which it will record the difference between the actual revenue received and the revenue requirement approved by the Board.

[Enbridge] requested that the amount deferred should be amortized over forty years so as to minimize the impact on rates. The Board is concerned that such a long period of amortization will not necessarily be in the best interests of the customers. The Board therefore requires that [Enbridge] establish an amortization schedule, at the end of the development period, that will clear the balance in the deferral account over the remaining term of the initial General Franchise Agreement.

The Board accepts that to allow only the approved cost of debt on the balance in the deferral account would result in a reduction in the allowed rate of return on [Enbridge's] investment. [Enbridge] will be allowed to accrue a return on the average balance for each fiscal year equal to the overall rate of return as approved by the Board. [pp. 31-32]

[11] In a decision dated July 26, 2013, the Board directed Enbridge to apply for new rates on or before October 1, 2013. Enbridge complied, and accordingly on October 1, applied to change distribution rates for a series of customer classes. For our purposes, only one is particularly relevant: the Small General Service class.

[12] Following a full hearing on the rate application, the Board rendered a decision dated April 17, 2014. As is more fully set out later in these reasons, the Board effectively denied Enbridge's request to recover the revenue shortfall it maintains was caused by the imposition of a rate rider by the Board earlier in the year. The evolution of this point of contention between the utility and the Board brings us to the application for judicial review which came before the Court on January 21 and 22, 2015. At the conclusion of the hearing, the Court dismissed the application with reasons to follow.

[13] I note parenthetically, in order to provide complete context for the discussion which follows, that the Board, as part of its April 17 decision, determined:

In light of the forecasted financial information and the evidence in this proceeding, the Board is not satisfied that the development period is over. The Board will continue to examine this issue during the annual review process. [p. 7]

While nothing specifically hinges on this finding for our present purposes, not mentioning the point may leave an unanswered question in the minds of some readers.

IV. Issues

[14] Enbridge advances two grounds as the basis of its application for judicial review. The first is an allegation that the Board erred in law by denying Enbridge the opportunity to recover its full revenue requirement, rendering the Board's decision incorrect or, in the alternative, unreasonable.

[15] The second ground is an allegation the Board breached its duty of fairness by failing to provide adequate reasons for its decision that any revenue shortfall incurred by Enbridge as a result of the implementation of a rate rider on the Small General Service class could not be recovered by Enbridge in 2014.

V. Law and Analysis

A. *Issue 1: Recovery of Revenue Requirement – Standard of Review*

[16] Not surprisingly, the appropriate starting point for our analysis is determining the applicable standard of review. In its written submission, Enbridge adopted the position that correctness was the standard to be applied, but abandoned that argument in favour of the reasonableness standard at the outset of the hearing. This brought Enbridge in line with the Board and the intervenors, one of the few points of consensus in this matter. I am of the view Enbridge made a prudent concession. The utility faced what I considered an insurmountable challenge had it persisted in attempting to convince the Court that our review of the Board's decision with respect to the recovery

of Enbridge's full revenue requirement was to be adjudicated through the lens of correctness rather than reasonableness.

[17] As there was no dispute among the parties with respect to the appropriate standard of review, and my conclusion is the same, I do not propose to delve into the question in any detail. Reasonableness is to be applied, as that standard is explained by the Supreme Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. This reality is quickly affirmed by even a rudimentary consideration of the purpose of the Board, the nature of the question at issue, and the expertise of the tribunal, three of the relevant factors outlined in *Dunsmuir* (para. 64).

[18] What, then, are the parameters of the review at hand, and what must Enbridge overcome in order to satisfy the Court the Board has made reversible error in its decision? The answer is to be found in *Dunsmuir*:

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

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

range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism. In this respect, the concept of deference, so central to judicial review in administrative law, has perhaps been insufficiently explored in the case law. What does deference mean in this context? Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference “is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers” (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 596, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting). We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of “deference as respect” requires of the courts “not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286 (quoted with approval in *Baker*, at para. 65, *per* L’Heureux-Dubé J.; *Ryan*, at para. 49). [paras. 46-48]

[19] While Enbridge submits the Board’s decision was not reasonable, the Board and the intervenors strenuously assert the exact opposite. The questions facing the Court are relatively straightforward, regardless of whatever complexities surround the mechanics of the rate setting process and the regulation of the natural gas distribution in the Province: (1) was the Board’s decision-making process sufficiently imbued with justification, transparency and intelligibility, and (2) does the decision rendered by the Board fall within “a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”? (*Dunsmuir*, para. 47)

B. *Legislative Framework for the Setting of Rates*

[20] Section 52 of the *Gas Distribution Act, 1999*, sets out the legislative framework within which the Board is to discharge its mandate to regulate the price of natural gas in the province. It provides, in part, as follows:

52(3) The Board may make an order approving or fixing just and reasonable rates and tariffs that a gas distributor shall charge to the classes of customers prescribed by regulation for the distribution of gas or for supplier of last resort services.

52(3) La Commission peut, par ordonnance, approuver ou fixer les taux et les tarifs justes et raisonnables qu'un distributeur de gaz doit exiger des clients appartenant aux catégories prescrites par règlement pour la distribution de gaz ou pour les services des fournisseurs de dernier ressort.

52(4) The Board may, if not satisfied that the rates or tariffs applied for are just and reasonable, fix such other rates and tariffs as it finds to be just and reasonable.

52(4) Si elle n'est pas convaincue que les taux et les tarifs objet de la demande sont justes et raisonnables, la Commission peut fixer ceux qu'elle estime justes et raisonnables.

52(5) In approving or fixing just and reasonable rates and tariffs, the Board

52(5) Lorsqu'elle approuve ou fixe des taux et des tarifs justes et raisonnables, la Commission est guidée par ce qui suit :

(a) shall adopt the methods or techniques prescribed by regulation,

a) elle doit adopter les méthodes ou les techniques prescrites par règlement;

(b) shall not recognize or consider the regulatory deferral account as part of the regulated assets of the gas distributor who was granted a general franchise, except in the circumstances and in the manner prescribed by regulation,

b) elle ne peut comptabiliser ni prendre en considération le compte de report réglementaire dans les actifs réglementaires du distributeur de gaz à qui a été accordée une concession générale, sauf dans les circonstances décrites au règlement et de la manière qui y est prévue;

(c) shall not permit the gas distributor who was granted a general franchise to depreciate, amortize, earn a return on or otherwise consider the regulatory deferral account, except in the circumstances and in the manner prescribed by regulation, and

c) elle ne peut permettre au distributeur de gaz à qui a été accordée une concession générale de déprécier ou d'amortir le compte de report réglementaire ou d'en tirer un rendement ou de le prendre autrement en considération, sauf dans les circonstances décrites au règlement et de la

manière qui y est prévue;

(d) shall not permit the gas distributor who was granted a general franchise to create or establish any additional similar revenue shortfall deferral accounts, except in the circumstances and in the manner prescribed by regulation.

d) elle ne peut permettre au distributeur de gaz à qui a été accordée une concession générale de créer ou d'établir tout compte de report additionnel pour y inscrire tout manque à gagner semblable, sauf dans les circonstances décrites au règlement et de la manière qui y est prévue.

Thus, the Board's core mandate is to approve or fix rates and tariffs that a gas distributor, such as Enbridge, must charge to classes of customers. Those rates and tariffs stand to be set at the level the Board finds "just and reasonable".

[21] The *Rates and Tariffs Regulation*, N.B. Reg. 2012-49, is also of direct relevance to the exercise of rate setting:

4(1) The Board shall, when approving or fixing just and reasonable rates and tariffs under section 52 of the Act for each class of customers, adopt the cost of service method or technique, with a revenue to cost ratio not exceeding 1.2:1 for any class of customers, provided that the rates and tariffs for any class of customers shall not exceed the rates and tariffs that would apply to that class of customers if determined through the application of the market based method or technique.

4(1) Lorsqu'elle procède à l'approbation ou à la fixation des taux et tarifs justes et raisonnables en application de l'article 52 de la Loi pour chaque catégorie de clients, la Commission doit adopter la méthode ou technique fondée sur le recouvrement des coûts avec un coefficient de couverture des coûts qui ne saurait être supérieur à 1,2 :1 pour chacune des catégories de clients à la condition toutefois que les taux et les tarifs pour chacune des catégories de clients ne soient pas supérieurs aux taux et aux tarifs déterminés selon la méthode ou technique axée sur le marché.

4(2) In determining rates and tariffs for classes of customers under subsection (1) utilizing the market based method or technique, the Board shall use electricity as the alternative energy source and ensure a target savings level of 20% for the Small General Service class, and use No. 2 Heating Oil as the alternative energy source and ensure a target savings level of 15% for those classes of customers other than the

4(2) Afin de déterminer les taux et les tarifs pour les catégories de clients selon la méthode ou technique axée sur le marché comme le prévoit le paragraphe (1), la Commission doit retenir l'électricité comme source d'énergie de rechange et viser des économies représentant 20 % pour la catégorie de clients du service général faible débit alors qu'elle doit retenir le mazout domestique no 2 comme

Small General Service class.

source d'énergie de recharge et viser des économies représentant 15 % pour toutes les autres catégories de clients.

4(3) The Board shall, when approving or fixing just and reasonable rates and tariffs under section 52 of the Act, ensure that the expenses and investments included in the revenue requirement are prudent.

4(3) Lorsqu'elle procède à l'approbation ou à la fixation des taux et tarifs qui sont justes et raisonnables en application de l'article 52 de la Loi, la Commission doit s'assurer que les dépenses et les investissements compris dans les besoins en revenus sont prudents.

[22] It is important to point out that certain aspects of the above provisions have been considered by the Court, and one specific element, the prescribed ratio of 1.2:1, did not withstand appellate scrutiny. In *Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership v. New Brunswick (Attorney General)*, 2013 NBCA 34, 404 N.B.R. (2d) 189, Robertson J.A., writing for the majority, held:

If one looks to the *Act* and the *Regulation*, it is clear the Legislature was addressing itself to two known “methods or techniques” for fixing rates: (1) cost of service; and (2) market based. There may be others. But regardless, the phrase “methods or techniques” cannot be reasonably interpreted to include the right of the LGC to direct the Board to apply, for example, a designated “cost to service ratio”. It may well be true, as suggested by counsel for the Province, that the Board has never exceeded the prescribed ratio of 1.2:1. But that is not a matter relevant to the task of statutory interpretation. The point is simply this. As the *Act* presently reads, it is for the Board to determine what the ratio should be and that is why the directive is *ultra vires* the regulation-making authority of the LGC. [para. 11]

[23] Although the Province has yet to amend subsection 4(1) of the Regulation to reflect the decision set out above, when setting just and reasonable rates, the Board is obviously no longer bound by the 1.2:1 ratio, which was struck down.

C. *Imposition of the Rate Rider*

[24] A rate rider is a mechanism used to respond to changing market conditions, and is intended to address a situation in which an approved distribution rate for a particular class of customers is no longer competitive, and is likely to remain uncompetitive for some time. In so doing, Enbridge would theoretically be able to maintain its existing market share, and not risk losing existing customers to another energy source perceived to be more cost-efficient.

[25] The notion of rate riders was first considered by the Board in its June 23, 2000 decision:

[Enbridge] requested the Board to approve the use of rate riders. A rate rider would be used to reduce the rate for a particular class of customers during a given year. The company asked that rate reductions be permitted for one or more classes and that more than one reduction be permitted in any given year. The rationale provided was that [Enbridge] needed this pricing flexibility to be able to respond to market conditions. Rate riders would only be used if [Enbridge] believed that the current price was not competitive and further that the price was likely to remain uncompetitive for some time.

The Board considers that the use of rate riders, as proposed by [Enbridge] is appropriate for the development period. The Board will require [Enbridge] to file any proposed rate riders with it and with all marketers at least two weeks before the proposed effective date. The *Act* requires the Board to approve all rate changes before the new price can be charged. The Board will therefore approve the rate rider as proposed, unless there are exceptional circumstances. The Board will notify [Enbridge] and the marketers of its decision at least one week before the proposed effective date. [p. 13]

[26] In a decision dated January 23, 2014, the Board addressed the question of whether or not a rate rider should be ordered with respect to the Small General Service class of customers.

[27] By way of introduction to the subject matter, the Board cited its responsibility to monitor prices, distribution rates, and target savings for all of Enbridge's various rate classes. In the discharge of these responsibilities, the Board had "noted that market conditions for the Small General Service (SGS) class might warrant an adjustment to the rate using a rate rider mechanism". This observation on the part of the Board triggered the following sequence of events:

- On December 11, 2013, the Board sent a letter to Enbridge noting that as a result of its monitoring of the market-based rate for the Small General Service class, the Board was aware that conditions may warrant an adjustment to the existing rate using the rate rider mechanism. Accordingly, the Board ordered Enbridge to file the necessary calculations.
- Enbridge replied the next day, and requested an extension of time for the filing of the rate rider information.
- By letter dated December 13, 2013, the Board granted the requested extension, and ordered Enbridge to "file calculations for the appropriate rate rider for the SGS class no later than Monday, January 13, 2014".
- A hearing was set for January 20, 2014. The Board indicated it would hear submissions at that time from the parties "as to whether [Enbridge] should be required to implement a rate rider for the SGS class".
- As ordered, Enbridge filed its response on January 13, 2014. It commenced its letter to the Board with the statement that Enbridge "does not believe that it is appropriate to implement a rate rider for the Small General Service rate class at this time". Nonetheless, the utility complied with the Board's order and provided its calculations.
- Using "the methodology that was used to determine the existing SGS distribution rate", Enbridge determined that from the approved rate of

\$11.6763/GJ, a rate decrease of \$6.7485 was called for, resulting in an adjusted rate of \$4.9278.

- Enbridge went on to address the anticipated impact such a decrease would have upon its operations, stating that it would result in a revenue shortfall for February and March of 2014. The company further asserted that “those shortfalls in revenue requirement recovery would have to be recovered from [Enbridge’s] other rate classes in February and March 2014”.

[28] The positions of the parties as articulated at the hearing differed dramatically, which is hardly surprising. To begin with the utility itself, Enbridge again objected to the imposition of a rate rider. The Board summarized Enbridge’s position as follows:

[Enbridge] argued that implementing a rate rider would cause a dramatic shortfall in [Enbridge’s] revenue requirement. In its view, it is not in anyone’s interest, including the public, to not allow [Enbridge] to earn its revenue requirement. [Enbridge] asserts that any reduction in the SGS rate would have to be made up in other rate classes.

[29] The Board acknowledged that in Enbridge’s pending application, the utility would be advocating for the elimination of the rate rider mechanism, and for the introduction of a new approach to the calculation of market-based rates for residential and small business users. The Board further acknowledged the utility’s argument that implementing a rate rider in such close proximity to a full hearing, that is its soon-to-be heard application, was “counter-productive” and therefore “not appropriate”.

[30] Nowhere in the January 23 decision does one find the suggestion Enbridge challenged the legal jurisdiction or authority of the Board to impose a rate rider in the absence of a request initiated by the utility itself. I also note that while Enbridge expressed its opposition to the imposition of a rate rider when it filed its calculations with the Board, it similarly did not voice any suggestion the Board was not permitted by law

to take such a step. In other words, Enbridge did not attempt to block the imposition of the rate rider during the process, nor did it subsequently challenge the validity of the Board's order which imposed it. To be fair, on this last point, Enbridge has explained it was relying upon the upcoming full rate hearing to address its concerns.

[31] For their part, Atlantic Wallboard and Flakeboard recognized the Board's authority to impose a rate rider if the Board deemed such a step to be "just and reasonable". The two companies opposed the request advanced by Enbridge that any shortfall resulting from the imposition of a rate rider on the SGS class should be recovered from the other classes of customers.

[32] Clearly, the position articulated by the Public Intervenor found favour with the Board. The decision recites three reasons offered by the Public Intervenor for the imposition of a rate rider:

1. The [*Rates and Tariffs Regulation*] mandates that the Board must ensure a target savings of 20 percent for the SGS class.
2. [Enbridge] has committed that residential customers will save 20 percent when compared to the alternative fuel.
3. [Enbridge]'s existing tariff contains a provision with a clear intent to save consumers 20 percent.

[33] The decision goes on to explain:

The Public Intervenor states that [Enbridge] should have filed for a rate rider months ago. The fact that it currently has a proposal to change the rate rider concept is irrelevant as we are dealing with the present time frame. He notes that there is no requirement for the Board to order increases in other rate classes as a result of a rate rider being implemented.

[34] From this point, the Board briefly touched upon the history of the rate rider mechanism, quoting from its May 26, 2009 decision. While the Board concluded at

that time it was not appropriate “to allow third parties to request rate riders”, there was no finding that the Board itself lacked the authority to impose a rate rider on its own motion.

[35] The critical findings and determinations made by the Board on January 23, 2014, are set out below:

The Board finds that it should order a rate rider where circumstances indicate that it would be in the public interest to do so. The Board has reached this conclusion based partly on the fact that rate riders are currently part of the approved tariff. Rate riders are definitely an issue in the upcoming hearing and may or may not continue but for the moment they are part of the marker-based methodology.

In this case, having considered the submissions of the parties, the Board finds that it would be in the public interest to apply the rate rider.

Accordingly, the Board [o]rders [Enbridge] to implement a rate rider effective February 1st, 2014[,] for the SGS class, reducing the delivery rate to \$4.9278/GJ.

The Board would stress that the present decision is based on the existing rate rider policy and the methodology for calculating target savings approved at the last rate hearing. No party should consider that this decision pre-judges any issue which will be before it next month.

The issue of what, if any, effect the reduction in revenue due to a rate rider will have on the rates of the other classes will be addressed by the Board at the upcoming rate hearing.

These rates will take effect on February 1st. The hearing of [Enbridge’s] rate application is scheduled to begin on February 19th. The upcoming hearing will be the appropriate venue for parties to make submissions on all issues arising from this rate rider and to request any orders, including interim orders, which may relate to this decision.

[36] For the purposes of fully appreciating the issues presently before the Court as a result of the April, 2014 decision, it is critically important to understand not only

what the Board articulated in the above noted paragraphs, but also what it did not say. More on that point later.

D. *The Decision under Review*

[37] I now proceed to the heart of the application for judicial review, that portion of the Board's April 17, 2014 decision dealing with rate riders and the chronology of events outlined above. I reproduce below the salient portions of the Board's ruling:

The use of rate riders has been an important part of the market based method or technique since the conception of the [Enbridge] franchise. As indicated above, the market based method has, at its core, the objective of providing savings to customers, while allowing [Enbridge] to maximize its revenues.

Rate riders were developed to allow [Enbridge] to adjust rates below the maximum approved rate to ensure that the target savings were maintained. Rate riders were designed as an expedited process, providing [Enbridge] with the flexibility to adjust to market conditions. In the past, when a rate rider was put in place, any shortfall in revenue would be added to the deferral account. Now, without a functioning deferral account, the mechanism for recovery no longer exists.

[...]

From a review of previous Board decision, wherein the issue of rate riders has been considered, two observations can be made:

- (1) Rate riders are a tool, provided to [Enbridge], so that market pricing can be flexible. With the exception of the most recent rate rider, imposed by the Board in February, 2014, [Enbridge] has had the discretion to determine when to apply a rate rider; and
- (2) Rate riders are intended to ensure that distribution rates remained competitive. If market conditions are such that

natural gas is not a competitive energy source, [Enbridge] is expected to respond and adjust rates accordingly.

As indicated above, the SGS class is the only class of customers still on market based rates and the composition of this class has changed dramatically since 2012. The Board has directed [Enbridge] to re-examine the SGS class and a rate of \$10/GJ has been put in place until the class is better defined to work within a market based system.

Until the SGS class has been redefined, it is difficult to determine if natural gas continues to be a competitive energy source for these customers. Redefining the SGS class may, in effect, result in a situation where rate riders no longer have a useful role.

The Board will not require [Enbridge] to implement a rate rider, pending the filing of a new SGS class composition. Since rate riders are suspended and may be eliminated, [Enbridge] will be required to make annual rate filings, including a filing for 2015 rates. Any necessary adjustment to SGS rate can be made at that time.

With respect to the rate rider that was imposed in February 2014, and revenue shortfall between February and May will not be recovered in this test year. The rate rider mechanism was still in place for the SGS class and an adjustment was both necessary and appropriate at that time. [pp. 28-30]

[Emphasis added.]

[38] Clearly, Enbridge was not able to achieve its objective of recovering the revenue shortfall it attributes to the imposition of the rate rider on the Board's own motion earlier in 2014, which Enbridge has calculated to be \$2.4 million. As a result, we have the application for judicial review now before the Court.

E. *The Positions of the Parties*

[39] Enbridge indicates that the Board, at page 27 of its decision, endorsed the long-standing principle that the utility is entitled to recover its full revenue requirement. It submits the Board's subsequent decision to deny recovery "is inconsistent with and contrary to these statements and is tantamount to a disallowance".

[40] Let us then scrutinize precisely what the Board had to say in its decision:

At the same time, there is long standing jurisprudence which has determined that utilities must be provided with the opportunity to recover its approved revenue requirement. As indicated in the seminal case of *Northwestern Utilities Ltd. v. Edmonton (City)*, [1929] S.C.R. 186, rates that are just and reasonable allow recovery of the expenses incurred together with a fair return on the investment devoted to the enterprise. This is an extremely high priority and critical to the ongoing operation of the utility. This principle must be respected, if at all possible, when setting just and reasonable rates.

[Emphasis added.]

[41] In my opinion, a significant phrase employed by the Board in the above noted passage is “*if at all possible*”. Contrary to the argument advanced by Enbridge, recovery of any shortfall occasioned by the imposition of the rate rider was not guaranteed. Similarly, if we return to the Board’s decision to implement the rate rider, at no point did the Board provide an assurance to Enbridge that at the upcoming rate hearing Enbridge would be given the opportunity to recover any resulting shortfall in revenue. That was simply not expressed. What was committed to by the Board was to provide the parties the opportunity “to make submissions on all issues arising from this rate rider”. This commitment by the Board was clearly met.

[42] The Board’s position can be distilled to the following salient points:

1. It is the utility which bears responsibility for managing its operations in accordance with the approved rates and tariffs once these are determined by the Board;
2. The Board’s decision dated September 12, 2012, put into effect new rates and tariffs. Included in this decision was the possibility that a rate rider may be imposed with respect to the Small General Service class of customers;
3. When the Board ordered the implementation of the rate rider on January 23, 2014, it did so based on the evidence before it, after determining that reducing the

Small General Service rate was appropriate, and that “it was in the public interest, in keeping with the existing tariff and required by Regulation”;

4. At the time the rate rider was implemented, new rates for 2014 based on the financial projections submitted by Enbridge had not been set;
5. The change to the 2012 approved rates occasioned by the rate rider was not an interim rate;
6. Although amendments to the *Gas Distribution Act, 1999* prevent the Board from recognizing or considering the deferral account as part of the regulated assets of Enbridge, the deferral account itself has not been eliminated. The account continues to exist, and is maintained by Enbridge as an asset on its financial statements. Further, nothing in the *Act* or the *Regulations* prohibits Enbridge from adding to the deferral account, and the Board points out that Enbridge was expected to do precisely that;
7. The Board’s decision was “in keeping with [Enbridge’s] tariff and the provisions of the Regulation and was reasonable in the circumstances”.

[43] The arguments advanced by the Board are far more compelling than those of Enbridge, and mirror my own view of the fact situation and the relevant legal issues. The intervenors build upon the position put forward by the Board. In particular, they assert:

The simple fact is that the financial consequence to the utility resulting from the implementation of a Rate Rider occurred during the rate period governed by the [Board’s] previous rate order. This apparently resulted in less revenue than [Enbridge] was expecting or had budgeted for, but the risk of Rate Riders was the utility’s and cannot be recovered in any subsequent rate period any more than customers would have had the right to a credit during the next rate period if the utility’s revenue had turned out to be higher than originally forecast. To do so would violate the long-standing rule against retroactive rate-making.

[44] Rate-making is a prospective exercise. Writing for the majority in *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, Bastarache J. had this to say on the subject:

[...] The Board was seeking to rectify what it perceived as a historic over-compensation to the utility by ratepayers. There is no power granted in the various statutes for the Board to execute such a refund in respect of an erroneous perception of past over-compensation. It is well established throughout the various provinces that utilities boards do not have the authority to retroactively change rates. (*Northwestern 1979*, at p. 691; *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705 (Alta. C.A.), at p. 715, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. vii; *Re Dow Chemical Canada Inc.* (C.A.), at pp. 734-35). But more importantly, it cannot even be said that there was over-compensation: the rate-setting process is a speculative procedure in which both the ratepayers and the shareholders jointly carry their share of the risk related to the business of the utility [...]. [para. 71]

[45] *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, [1978] S.C.J. No. 107 (QL), referenced above, is also clear authority for the rule against retroactive rate-making:

The statutory pattern is founded upon the concept of the establishment of rates *in futuro* for the recovery of the total forecast revenue requirement of the utility as determined by the Board. The establishment of the rates is thus a matching process whereby forecast revenues under the proposed rates will match the total revenue requirement of the utility. It is clear from many provisions of *The Gas Utilities Act* that the Board must act prospectively and may not award rates which will recover expenses incurred in the past and not recovered under rates established for past periods.

[...]

It is conceded of course that the *Act* does not prevent the Board from taking into account past experience in order to forecast more accurately future revenues and expenses of a utility. It is quite a different thing to design a future rate to

recover for the utility a 'loss' incurred or a revenue deficiency suffered in a period preceding the date of a current application. A crystallized or capitalized loss is, in any case, to be excluded from the inclusion in the rate base and therefore may not be reflected in rates to be established for future periods. [p. 691-99]

[46] In my view, Enbridge has not successfully overcome the considerable obstacle placed in its path by the rule against retrospective rate-making. The arguments presented in support of its position are not persuasive. The rate rider impacted upon the rates fixed by the Board in 2012. It was not an interim rate measure. The fact the rate rider was implemented subsequent to the filing of the 2014 rate application is of no moment. The Board was of the clear view the rate being charged to the Small General Service class of customers could no longer be reasonably justified, and an appropriate adjustment was therefore required.

[47] At the rate rider hearing, the Public Intervenor offered the opinion that Enbridge should have brought forward its own application. This observation is entirely valid, and raises the question of why the utility had not taken action. The mere fact that Enbridge was prevented from using the deferral account as it had in the past, by virtue of legislative amendments to the governing legislation, did not obviate the potential need for a rate rider to be sought and imposed. Market conditions dictated the need for a rate rider. When those conditions were present, it was appropriate to act accordingly. The customers within the Small General Service class should not have been expected to continue paying unjustifiably high rates simply because Enbridge had lost access to the deferral account mechanism.

[48] One more point should be made, this having to do with the sequence of events leading up to the implementation of the rate rider at the heart of this application for judicial review. The amendments to the *Gas Distribution Act, 1999* which closed the door on Board consideration of the deferral account were introduced early in 2012, many months prior to the September 20 decision of the Board setting rates and tariffs on a go-forward basis. The reality of this timeline is that all interested parties, most importantly

Enbridge itself, were fully aware of the possibility a rate rider could be imposed at some point relative to the Small General Service class. Although the circumstances of its eventual imposition were somewhat novel, in that the Board initiated the process instead of the utility, the possibility was nonetheless squarely within the contemplation of Enbridge well in advance of the 2012 Board hearing and decision.

[49] On the first ground of appeal, Enbridge did not establish the Board erred in law in denying the utility “the opportunity to recover its full revenue requirement”. The Board acted in the manner it believed to be appropriate in the circumstances, both with respect to the imposition of the rate rider, and in the setting of new rates and tariffs for 2014. The Board was governed by its statutory obligation to impose rates that were just and reasonable, which it did. Its decision was entitled to deference, and as such, the Court was neither required nor inclined to intervene.

F. *Issue 2: Duty of Procedural Fairness*

[50] The second ground upon which Enbridge anchors its application for judicial review alleges the Board breached the duty of procedural fairness owed to the utility by failing to provide adequate reasons for the decision considered in the preceding paragraphs, *i.e.* not permitting Enbridge to recover the revenue shortfall attributed to the rate rider under the new rates and tariffs set in 2014. To phrase the alleged error differently, Enbridge is questioning the sufficiency of the Board’s reasons.

[51] The duty of procedural fairness was explored by the Supreme Court in the seminal case of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, [1999] S.C.J. No. 39 (QL), *per* L’Heureux-Dubé J. *Baker* sets out five especially relevant factors to be considered when seeking to determine “what is required by the common law duty of procedural fairness in a given set of circumstances”, which I have emphasized for ease of reference:

In addressing the fairness issues, I will consider first the principles relevant to the determination of the content of the duty of procedural fairness, and then address Ms. Baker's arguments that she was accorded insufficient participatory rights, that a duty to give reasons existed, and that there was a reasonable apprehension of bias.

Both parties agree that a duty of procedural fairness applies to H & C decisions. The fact that a decision is administrative and affects "the rights, privileges or interests of an individual" is sufficient to trigger the application of the duty of fairness: *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653. Clearly, the determination of whether an applicant will be exempted from the requirements of the Act falls within this category, and it has been long recognized that the duty of fairness applies to H & C decisions: *Sobrie v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.), at p. 88; *Said v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23 (F.C.T.D.); *Shah v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (F.C.A.).

(1) Factors Affecting the Content of the Duty of Fairness

The existence of a duty of fairness, however, does not determine what requirements will be applicable in a given set of circumstances. As I wrote in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, "the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case". All of the circumstances must be considered in order to determine the content of the duty of procedural fairness: *Knight*, at pp. 682-83; *Cardinal, supra*, at p. 654; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, *per* Sopinka J.

Although the duty of fairness is flexible and variable, and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected, it is helpful to review the criteria that should be used in determining what procedural rights the duty of fairness requires in a given set of circumstances. I emphasize that underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure

that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

Several factors have been recognized in the jurisprudence as relevant to determining what is required by the common law duty of procedural fairness in a given set of circumstances. **One important consideration is the nature of the decision being made and the process followed in making it.** In *Knight, supra*, at p. 683, it was held that “the closeness of the administrative process to the judicial process should indicate how much of those governing principles should be imported into the realm of administrative decision making”. The more the process provided for, the function of the tribunal, the nature of the decision-making body, and the determinations that must be made to reach a decision resemble judicial decision making, the more likely it is that procedural protections closer to the trial model will be required by the duty of fairness. See also *Old St. Boniface, supra*, at p. 1191; *Russell v. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), at p. 118; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at p. 896, *per* Sopinka J.

A second factor is the nature of the statutory scheme and the “terms of the statute pursuant to which the body operates”: *Old St. Boniface, supra*, at p. 1191. The role of the particular decision within the statutory scheme and other surrounding indications in the statute help determine the content of the duty of fairness owed when a particular administrative decision is made. Greater procedural protections, for example, will be required when no appeal procedure is provided within the statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted: see D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 7-66 to 7-67.

A third factor in determining the nature and extent of the duty of fairness owed is the importance of the decision to the individual or individuals affected. The

more important the decision is to the lives of those affected and the greater its impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated. This was expressed, for example, by Dickson J. (as he then was) in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1113:

A high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake [.] A disciplinary suspension can have grave and permanent consequences upon a professional career.

As Sedley J. (now Sedley L.J.) stated in *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), at p. 667:

In the modern state the decisions of administrative bodies can have a more immediate and profound impact on people's lives than the decisions of courts, and public law has since *Ridge v. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40 been alive to that fact. While the judicial character of a function may elevate the practical requirements of fairness above what they would otherwise be, for example by requiring contentious evidence to be given and tested orally, what makes it "judicial" in this sense is principally the nature of the issue it has to determine, not the formal status of the deciding body.

The importance of a decision to the individuals affected, therefore, constitutes a significant factor affecting the content of the duty of procedural fairness.

Fourth, the legitimate expectations of the person challenging the decision may also determine what procedures the duty of fairness requires in given circumstances. Our Court has held that, in Canada, this doctrine is part of the doctrine of fairness or natural justice, and that it does not create substantive rights: *Old St. Boniface, supra*, at p. 1204; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at p. 557. As applied in Canada, if a legitimate expectation is found to exist, this will affect the content of the duty of fairness

owed to the individual or individuals affected by the decision. If the claimant has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty of fairness: *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.). Similarly, if a claimant has a legitimate expectation that a certain result will be reached in his or her case, fairness may require more extensive procedural rights than would otherwise be accorded: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3rd ed. 1996), at pp. 214-15; D. Shapiro, “Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law” (1992), 8 *J.L. & Social Pol’y* 282, at p. 297; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Nevertheless, the doctrine of legitimate expectations cannot lead to substantive rights outside the procedural domain. This doctrine, as applied in Canada, is based on the principle that the “circumstances” affecting procedural fairness take into account the promises or regular practices of administrative decision-makers, and that it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure, or to backtrack on substantive promises without according significant procedural rights.

Fifth, the analysis of what procedures the duty of fairness requires should also take into account and respect the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances: Brown and Evans, *supra*, at pp. 7-66 to 7-70. While this, of course, is not determinative, important weight must be given to the choice of procedures made by the agency itself and its institutional constraints: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, per Gonthier J. [paras. 19-27]

[52]

Baker goes on to highlight the importance of the decision-maker providing reasons:

Courts and commentators have, however, often emphasized the usefulness of reasons in ensuring fair and transparent decision-making. Though *Northwestern Utilities* dealt with a statutory obligation to give reasons, Estey J. held as follows, at p. 706, referring to the desirability of a common law reasons requirement:

This obligation is a salutary one. It reduces to a considerable degree the chances of arbitrary or capricious decisions, reinforces public confidence in the judgment and fairness of administrative tribunals, and affords parties to administrative proceedings an opportunity to assess the question of appeal [.]

The importance of reasons was recently reemphasized by this Court in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paras. 180-81.

Reasons, it has been argued, foster better decision making by ensuring that issues and reasoning are well articulated and, therefore, more carefully thought out. The process of writing reasons for decision by itself may be a guarantee of a better decision. Reasons also allow parties to see that the applicable issues have been carefully considered, and are invaluable if a decision is to be appealed, questioned, or considered on judicial review: R. A. Macdonald and D. Lametti, “Reasons for Decision in Administrative Law” (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123, at p. 146; *Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] 2 F.C. 646 (C.A.), at para. 38. Those affected may be more likely to feel they were treated fairly and appropriately if reasons are given: de Smith, Woolf, & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at pp. 459-60. I agree that these are significant benefits of written reasons. [paras. 38-39]

[53] In support of its contention that the Board failed to provide adequate reasons, and in so doing breached the duty of procedural fairness, Enbridge relies upon two relatively recent decisions of our Court: *Attorney General of New Brunswick v. The Dominion of Canada General Insurance Co.*, 2010 NBCA 82, 366 N.B.R. (2d) 105, and *Attorney General of New Brunswick v. Pembridge Insurance Company*, 2011 NBCA 2,

368 N.B.R. (2d) 134. Both appeals took issue with the sufficiency of reasons provided by an administrative tribunal, the New Brunswick Insurance Board, in each of the impugned decisions.

[54] In *Pembridge*, Drapeau C.J.N.B., writing for the Court, reaches the following pivotal conclusion:

The Board committed reversible error in failing to provide motivated reasons for its decision. In that regard, I draw from the foregoing discussion and analysis the following guidance in the articulation of reasons for decision in contested cases such as the present one. As a general rule, a decision purporting to fix “just and reasonable” rates will withstand appellate scrutiny if it contains: (a) a summary of the issues; (b) a review of the relevant evidence; (c) essential findings of fact for which a rational connection to the evidence is articulated; (d) a statement of the factors that weighed in the decision-making process; and (e) an intelligible rational application of those factors to the findings of fact. [para. 44]

[55] Robertson J.A., writing for the Court in *Dominion*, dealt with an unrelated procedural fairness issue before addressing the duty to give reasons. He concluded the Attorney General “was denied procedural fairness when the Board ruled that Dominion did not have to produce (generate) evidence which was otherwise *prima facie* relevant to the primary task at hand” (para. 26). On the question of the reasons themselves, the Court in *Dominion* provides this guidance:

How is the public to be assured that the Board is not engaged in arbitrary decision-making? How does the Attorney General obtain a meaningful right of appeal to this Court if the Board has failed to demonstrate that it grasped the issues at hand? The answer to those questions is obvious. The Board must provide reasons for its decision. Otherwise, this Court would be effectively granting deference to the Board when there is no evidence of the Board actually engaging its expertise by deciding discrete issues of precedential significance. Without reasons for decision, the public cannot be assured that

Dominion's proposed rate was just and reasonable. The Attorney General's allegation that Dominion's application did not meet this threshold test went unanswered and that is all that is required to undermine public confidence in the administrative scheme implemented for the purpose of ensuring that the rate approval process remains both fair and transparent to all concerned. [para. 35]

[56] The full context must be brought into the equation to determine whether reasons are sufficient: *Smith v. Province of New Brunswick (Department of Public Safety) and New Brunswick Human Rights Commission*, 2012 NBCA 41, at para. 11. There exist clear differences between the decisions issued by the Insurance Board in *Dominion* and *Pembridge*, and the decision of the Energy and Utilities Board presently under review. I will highlight what is perhaps the most glaring distinction: in both *Dominion* and *Pembridge*, the Insurance Board issued rate-setting decisions which were confined to a single page, and which remained insufficient having regard to the full context (see *Pembridge* at para. 23, and *Dominion* at para. 27). The reasons proffered could hardly be said to attract the label "fulsome".

[57] In the case at hand, while the Board admittedly did not provide extensive reasons for its decision on the specific issue of recovery of the shortfall in revenue requirement associated with the imposition of the rate rider which are easily isolated, I am fully satisfied that, having regard to the full context, the reasons meet the test articulated in *Pembridge*. The direction provided by Abella J. in *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, is well worth revisiting:

It is important to emphasize the Court's endorsement of Professor Dyzenhaus's observation that the notion of deference to administrative tribunal decision-making requires "a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision". In his cited article, Professor Dyzenhaus explains how reasonableness applies to reasons as follows:

"Reasonable" means here that the reasons do in fact or in principle support the conclusion reached. That

is, even if the reasons in fact given do not seem wholly adequate to support the decision, the court must first seek to supplement them before it seeks to subvert them. For if it is right that among the reasons for deference are the appointment of the tribunal and not the court as the front line adjudicator, the tribunal's proximity to the dispute, its expertise, etc., then it is also the case that its decision should be presumed to be correct even if its reasons are in some respects defective. (Emphasis added.)

(David Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 304)

See also David Mullan, "*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, at p. 136; David Phillip Jones, Q.C., and Anne S. de Villars, Q.C., *Principles of Administrative Law* (5th ed. 2009), at p. 380; and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 63.

This, I think, is the context for understanding what the Court meant in *Dunsmuir* when it called for "justification, transparency and intelligibility". To me, it represents a respectful appreciation that a wide range of specialized decision-makers routinely render decisions in their respective spheres of expertise, using concepts and language often unique to their areas and rendering decisions that are often counter-intuitive to a generalist. That was the basis for this Court's new direction in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, where Dickson J. urged restraint in assessing the decisions of specialized administrative tribunals. This decision oriented the Court towards granting greater deference to tribunals, shown in *Dunsmuir*'s conclusion that tribunals should "have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions" (para. 47).

Read as a whole, I do not see *Dunsmuir* as standing for the proposition that the "adequacy" of reasons is a stand-alone basis for quashing a decision, or as advocating that a

reviewing court undertake two discrete analyses – one for the reasons and a separate one for the result (Donald J. M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at ss. 12:5330 and 12:5510). It is a more organic exercise - the reasons must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes. This, it seems to me, is what the Court was saying in *Dunsmuir* when it told reviewing courts to look at “the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes” (para. 47).

In assessing whether the decision is reasonable in light of the outcome and the reasons, courts must show “respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law” (*Dunsmuir*, at para. 48). This means that courts should not substitute their own reasons, but they may, if they find it necessary, look to the record for the purpose of assessing the reasonableness of the outcome. [paras. 12-15]

[58] I would venture to say the Board’s reasons on the issue in question are not perfect, but they are not required to be. Read contextually, the reasons provided are intelligible, and there exists a rational connection between the evidence before the Board and the decision rendered. The Board had an obligation to set just and reasonable rates. It did so in 2012. When a valid concern arose with respect to the rates being charged to the Small General Service class no longer being just and reasonable given market conditions at the time, the Board took action and addressed the situation through the imposition of a rate rider. The result was an adjusted rate for the class which, again, was judged to be just and reasonable. Finally, in making its decision on Enbridge’s 2014 rate application, the Board once more discharged its core statutory responsibility: it established rates and tariffs which, in its considerable judgment, met the just and reasonable requirement. There was no error justifying judicial intervention.

VI. Conclusion

[59] For the reasons articulated above, I joined with the Chief Justice and Justice Quigg in dismissing the application for judicial review at the conclusion of the hearing. Neither the Board nor Enbridge made any request for costs in their submissions. The intervenors, Atlantic Wallboard LP and Flakeboard Company Limited, did make a specific request for costs, and as they were successful, I would order Enbridge to pay one set of costs to the intervenors in the amount of \$5,000.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership est une entreprise de services publics exploitée comme distributrice de gaz naturel dans la province du Nouveau-Brunswick. Ses activités sont régies par la Commission de l'énergie et des services publics du Nouveau-Brunswick, conformément aux dispositions de la *Loi de 1999 sur la distribution du gaz*, L.N.-B. 1999, ch. G-2.11. Le 17 avril 2014, la Commission a rendu une décision en réponse à une demande d'approbation de tarifs qu'Enbridge avait déposée dans le cours normal de ses activités. Mécontente de l'issue de cette décision pour ce qui concernait une question précise, savoir que le manque à gagner subi par Enbridge en raison du fait que la Commission avait précédemment imposé un mécanisme connu sous le nom d'« avenant de tarification » à une catégorie particulière de clients [TRADUCTION] « ne [pouvait] être recouvré par la requérante en 2014 », Enbridge s'est adressée à notre Cour au moyen d'une requête en révision dans laquelle elle demande l'annulation de la décision de la Commission et une ordonnance lui renvoyant la question en litige afin qu'elle la réexamine.

[2] À la suite d'une audience complète et après avoir examiné les mémoires et observations des différentes parties, la Cour a rendu une courte décision orale dans laquelle elle rejetait la requête en révision et précisait que des motifs suivraient. C'est sans aucune hésitation que je me suis joint au juge en chef et à ma collègue la juge Quigg pour rendre la décision de rejeter la requête. Le texte qui suit expose les motifs pour lesquels j'en suis arrivé à cette conclusion.

II. Les parties

[3] Les parties à la présente requête en révision sont Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership, représentée par sa commanditée Enbridge Gaz Nouveau-Brunswick Inc. (Enbridge), et la Commission de l'énergie et des services publics du Nouveau-Brunswick (la Commission). Deux clientes industrielles d'Enbridge ont participé, à titre d'intervenantes, à la demande déposée devant la Commission : Atlantic Wallboard LP et Flakeboard Company Limited. Elles étaient toutes deux représentées par un avocat et elles ont déposé des mémoires et présenté des observations orales dans le contexte du présent appel.

[4] À la demande du juge en chef, l'intervenant public, René Basque, c.r., a assisté à l'audition de l'appel et il a été invité, avant que celle-ci ne prenne fin, à se faire entendre par la Cour, ce qu'il a fait. L'intervenant public est nommé conformément à la *Loi sur l'intervenant public dans le secteur énergétique*, L.N.-B. 2013, ch. 28, et il a pour mandat d'agir comme intervenant dans toute instance introduite devant la Commission en vertu de certaines lois, notamment la *Loi de 1999 sur la distribution de gaz*, afin de « présente[r] les observations qu'il estime relever de l'intérêt public ».

III. Le contexte

[5] Enbridge est titulaire d'une concession générale établie en application d'un contrat de concession intervenu entre la Province du Nouveau-Brunswick et Enbridge en date du 31 août 1999. À l'époque, le Nouveau-Brunswick était considéré comme un marché entièrement « nouveau », en ce sens qu'il n'y avait dans la province aucun réseau existant de distribution de gaz naturel ni aucune clientèle.

[6] Le contrat de concession reconnaissait qu'Enbridge commencerait ses opérations par une phase de démarrage dont la durée était inconnue. Selon la définition qu'en donne Enbridge, il s'agit de la période pendant laquelle [TRADUCTION] « on ne saurait s'attendre à ce que [la compagnie] soit exploitée comme si elle était arrivée à

maturité alors qu'elle cherche à se doter d'une clientèle » et cette période prendra probablement fin lorsque les [TRADUCTION] « revenus [d'Enbridge] seront supérieurs à ses besoins en revenus de façon durable ».

[7] La Commission a pour sa part expliqué de la façon suivante, en 2000, la notion de phase de démarrage :

Le terme phase de démarrage désigne la quantité de temps nécessaire pour passer d'une situation nouvelle à une industrie du gaz naturel plus fermement établie.

À l'heure actuelle, il n'y a pas de consommation de gaz naturel au Nouveau-Brunswick. Pour la plupart des gens, il s'agit d'un produit entièrement nouveau, aussi auront-ils besoin de temps pour en apprécier les avantages. On prévoit qu'il y aura effectivement des consommateurs qui passeront de leur source d'énergie actuelle au gaz naturel, mais que leur nombre sera peu élevé au début. Toutefois, les frais entraînés par la construction de l'infrastructure nécessaire seront considérables et, pendant plusieurs années, les coûts seront supérieurs aux revenus. [Décision de la Commission, datée du 23 juin 2000, p. 8.]

[8] Le 1^{er} décembre 2009, la Commission a rendu une décision dans laquelle elle exposait la façon dont elle déciderait si la phase de démarrage, ou la période de développement, était ou non terminée :

La Commission arrive à la conclusion que les critères appropriés à considérer pour déterminer si la période de développement [d'Enbridge] est terminée sont :

Les coûts totaux sont-ils équivalents ou inférieurs aux revenus actuellement disponibles?

Ces revenus sont-ils rentables?

Ces tests, pour déterminer si la période de développement est terminée pour [Enbridge], seront effectués chaque année dans le cadre du processus d'examen annuel jusqu'à ce que la période de développement soit terminée. Lorsqu'il aura été déterminé que la période de développement est

terminée, [Enbridge] ne sera plus autorisée à faire d'ajouts au compte différé. [p. 6 et 7]

- [9] Le compte de report, ou compte différé, susmentionné avait été envisagé par les parties au contrat de concession générale et il en est question à l'annexe E – Partie II, éléments essentiels :

[TRADUCTION]

Dans la mesure où, au cours d'un exercice, il y aura une différence, imputable à une erreur dans les prévisions, entre les revenus réels du distributeur de gaz et le coût réel du service, un montant égal à la différence sera reporté sur les exercices ultérieurs en tant qu'actif à amortir sur la vie utile du réseau de distribution, et le coût du service pour les exercices subséquents comprendra l'amortissement, et un rendement du capital, des frais reportés.

- [10] Dans sa décision du 23 juin 2000, la Commission a approuvé la création d'un compte de report. Voici ce qu'elle a dit :

Il est ordonné à [Enbridge] d'établir un compte de report unique dans lequel elle consignera la différence entre les revenus réels reçus et le besoin en revenus approuvé par la Commission.

[Enbridge] a demandé que le montant reporté soit amorti sur une période de 40 ans de façon à réduire au minimum l'effet sur les taux. La Commission craint qu'une aussi longue période d'amortissement ne soit pas nécessairement dans l'intérêt des clients. C'est pourquoi elle exige que [Enbridge] établisse un calendrier d'amortissement, à la fin de la phase de démarrage, qui éteindra le solde du compte de report avant la fin de la durée du contrat de concession générale initial.

La Commission reconnaît que le fait d'assujettir le solde du compte de report au coût de l'emprunt approuvé entraînerait une réduction du taux de rendement autorisé sur l'investissement [d'Enbridge]. Celle-ci sera autorisée à recevoir sur le solde moyen de chaque exercice un rendement égal au taux de rendement d'ensemble approuvé par la Commission. [p. 34 et 35]

[11] Dans une décision datée du 26 juillet 2013, la Commission a ordonné à Enbridge de déposer une nouvelle demande concernant les taux et les tarifs au plus tard le 1^{er} octobre 2013. Enbridge a obtempéré et elle a donc, le 1^{er} octobre, présenté une demande afin que soient modifiés les tarifs de distribution pour plusieurs catégories d'abonnés. Pour les fins qui nous occupent, une catégorie est particulièrement pertinente : celle du service général faible débit.

[12] À la suite d'une audience complète sur la demande de modification des tarifs, la Commission a rendu une décision datée du 17 avril 2014. Comme nous l'exposons plus en détail plus loin dans les présents motifs, la Commission a effectivement rejeté la demande d'Enbridge en vue de recouvrer le manque à gagner au titre des revenus qui, prétend-elle, est attribuable au fait que la Commission avait imposé un avenant de tarification plus tôt pendant l'année. L'évolution de ce point de discordance entre l'entreprise de services publics et la Commission nous amène à la requête en révision que la Cour a entendue les 21 et 22 janvier 2015. À la clôture de l'audience, la Cour a rejeté la requête en précisant que des motifs suivraient.

[13] Je souligne incidemment, afin de bien poser le contexte pour l'analyse qui suit, que la Commission en est arrivée à la conclusion suivante dans sa décision du 17 avril :

Compte tenu de l'information financière prévisionnelle et des éléments probants présentés au cours de la présente instance, la Commission n'est pas convaincue que la période de développement soit terminée. La Commission continuera d'examiner cet enjeu durant le processus d'examen annuel. [p. 7]

Bien que rien ne dépende expressément de cette conclusion pour les fins qui nous occupent, le fait ne pas mentionner cet élément aurait pu laisser une question sans réponse dans l'esprit de certains lecteurs.

IV. Questions en litige

[14] Enbridge invoque deux moyens sur lesquels elle fonde sa requête en révision. Le premier est une allégation selon laquelle la Commission a commis une erreur de droit en refusant à Enbridge la possibilité de recouvrer la totalité de ses besoins en revenus, de sorte que la décision de la Commission serait incorrecte ou, subsidiairement, déraisonnable.

[15] Le deuxième moyen est une allégation selon laquelle la Commission a manqué à son obligation d'agir équitablement en ne motivant pas suffisamment sa décision selon laquelle Enbridge ne pouvait recouvrer, en 2014, le manque à gagner qu'elle a pu subir par suite de l'imposition d'un avenant de tarification pour la catégorie du service général faible débit.

V. Analyse et droit

A. *Première question à trancher : le recouvrement des besoins en revenus – la norme de contrôle*

[16] Comme il fallait s'y attendre, le point de départ de notre analyse consiste à déterminer quelle norme de contrôle s'applique. Dans son mémoire, Enbridge a fait valoir que la norme de la décision correcte est la norme à appliquer, mais au début de l'audience, elle a renoncé à cet argument en faveur de la norme de la raisonabilité. Enbridge s'est ainsi ralliée à la position de la Commission et des intervenantes, l'un des rares éléments consensuels en l'espèce. J'estime qu'Enbridge a fait une concession prudente. L'entreprise de services publics aurait été confrontée à ce que j'estimais être un défi impossible à relever si elle avait persisté à essayer de convaincre la Cour que le contrôle de la décision de la Commission relativement au recouvrement de la totalité des besoins en revenus d'Enbridge devait être effectué sous l'angle de la décision correcte plutôt que sous celui de la raisonabilité.

[17] Puisqu'il n'existe aucun différend entre les parties pour ce qui concerne la norme de contrôle applicable, et que ma conclusion est la même, je n'ai pas l'intention de m'étendre en détail sur la question. La norme de la raisonnable de la décision doit être appliquée, selon l'explication que donne la Cour suprême de cette norme dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Cette réalité est vite confirmée si l'on examine, fût-ce de façon rudimentaire, la raison d'être de la Commission, la nature de la question en litige et l'expertise du tribunal administratif, trois des facteurs pertinents énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir* (par. 64).

[18] Quels sont donc les paramètres du contrôle que nous devons effectuer en l'espèce et quels sont les obstacles qu'Enbridge doit surmonter pour convaincre la Cour que la Commission a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision? La réponse à ces questions se trouve dans l'arrêt *Dunsmuir* :

En quoi consiste cette nouvelle norme de la raisonnable?
Bien que la raisonnable figure parmi les notions juridiques les plus usitées, elle est l'une des plus complexes. La question de ce qui est raisonnable, de la raisonnable ou de la rationalité nous interpelle dans tous les domaines du droit. Mais qu'est-ce qu'une décision raisonnable? Comment la cour de révision reconnaît-elle une décision déraisonnable dans le contexte du droit administratif et, plus particulièrement, dans celui du contrôle judiciaire?

La norme déférente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonnable : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnable. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

L'application d'une seule norme de raisonnable n'ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire ni ne constitue un retour au formalisme d'avant l'arrêt *Southam*. À cet égard, les décisions judiciaires n'ont peut-être pas exploré suffisamment la notion de déférence, si fondamentale au contrôle judiciaire en droit administratif. Que faut-il entendre par déférence dans ce contexte? C'est à la fois une attitude de la cour et une exigence du droit régissant le contrôle judiciaire. Il ne s'ensuit pas que les cours de justice doivent s'incliner devant les conclusions des décideurs ni qu'elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonnable pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 596, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente. Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n'exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » : « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286 (cité avec approbation par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker*, par. 65; *Ryan*, par. 49). [par. 46 à 48]

- [19] Bien qu'Enbridge prétende que la décision de la Commission n'était pas raisonnable, la Commission et les intervenantes font énergiquement valoir le contraire. Les questions auxquelles la Cour doit répondre sont relativement simples, quelles que soient les complexités dont peuvent s'accompagner les mécanismes de tarification et la réglementation de la distribution du gaz naturel dans la province : (1) le processus décisionnel de la Commission possédait-il suffisamment les attributs que sont la justification de la décision et la transparence et l'intelligibilité du processus, et (2) la décision que la Commission a rendue appartenait-elle « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit »? (*Dunsmuir*, par. 47)

B. *Le cadre législatif qui régit la fixation des taux et tarifs*

[20]

L'article 52 de la *Loi de 1999 sur la distribution du gaz* énonce le cadre législatif dans lequel la Commission doit s'acquitter du mandat qui lui est confié de réglementer le prix du gaz naturel dans la province. Cet article est en partie rédigé ainsi :

52(3) The Board may make an order approving or fixing just and reasonable rates and tariffs that a gas distributor shall charge to the classes of customers prescribed by regulation for the distribution of gas or for supplier of last resort services.

52(4) The Board may, if not satisfied that the rates or tariffs applied for are just and reasonable, fix such other rates and tariffs as it finds to be just and reasonable.

52(5) In approving or fixing just and reasonable rates and tariffs, the Board

(a) shall adopt the methods or techniques prescribed by regulation,

(b) shall not recognize or consider the regulatory deferral account as part of the regulated assets of the gas distributor who was granted a general franchise, except in the circumstances and in the manner prescribed by regulation,

(c) shall not permit the gas distributor who was granted a general franchise to depreciate, amortize, earn a return on or otherwise consider the regulatory deferral account, except in the circumstances and in the manner prescribed by regulation, and

52(3) La Commission peut, par ordonnance, approuver ou fixer les taux et les tarifs justes et raisonnables qu'un distributeur de gaz doit exiger des clients appartenant aux catégories prescrites par règlement pour la distribution de gaz ou pour les services des fournisseurs de dernier ressort.

52(4) Si elle n'est pas convaincue que les taux et les tarifs objet de la demande sont justes et raisonnables, la Commission peut fixer ceux qu'elle estime justes et raisonnables.

52(5) Lorsqu'elle approuve ou fixe des taux et des tarifs justes et raisonnables, la Commission est guidée par ce qui suit :

a) elle doit adopter les méthodes ou les techniques prescrites par règlement;

b) elle ne peut comptabiliser ni prendre en considération le compte de report réglementaire dans les actifs réglementaires du distributeur de gaz à qui a été accordée une concession générale, sauf dans les circonstances décrites au règlement et de la manière qui y est prévue;

c) elle ne peut permettre au distributeur de gaz à qui a été accordée une concession générale de déprécier ou d'amortir le compte de report réglementaire ou d'en tirer un rendement ou de le prendre autrement en considération, sauf dans les circonstances décrites au règlement et de la

manière qui y est prévue;

(d) shall not permit the gas distributor who was granted a general franchise to create or establish any additional similar revenue shortfall deferral accounts, except in the circumstances and in the manner prescribed by regulation.

d) elle ne peut permettre au distributeur de gaz à qui a été accordée une concession générale de créer ou d'établir tout compte de report additionnel pour y inscrire tout manque à gagner semblable, sauf dans les circonstances décrites au règlement et de la manière qui y est prévue.

La Commission a donc pour mandat fondamental d'approuver ou de fixer les taux et les tarifs qu'un distributeur de gaz, comme Enbridge, doit exiger des clients appartenant à différentes catégories. Ces taux et tarifs doivent être fixés au niveau que la Commission estime « just[e] et raisonnabl[e] ».

[21]

Le *Règlement sur les taux et les tarifs*, Règlement du Nouveau-Brunswick 2012-49, est lui aussi directement pertinent pour l'exercice qui consiste à fixer les taux :

4(1) The Board shall, when approving or fixing just and reasonable rates and tariffs under section 52 of the Act for each class of customers, adopt the cost of service method or technique, with a revenue to cost ratio not exceeding 1.2:1 for any class of customers, provided that the rates and tariffs for any class of customers shall not exceed the rates and tariffs that would apply to that class of customers if determined through the application of the market based method or technique.

4(1) Lorsqu'elle procède à l'approbation ou à la fixation des taux et tarifs justes et raisonnables en application de l'article 52 de la Loi pour chaque catégorie de clients, la Commission doit adopter la méthode ou technique fondée sur le recouvrement des coûts avec un coefficient de couverture des coûts qui ne saurait être supérieur à 1,2:1 pour chacune des catégories de clients à la condition toutefois que les taux et les tarifs pour chacune des catégories de clients ne soient pas supérieurs aux taux et aux tarifs déterminés selon la méthode ou technique axée sur le marché.

4(2) In determining rates and tariffs for classes of customers under subsection (1) utilizing the market based method or technique, the Board shall use electricity as the alternative energy source and ensure a target savings level of 20% for the Small General Service class, and use No. 2

4(2) Afin de déterminer les taux et les tarifs pour les catégories de clients selon la méthode ou technique axée sur le marché comme le prévoit le paragraphe (1), la Commission doit retenir l'électricité comme source d'énergie de rechange et viser des économies représentant 20 %

Heating Oil as the alternative energy source and ensure a target savings level of 15% for those classes of customers other than the Small General Service class. pour la catégorie de clients du service général faible débit alors qu'elle doit retenir le mazout domestique n° 2 comme source d'énergie de rechange et viser des économies représentant 15 % pour toutes les autres catégories de clients.

4(3) The Board shall, when approving or fixing just and reasonable rates and tariffs under section 52 of the Act, ensure that the expenses and investments included in the revenue requirement are prudent. 4(3) Lorsqu'elle procède à l'approbation ou à la fixation des taux et tarifs qui sont justes et raisonnables en application de l'article 52 de la Loi, la Commission doit s'assurer que les dépenses et les investissements compris dans les besoins en revenus sont prudents.

[22] Il importe de souligner que notre Cour a déjà examiné certains aspects des dispositions précitées et qu'un élément précis, le coefficient prescrit de 1,2:1, n'a pas résisté à l'examen en appel. Dans l'arrêt *Enbridge Gas New Brunswick Limited Partnership et autres c. la Procureure générale du Nouveau-Brunswick, pour la Province du Nouveau-Brunswick*, 2013 NBCA 34, 404 R.N.-B. (2^e) 189, le juge d'appel Robertson, qui rendait jugement au nom de la majorité, a tiré les conclusions suivantes :

Si l'on examine la *Loi* et le *Règlement*, il est clair que le législateur envisageait deux « méthodes ou [...] techniques » connues de fixation des taux : (1) celle fondée sur le recouvrement des coûts; et (2) celle axée, ou fondée, sur le marché. Il se peut qu'il y en existe d'autres. Mais néanmoins, l'expression « les méthodes ou les techniques » ne saurait raisonnablement recevoir une interprétation selon laquelle elle comprendrait le droit du lieutenant-gouverneur en conseil d'ordonner à la Commission d'appliquer, par exemple, un [TRADUCTION] « coefficient de couverture des coûts » précis. Il se peut fort bien, comme le laisse entendre l'avocat de la Province, que la Commission n'ait jamais dépassé le coefficient prescrit qui est de 1,2:1. Toutefois, ce n'est pas là une question pertinente s'agissant de la tâche qui consiste à interpréter la loi. Je veux tout simplement en venir à ceci : selon le libellé actuel de la *Loi*, c'est à la Commission qu'il appartient de déterminer quel doit être le coefficient et c'est la raison pour laquelle la directive est *ultra vires*, en ce sens qu'elle excède le pouvoir de réglementation du lieutenant-gouverneur en conseil. [par. 11]

[23] Bien que la Province n'ait pas encore modifié le par. 4(1) du Règlement pour tenir compte de la décision susmentionnée, il est manifeste que la Commission, lorsqu'il s'agit de fixer des taux qui sont justes et raisonnables, n'est plus assujettie au coefficient de 1,2:1, lequel a été déclaré inopérant.

C. *La mise en place de l'avenant de tarification*

[24] L'avenant de tarification est un mécanisme utilisé pour réagir aux conditions changeantes du marché et il a pour but de remédier à la situation qui se fait jour lorsqu'un tarif de distribution approuvé pour une catégorie particulière de clients n'est plus concurrentiel et demeurera vraisemblablement non concurrentiel pendant un certain temps. Ce mécanisme permettrait en principe à Enbridge de conserver sa part de marché existante et de ne pas risquer de perdre des clients existants qui opteraient pour une autre source d'énergie perçue comme étant plus économique.

[25] La Commission a examiné pour la première fois la notion d'avenant de tarification dans sa décision du 23 juin 2000 :

[Enbridge] a demandé à la Commission d'approuver l'utilisation d'[avenants de tarification]. L'objet de l'[avenant de tarification] serait de réduire le taux applicable à une catégorie particulière de clients au cours d'une année donnée. [Enbridge] a demandé que les réductions de taux soient permises pour une ou plusieurs catégories et que plus d'une réduction soit permise au cours d'une année donnée. Pour justifier sa demande, [Enbridge] a expliqué qu'elle avait besoin de cette souplesse dans l'établissement de ses prix pour répondre aux conditions du marché. Les [avenants de tarification] ne seraient utilisés que si [Enbridge] croyait que le prix courant n'était pas concurrentiel et que le prix allait vraisemblablement demeurer non concurrentiel pendant un certain temps.

La Commission estime que l'utilisation d'[avenants de tarification] proposée par [Enbridge] est convenable pour la phase de démarrage. Elle exige [d'Enbridge] qu'elle dépose toute proposition d'[avenants de tarification] auprès d'elle de même qu'auprès des agents de commercialisation au

moins deux semaines avant la date d'entrée en vigueur envisagée. La *Loi* oblige la Commission d'approuver tout changement de taux avant que le nouveau prix puisse s'appliquer. La Commission approuvera donc l'[avenant de tarification] qui lui sera proposé, sauf circonstances exceptionnelles. Elle avisera [Enbridge] et les agents de commercialisation de sa décision au moins une semaine avant la date d'entrée en vigueur envisagée. [p.15 et 16]

[26] Dans une décision datée du 23 janvier 2014, la Commission a examiné la question de savoir s'il y avait lieu d'ordonner la mise en place d'un avenant de tarification pour la catégorie d'abonnés service général faible débit.

[27] En guise d'introduction à l'examen de cette question, la Commission a précisé qu'il lui incombait de surveiller les prix, les tarifs de distribution et les cibles d'économie du gaz naturel pour toutes les catégories tarifaires d'Enbridge. Pendant qu'elle s'acquittait de ces attributions, la Commission avait « constaté que les conditions du marché pour la catégorie [service] général faible débit [SGFD] pourraient justifier un redressement de tarif au moyen d'un mécanisme d'avenant de tarification ». Cette observation de la part de la Commission a déclenché la chaîne d'événements suivante :

[TRADUCTION]

- Le 11 décembre 2013, la Commission a fait parvenir à Enbridge une lettre dans laquelle elle soulignait qu'après avoir surveillé le tarif fondé sur le marché pour la catégorie service général faible débit, la Commission s'est rendu compte que les conditions du marché pourraient justifier un redressement de tarif au moyen du mécanisme d'avenant de tarification. La Commission a donc ordonné à Enbridge de déposer les calculs nécessaires.
- Enbridge a répondu le lendemain et a demandé une prolongation du délai imparti pour le dépôt des renseignements relatifs à l'avenant de tarification.
- Dans une lettre datée du 13 décembre 2013, la Commission a accordé la prolongation demandée et a ordonné à Enbridge de [TRADUCTION]

« déposer ses calculs en vue de l'avenant de tarification approprié pour la catégorie SGFD au plus tard le lundi 13 janvier 2014 ».

- La Commission a indiqué qu'une audience serait tenue le 20 janvier 2014. Elle a précisé qu'elle entendrait, à ce moment-là, les observations des parties sur la [TRADUCTION] « question de savoir si [Enbridge] devait être tenue d'adopter un avenant de tarification pour la catégorie SGFD ».
- Enbridge s'est conformée à l'ordonnance et elle a déposé sa réponse le 13 janvier 2014. Dès le début de sa lettre, Enbridge déclarait qu'elle [TRADUCTION] « ne croyait pas approprié de mettre en place un avenant de tarification pour la catégorie SGFD à ce moment-ci ». L'entreprise de services publics s'est néanmoins conformée à l'ordonnance et a déposé ses calculs.
- Enbridge a utilisé [TRADUCTION] « la méthode qui avait été employée pour fixer le tarif de distribution existant pour la catégorie SGFD » et elle a déterminé que le tarif approuvé, qui était de 11,6763 \$/GJ, devait être réduit de 6,7485 \$, ce qui donnait un tarif rajusté de 4,9278 \$/GJ.
- Enbridge a ensuite examiné l'incidence qu'aurait cette réduction sur ses opérations et a dit qu'il en résulterait un manque à gagner pour le mois de février et mars 2014. La compagnie a également fait valoir que [TRADUCTION] « ce manque à gagner devrait être recouvré auprès des autres catégories tarifaires d'[Enbridge] en février et mars 2014 ».

[28] Les positions que les parties ont respectivement exprimées à l'audience différaient considérablement, ce qui n'a vraiment rien de surprenant. Pour commencer par l'entreprise de services publics, Enbridge s'est de nouveau opposée à l'établissement d'un avenant de tarification. La Commission a ainsi résumé la position d'Enbridge :

[Enbridge] a fait valoir que la mise en place d'un avenant de tarification infligerait un manque à gagner dramatique au besoin en revenus d'[Enbridge]. Selon son point de vue, il n'est dans l'intérêt de personne, y compris le public, de

ne pas permettre à [Enbridge] de réaliser son besoin en revenu. [Enbridge] fait valoir que toute réduction dans la catégorie [SGFD] devrait être compensée par les autres catégories tarifaires.

[29] La Commission a reconnu que, dans une demande en instance devant la Commission, l'entreprise de services publics plaiderait en faveur de l'abandon des avenants de tarification et de l'adoption d'une nouvelle méthode pour calculer les tarifs basés sur le marché des abonnés résidentiels et des abonnés de PME. La Commission a également fait état de l'argument de l'entreprise de services publics selon lequel il était « contre-productif » d'établir un avenant de tarification à un moment si proche de l'audience publique, c'est-à-dire de l'audition prochaine de sa demande, et que cela n'était donc « pas approprié ».

[30] On ne laisse entendre nulle part dans la décision du 23 janvier qu'Enbridge aurait contesté la compétence légale ou le pouvoir de la Commission d'imposer un avenant de tarification en l'absence d'une demande présentée à l'initiative de l'entreprise de services publics elle-même. Je souligne également que bien qu'Enbridge ait exprimé son opposition à l'adoption d'un avenant de tarification lorsqu'elle a déposé ses calculs devant la Commission, elle n'a non plus laissé entendre que la Commission n'était pas autorisée, en droit, à adopter une mesure de cette nature. Autrement dit, Enbridge n'a pas essayé de faire obstacle à la mise en place de l'avenant de tarification pendant le processus et elle n'a pas non plus subséquemment contesté la validité de l'ordonnance de la Commission qui l'a imposé. En toute justice, sur ce dernier point, Enbridge a expliqué qu'elle comptait sur l'audience en bonne et due forme qui allait être tenue sur la tarification pour faire état de ses préoccupations.

[31] Atlantic Wallboard et Flakeboard, quant à elles, ont reconnu le pouvoir de la Commission d'adopter un avenant de tarification si celle-ci estimait cette mesure « juste et raisonnable ». Les deux compagnies ont contesté la prétention d'Enbridge selon laquelle elle devrait pouvoir recouvrer auprès des autres catégories d'abonnés le manque à gagner susceptible de découler de l'établissement d'un avenant de tarification pour la catégorie SGFD.

[32] À l'évidence, la position énoncée par l'intervenant public a trouvé grâce auprès de la Commission. La décision expose trois raisons que l'intervenant public a invoquées pour justifier l'adoption d'un avenant de tarification :

1. Le *Règlement sur les taux et les tarifs* requiert que la Commission garantisse une cible d'économie de 20 pourcent pour la catégorie [SGFD].
2. [Enbridge] s'est engagée à ce que les abonnés résidentiels économisent 20 pourcent en comparaison du carburant de remplacement.
3. La grille tarifaire existante d'[Enbridge] renferme une disposition exprimant l'intention claire de faire économiser 20 pourcent aux abonnés.

[33] La décision donne ensuite l'explication suivante :

L'[intervenant public] déclare qu'[Enbridge] aurait dû effectuer un dépôt de demande d'avenant de tarification il y a des mois de cela. Le fait qu'elle ait à présent une proposition visant à modifier le concept de l'avenant de tarification est non pertinent compte tenu que nous sommes actuellement dans la période de temps concernée. Il fait remarquer qu'il n'y a aucune obligation pour que la Commission ordonne des augmentations dans les autres catégories tarifaires en résultat de la mise en place d'un avenant de tarification.

[34] À partir de là, la Commission a brièvement exposé l'historique du mécanisme que sont les avenants de tarification, citant à cet égard des extraits de sa décision du 26 mai 2009. Bien que la Commission ait à l'époque conclu qu'il était inopportun « de permettre à des tierces parties de demander des avenants [...] tarifaires », elle n'a tiré aucune conclusion portant que la Commission elle-même n'avait pas le pouvoir d'adopter un avenant de tarification de son propre chef.

[35] Les conclusions déterminantes que la Commission a tirées le 23 janvier 2014 sont énoncées ci-dessous :

La Commission arrive à la conclusion qu'elle devrait ordonner un avenant de tarification dans les cas où les circonstances indiquent qu'il serait dans l'intérêt public de le faire. La Commission en est venue à cette conclusion en se basant partiellement sur le fait que les avenants de tarification font actuellement partie intégrante du tarif approuvé. Les avenants de tarification sont manifestement un enjeu de l'audience à venir et pourront ou pourront ne pas continuer de l'être, mais pour l'instant, ils font partie intégrante de la méthodologie axée sur le marché.

Dans ce cas, après avoir pris en considération les représentations des parties, la Commission conclut qu'il serait dans l'intérêt public d'appliquer l'avenant de tarification.

En conséquence, la Commission ordonne à [Enbridge] de mettre en place un avenant de tarification avec prise d'effet au 1^{er} février 2014 pour la catégorie [SGFD], réduisant le tarif de livraison à 4,9278 \$/GJ.

La Commission voudrait souligner le fait que la présente décision est basée sur la politique d'avenant de tarification actuelle et la méthodologie pour le calcul des économies ciblées approuvée au cours de la dernière audience sur la tarification. Aucune partie ne devrait considérer que la présente décision juge d'avance quelque enjeu que ce soit qui sera présenté devant elle le mois prochain.

La question de l'effet qu'aura, si tant est qu'il y en ait un, la réduction de revenu en raison d'un avenant de tarification sur les tarifs des autres catégories d'abonnés sera traitée par la Commission au cours de l'audience sur la tarification à venir.

Ces tarifs prendront effet le 1^{er} février. Le début de l'audience concernant la demande de tarification d'[Enbridge] est fixé au 19 février. L'audience à venir sera l'endroit approprié où les parties pourront présenter des observations sur tous les enjeux soulevés par cet avenant de tarification et de faire des requêtes d'ordonnances, y compris des ordonnances provisoires, pouvant se rapporter à la présente décision.

[36] Pour se faire une idée juste des questions dont la Cour est en l'espèce saisie par suite de la décision d'avril 2014, il est essentiel de comprendre non seulement ce que la Commission a effectivement dit dans les paragraphes susmentionnés, mais aussi ce qu'elle n'a pas dit. Nous reviendrons sur ce point plus loin.

D. *La décision qui fait l'objet du contrôle*

[37] J'en arrive maintenant au cœur même de la requête en révision, savoir la partie de la décision que la Commission a rendue le 17 avril 2014 qui traite des avenants de tarification et de la chronologie des événements exposée ci-dessus. Je reproduis ci-dessous les parties saillantes de la décision de la Commission :

L'utilisation des avenants de tarification a été un élément important de la méthode ou technique axée sur le marché depuis la mise en place de la franchise d'[Enbridge]. Comme on l'a vu plus haut, la méthode axée sur le marché a essentiellement comme objectif d'offrir des économies aux abonnés, tout en permettant à [Enbridge] de maximiser ses revenus.

Les avenants de tarification ont été développés afin de permettre à [Enbridge] de rajuster les tarifs sous le tarif maximum approuvé pour faire en sorte de maintenir les économies ciblées. Les avenants de tarification ont été conçus pour servir de processus accéléré offrant à [Enbridge] la flexibilité de s'ajuster aux conditions du marché. Par le passé, lorsqu'un avenant de tarification était mis en place, tout manque à gagner était ajouté au compte de report. À présent, sans compte de report fonctionnel, le mécanisme de recouvrement n'existe plus.

[...]

À partir d'un examen de décisions précédentes de la Commission, dans lesquelles la question des avenants de tarification a été prise en considération, on peut faire deux observations :

1) les avenants de tarification sont un outil mis à la disposition d'[Enbridge] afin que la tarification en fonction du marché puisse être flexible. En dehors de l'avenant de

tarification le plus récent, imposé par la Commission en février 2014, [Enbridge] a pu, à sa discrétion, décider du moment où faire une demande pour un avenant de tarification; et

2) les avenants de tarification sont destinés à faire en sorte que les tarifs de distribution demeurent concurrentiels. Si les conditions du marché sont telles que le gaz naturel n'est pas une source d'énergie concurrentielle, on s'attend à ce qu'[Enbridge] réagisse et redresse les tarifs en conséquence.

Comme on l'a vu plus haut, la catégorie SGFD est la seule catégorie d'abonnés fonctionnant toujours sur les tarifs axés sur le marché et la composition de la catégorie a changé de façon spectaculaire depuis 2012. La Commission a ordonné à [Enbridge] de réexaminer la catégorie SGFD et un tarif de 10 \$/GJ a été mis en place jusqu'à ce que la catégorie soit mieux définie pour fonctionner dans un système axé sur le marché.

Jusqu'à ce que la catégorie SGFD ait été redéfinie, il est difficile de déterminer si le gaz naturel continue d'être une source d'énergie concurrentielle pour ces abonnés. La redéfinition de la catégorie SGFD pourrait, en effet, entraîner une situation où les avenants de tarification n'auraient plus d'utilité.

La Commission n'exigera pas d'[Enbridge] que celle-ci mette en place un avenant de tarification en instance du dépôt d'une nouvelle composition de la catégorie SGFD. Compte tenu que les avenants de tarification sont suspendus et pourraient être éliminés, [Enbridge] sera requise de faire des dépôts de demandes de tarification annuellement, y compris un dépôt de demande pour les tarifs de 2015. Tout redressement nécessaire de la catégorie SGFD pourra être effectué à ce moment-là.

En ce qui concerne l'avenant de tarification qui a été imposé en février 2014, tout manque à gagner en revenus entre février et mai ne sera pas recouvré au cours de l'exercice de référence. Le mécanisme de l'avenant de tarification était toujours en place pour la catégorie SGFD et un redressement était à la fois nécessaire et approprié à ce moment-là. [p. 29 à 32]

[Je souligne.]

[38] À l'évidence, Enbridge n'a pas réussi à atteindre son objectif consistant à recouvrer le manque à gagner qu'elle attribue à l'avenant de tarification que la Commission avait imposé de sa propre initiative plus tôt en 2014, manque à gagner qui s'établit, selon les calculs d'Enbridge, à 2,4 millions de dollars. D'où la requête en révision dont la Cour est maintenant saisie.

E. *Thèses des parties*

[39] Enbridge fait valoir que la Commission, à la page 29 de sa décision, souscrit au principe de longue date qui veut qu'une entreprise de services publics ait le droit de recouvrer la totalité de ses besoins en revenus. Elle prétend que la décision subséquente de la Commission de lui refuser ce recouvrement [TRADUCTION] « est incompatible avec cet énoncé et elle équivaut à un désaveu ».

[40] Examinons donc ce que la Commission a précisément dit dans sa décision :

En même temps, il existe une jurisprudence de longue date établissant que les services d'utilité publique doivent avoir la possibilité de recouvrer leur besoin en revenus approuvé. Dans l'arrêt faisant autorité [...] de *Northwestern Utilities Ltd. v. Edmonton (City)*, [1929] S.C.R. 186, des tarifs qui sont justes et raisonnables permettent de recouvrer les dépenses encourues ainsi qu'un rendement équitable sur l'investissement consacré à l'entreprise. Il s'agit d'une priorité extrêmement élevée et critique pour le fonctionnement permanent du service d'utilité publique. Ce principe doit être respecté, si tant est qu'il soit possible de le faire, au moment d'établir des tarifs justes et raisonnables.

[Je souligne.]

[41] À mon avis, l'expression « si tant est qu'il soit possible de le faire », que la Commission a employée dans le passage cité ci-dessus, est importante. Contrairement à l'argument que formule Enbridge, le recouvrement d'un éventuel manque à gagner imputable à l'établissement de l'avenant de tarification n'était pas garanti. De même, si

nous nous reportons à la décision de la Commission de mettre en place l'avenant de tarification, celle-ci n'a à aucun moment donné à Enbridge l'assurance qu'au moment de la prochaine audience sur la tarification, elle donnerait à Enbridge la possibilité de recouvrer un éventuel manque à gagner. Cela n'a tout simplement pas été exprimé. Ce à quoi la Commission s'est engagée, c'est à donner aux parties la possibilité « de présenter des observations sur tous les enjeux soulevés par cet avenant de tarification ». Cet engagement de la part de la Commission a clairement été respecté.

[42] La position de la Commission se résume essentiellement aux points saillants suivants :

[TRADUCTION]

1. Il incombe à l'entreprise de services publics de diriger ses opérations en conformité avec les taux et tarifs approuvés dès lors que ceux-ci sont fixés par la Commission;
2. La décision de la Commission datée du 12 septembre 2012 a fait entrer en vigueur de nouveaux taux et tarifs. Cette décision faisait notamment état de la possibilité qu'un avenant de tarification soit imposé pour la catégorie d'abonnés service général faible débit;
3. Lorsque la Commission a ordonné la mise en place de l'avenant de tarification le 23 janvier 2014, elle l'a fait en fonction de la preuve produite devant elle, après avoir déterminé qu'il était indiqué de réduire le tarif général faible débit et que cela [TRADUCTION] « était dans l'intérêt public, conforme à la grille tarifaire existante et prescrit par la réglementation »;
4. Au moment où l'avenant de tarification a été mis en œuvre, les nouveaux taux pour 2014 fondés sur les projections financières présentées par Enbridge n'avaient pas encore été fixés;
5. La modification apportée aux taux approuvés pour 2012 à laquelle l'avenant de tarification a donné lieu n'était pas une mesure provisoire;
6. Bien que des modifications à la *Loi de 1999 sur la distribution du gaz* interdisent à la Commission de

comptabiliser et prendre en considération le compte de report dans les actifs réglementaires d'Enbridge, le compte de report lui-même n'a pas été éliminé. Ce compte existe toujours et Enbridge le conserve à titre d'actif dans ses états financiers. De plus, il n'y a rien dans la *Loi* ou dans les règlements qui interdit à Enbridge d'ajouter des sommes au compte de report et la Commission souligne que c'est précisément ce que l'on attendait d'Enbridge;

7. La décision de la Commission était [TRADUCTION] « conforme à la grille tarifaire d'[Enbridge] et aux dispositions du Règlement et elle était raisonnable dans les circonstances ».

[43] L'argumentation qu'avance la Commission est beaucoup plus convaincante que celle d'Enbridge et elle reflète ma propre opinion de la situation factuelle et des questions juridiques pertinentes. Les intervenantes prennent appui sur la position de la Commission. Elles font en particulier valoir ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le fait est que c'est pendant la période tarifaire régie par l'ordonnance précédente de la [Commission] en matière de tarification que l'entreprise de services publics a subi la conséquence financière découlant de l'adoption de l'avenant de tarification. Celle-ci s'est apparemment traduite par des revenus inférieurs à ceux auxquels [Enbridge] s'attendait ou qu'elle avait prévus dans son budget. Toutefois, le risque que présentaient les avenants de tarification était un risque couru par l'entreprise de services publics et il ne peut être compensé au cours d'une période tarifaire subséquente pas plus que les abonnés n'auraient eu droit à un crédit au cours de la période tarifaire subséquente si le revenu de l'entreprise s'était révélé être supérieur à ce qui avait été initialement prévu. On se trouverait, ce faisant, à violer la règle de longue date qui interdit la tarification rétroactive.

[44] La tarification est un exercice qui a un effet prospectif. Le juge Bastarache, qui rendait le jugement de la majorité dans l'arrêt *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, a dit ce qui suit à ce sujet :

[...] La Commission a tenté de remédier à une supposée rétribution excessive de l'entreprise de services publics par ses clients. Or, aucune des lois applicables ne lui confère le pouvoir d'effectuer un tel remboursement à partir d'une telle perception erronée. La jurisprudence des différentes provinces confirme que les organismes de réglementation n'ont pas le pouvoir de modifier les tarifs rétroactivement (*Northwestern 1979*, p. 691; *Re Coseka Resources Ltd. and Saratoga Processing Co.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 705 (C.A. Alb.), p. 715, autorisation d'appel refusée, [1981] 2 R.C.S. vii; *Re Dow Chemical Canada Inc.* (C.A.), p. 734-735). Qui plus est, on ne peut même pas dire qu'il y a eu paiement excessif : la tarification est un processus conjectural où clients et actionnaires assument ensemble leur part du risque lié aux activités de l'entreprise de services publics [...]. [par. 71]

[45] L'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, [1978] A.C.S. n° 107 (QL), susmentionné, interdit clairement, lui aussi, la tarification rétroactive :

L'économie de la législation repose sur le principe que la détermination des tarifs pour l'avenir doit permettre à l'entreprise de percevoir intégralement le revenu nécessaire prévu calculé par la Commission. La détermination des tarifs consiste donc à faire correspondre le montant des revenus prévus produits par les tarifs projetés au revenu total nécessaire à l'entreprise. Il ressort clairement de plusieurs dispositions de *The Gas Utilities Act* que la Commission n'agit que pour l'avenir et ne peut fixer des tarifs qui permettraient à l'entreprise de recouvrer des dépenses engagées antérieurement et que les tarifs précédents n'avaient pas suffi à compenser.

[...]

Il est admis que la Loi n'empêche pas la Commission de tenir compte de l'expérience passée pour mieux évaluer les revenus et les dépenses à venir d'une entreprise de services publics. Mais ce n'est pas la même chose d'établir un tarif qui permette à l'entreprise de compenser une « perte » ou une insuffisance de revenus subie au cours d'une période antérieure à la date de la requête considérée. Une perte identifiée ou capitalisée doit, de toute façon, être exclue de

la base de tarification et, en conséquence, elle ne peut se refléter dans les tarifs établis pour une période à venir.
[p. 691 et 699]

[46] À mon avis, Enbridge n'a pas réussi à surmonter l'obstacle considérable que constituait pour elle la règle interdisant la tarification rétroactive. Les arguments présentés à l'appui de sa position ne sont pas convaincants. L'avenant de tarification a eu une incidence sur les taux que la Commission avait fixés en 2012. Ce n'était pas une mesure tarifaire provisoire. Le fait que l'avenant de tarification soit entré en vigueur après le dépôt de la demande de tarification de 2014 est sans importance. La Commission était manifestement d'avis que le tarif facturé à la catégorie d'abonnés service général faible débit ne pouvait plus être raisonnablement justifié et qu'un rajustement approprié était donc requis.

[47] Lors de l'audience sur l'avenant de tarification, l'intervenant public s'est dit d'avis qu'Enbridge aurait dû présenter sa propre demande. Cette observation est tout à fait juste et elle soulève la question de savoir pour quelle raison l'entreprise n'avait pas pris de mesure à cette fin. Le simple fait qu'Enbridge ait été empêchée d'utiliser le compte de report comme elle l'avait dans le passé, étant donné les modifications apportées au régime législatif applicable, n'écartait pas l'éventuelle nécessité de demander et d'imposer un avenant de tarification. Les conditions du marché rendaient nécessaire l'adoption d'un avenant de tarification. Ces conditions étant présentes, il était indiqué d'agir en conséquence. On ne pouvait s'attendre à ce que les clients appartenant à la catégorie service général faible débit continuent de payer des tarifs excessivement élevés que rien ne justifiait pour la simple raison qu'Enbridge n'avait plus accès au mécanisme que constituait le compte de report.

[48] Une autre observation s'impose et elle concerne la suite d'événements qui ont mené à l'adoption de l'avenant de tarification qui est au cœur même de la présente requête en révision. Les modifications à la *Loi de 1999 sur la distribution du gaz* qui sont venues interdire à la Commission de désormais prendre en considération le compte de report ont été déposées au début de 2012, soit plusieurs mois avant la décision que la

Commission a rendue le 20 septembre et qui fixait les taux et tarifs pour l'avenir. Cette chronologie des événements montre qu'en réalité toutes les parties intéressées, et ce qui est le plus important, Enbridge elle-même, étaient pleinement conscientes du fait qu'il était possible qu'un avenant de tarification soit adopté à un certain moment pour la catégorie service général faible débit. Bien que les circonstances de cette éventuelle adoption aient été quelque peu nouvelles, en ce sens que c'est la Commission et non l'entreprise qui a lancé le processus, cette possibilité était néanmoins parfaitement envisageable par Enbridge bien avant l'audience que la Commission a tenue et la décision qu'elle a rendue en 2012.

[49] En ce qui concerne le premier moyen d'appel, Enbridge n'a pas établi que la Commission a commis une erreur de droit en refusant à l'entreprise [TRADUCTION] « la possibilité de recouvrer la totalité de ses besoins en revenus ». La Commission a agi de la manière qu'elle estimait appropriée dans les circonstances, en ce qui concerne à la fois la mise en place d'un avenant de tarification et la fixation de nouveaux taux et tarifs pour l'année 2014. La Commission était régie par l'obligation dont elle était tenue en vertu de la *Loi* de fixer des taux qui étaient justes et raisonnables, ce qu'elle a fait. Sa décision avait droit à la déférence et de ce fait, la Cour n'était ni tenue ni tentée d'intervenir.

F. *La deuxième question à trancher : l'obligation d'équité procédurale*

[50] Le deuxième moyen sur lequel Enbridge fonde sa requête en révision est que la Commission aurait manqué à l'obligation d'équité procédurale dont elle était tenue envers elle en ne motivant pas suffisamment la décision examinée dans les paragraphes précédents, c'est-à-dire celle qui refusait à Enbridge la possibilité de recouvrer le manque à gagner attribué à l'avenant de tarification au moyen des nouveaux taux et tarifs fixés en 2014. Pour formuler différemment la prétendue erreur, Enbridge met en doute la suffisance des motifs que la Commission a donnés.

[51] Dans l'arrêt de principe *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, [1999] A.C.S. n° 39 (QL), la Cour suprême, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, a examiné l'obligation d'équité procédurale. L'arrêt *Baker* énonce cinq facteurs qui sont particulièrement pertinents en ce qui à trait « aux exigences de l'obligation d'équité procédurale en common law dans des circonstances données », facteurs que je mets en caractères gras pour faciliter la consultation :

En traitant des questions d'équité, j'examinerai d'abord les principes applicables à la détermination de la nature de l'obligation d'équité procédurale, et ensuite les arguments de M^{me} Baker sur l'insuffisance des droits de participation qui lui ont été accordés, sur l'existence d'une obligation de motiver la décision et sur la crainte raisonnable de partialité.

Les deux parties admettent que l'obligation d'équité procédurale s'applique aux décisions d'ordre humanitaire. Le fait qu'une décision soit administrative et touche « les droits, privilèges ou biens d'une personne » suffit pour entraîner l'application de l'obligation d'équité : *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 653. Il est évident que la décision quant à savoir si un demandeur sera dispensé des exigences prévues par la Loi entre dans cette catégorie, et il est admis depuis longtemps que l'obligation d'équité s'applique aux décisions d'ordre humanitaire : *Sobrie c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1987), 3 Imm. L.R. (2d) 81 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 88; *Said c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 23 (C.F. 1^{re} inst.); *Shah c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 170 N.R. 238 (C.A.F.).

(1) Les facteurs ayant une incidence sur la nature de l'obligation d'équité

L'existence de l'obligation d'équité, toutefois, ne détermine pas quelles exigences s'appliqueront dans des circonstances données. Comme je l'écrivais dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682, « la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas ». Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l'obligation

d'équité procédurale : *Knight*, aux pp. 682 et 683; *Cardinal*, précité, à la p. 654; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, le juge Sopinka.

Bien que l'obligation d'équité soit souple et variable et qu'elle repose sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés, il est utile d'examiner les critères à appliquer pour définir les droits procéduraux requis par l'obligation d'équité dans des circonstances données. Je souligne que l'idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leur[s] points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur.

La jurisprudence reconnaît plusieurs facteurs pertinents en ce qui a trait aux exigences de l'obligation d'équité procédurale en common law dans des circonstances données. **Un facteur important est la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir.** Dans l'arrêt *Knight*, précité, à la p. 683, on a conclu que « la mesure dans laquelle le processus administratif se rapproche du processus judiciaire est de nature à indiquer jusqu'à quel point ces principes directeurs devraient s'appliquer dans le domaine de la prise de décisions administratives ». Plus le processus prévu, la fonction du tribunal, la nature de l'organisme rendant la décision et la démarche à suivre pour parvenir à la décision ressemblent à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que l'obligation d'agir équitablement exigera des protections procédurales proches du modèle du procès. Voir également *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1191; *Russell c. Duke of Norfolk*, [1949] 1 All E.R. 109 (C.A.), à la p. 118; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, à la p. 896, le juge Sopinka.

Le deuxième facteur est la nature du régime législatif et les « termes de la loi en vertu de laquelle agit

l'organisme en question » : *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1191. Le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, et d'autres indications qui s'y rapportent dans la loi, aident à définir la nature de l'obligation d'équité dans le cadre d'une décision administrative précise. Par exemple, des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu'il n'est plus possible de présenter d'autres demandes : voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), aux pp. 7-66 et 7-67.

Le troisième facteur permettant de définir la nature et l'étendue de l'obligation d'équité est l'importance de la décision pour les personnes visées. Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses. C'est ce que dit par exemple le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la p. 1113 :

Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu. [. . .] Une suspension de nature disciplinaire peut avoir des conséquences graves et permanentes sur une carrière.

Comme le juge Sedley (maintenant Lord juge Sedley) le dit dans *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), à la p. 667 :

[TRADUCTION] Dans le monde moderne, les décisions rendues par des organismes administratifs peuvent avoir un effet plus immédiat et plus important sur la vie des gens que les décisions des tribunaux et le droit public a depuis l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40, reconnu ce fait. Bien que le caractère judiciaire d'une fonction puisse élever les exigences pratiques en matière d'équité au-delà de ce qu'elles seraient autrement, par exemple en exigeant que soit présenté et vérifié oralement un élément de preuve

contesté, ce qui le rend « judiciaire » dans ce sens est principalement la nature de la question à trancher, et non le statut formel de l'organisme décisionnel.

L'importance d'une décision pour les personnes visées a donc une incidence significative sur la nature de l'obligation d'équité procédurale.

Quatrièmement, les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision peuvent également servir à déterminer quelles procédures l'obligation d'équité exige dans des circonstances données. Notre Cour a dit que, au Canada, l'attente légitime fait partie de la doctrine de l'équité ou de la justice naturelle, et qu'elle ne crée pas de droits matériels : *Vieux St-Boniface*, précité, à la p. 1204; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 557. Au Canada, la reconnaissance qu'une attente légitime existe aura une incidence sur la nature de l'obligation d'équité envers les personnes visées par la décision. Si le demandeur s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obligation d'équité exigera cette procédure : *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (C.F. 1^{re} inst.); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.). De même, si un demandeur s'attend légitimement à un certain résultat, l'équité peut exiger des droits procéduraux plus étendus que ceux qui seraient autrement accordés : D. J. Mullan, *Administrative Law* (3^e éd. 1996), aux pp. 214 et 215; D. Shapiro, « Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law » (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, à la p. 297; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Néanmoins, la doctrine de l'attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure. Cette doctrine, appliquée au Canada, est fondée sur le principe que les « circonstances » touchant l'équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de

procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants.

Cinquièmement, l'analyse des procédures requises par l'obligation d'équité devrait également prendre en considération et respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances : Brown et Evans, *op. cit.*, aux pp. 7-66 à 7-70. Bien que, de toute évidence, cela ne soit pas déterminant, il faut accorder une grande importance au choix de procédures par l'organisme lui-même et à ses contraintes institutionnelles : *IWA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, le juge Gonthier. [par. 19 à 27]

[52] L'arrêt *Baker* souligne ensuite qu'il est important que le décideur motive sa décision :

Toutefois, les tribunaux et les auteurs ont maintes fois souligné l'utilité des motifs pour assurer la transparence et l'équité de la prise de décision. Quoique l'arrêt *Northwestern Utilities* traite d'une obligation légale de motiver des décisions, le juge Estey fait l'observation suivante, à la p. 706, sur l'utilité d'une règle de common law qui exigerait la production de motifs :

Cette obligation est salutaire : elle réduit considérablement les risques de décisions arbitraires, raffermir la confiance du public dans le jugement et l'équité des tribunaux administratifs et permet aux parties aux procédures d'évaluer la possibilité d'un appel...

L'importance des motifs a récemment été réitérée par la Cour dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, aux par. 180 et 181.

On a soutenu que la rédaction de motifs favorise une meilleure prise de décision en ce qu'elle exige une bonne formulation des questions et du raisonnement et, en conséquence, une analyse plus rigoureuse. Le processus de

rédaction des motifs d'une décision peut en lui-même garantir une meilleure décision. Les motifs permettent aussi aux parties de voir que les considérations applicables ont été soigneusement étudiées, et ils sont de valeur inestimable si la décision est portée en appel, contestée ou soumise au contrôle judiciaire : R. A. Macdonald et D. Lametti, « Reasons for Decision in Administrative Law » (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 123, à la p. 146; *Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] 2 C.F. 646 (C.A.), au par. 38. Il est plus probable que les personnes touchées ont l'impression d'être traitées avec équité et de façon appropriée si des motifs sont fournis : de Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action* (5^e éd. 1995), aux pp. 459 et 460. Je suis d'accord qu'il s'agit là d'avantages importants de la rédaction de motifs écrits. [par. 38 et 39]

[53] Enbridge invoque, à l'appui de sa prétention selon laquelle la Commission n'a pas suffisamment motivé sa décision et a ainsi manqué à l'obligation d'équité procédurale, deux décisions relativement récentes de notre Cour : *Procureur général du Nouveau-Brunswick c. Dominion of Canada, Compagnie d'Assurance Générale*, 2010 NBCA 82, 366 R.N.-B. (2^e) 105, et *Procureur général du Nouveau-Brunswick c. Pembridge Insurance Company*, 2011 NBCA 2, 368 R.N.-B. (2^e) 134. Dans les deux appels, on contestait la suffisance des motifs donnés par un tribunal administratif, la Commission des assurances du Nouveau-Brunswick, dans chacune des décisions en question.

[54] Dans l'arrêt *Pembridge*, le juge en chef Drapeau, qui rendait jugement au nom de la Cour, en est arrivé à la conclusion fondamentale suivante :

La Commission a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en omettant de motiver sa décision. À cet égard, je tire de la discussion et de l'analyse qui précèdent les orientations suivantes relativement à la formulation des motifs de décision dans des affaires contestées comme celle dont nous sommes saisis. En règle générale, une décision censée fixer des tarifs « justes et raisonnables » résistera à l'examen en appel si elle renferme : a) un résumé des questions en litige; b) un examen de la preuve pertinente; c)

les conclusions de fait essentielles pour lesquelles un lien rationnel avec la preuve est formulé; d) un énoncé des facteurs qui ont pesé dans le processus de prise de décision; et e) une application rationnelle intelligible de ces facteurs aux conclusions de fait. [par. 44]

[55] Le juge d'appel Robertson, qui rendait le jugement de la Cour dans l'arrêt *Dominion*, a examiné une question d'équité procédurale non connexe avant d'examiner l'obligation de motiver une décision. Il a conclu que le Procureur général avait « été victime d'un déni d'équité procédurale lorsque la Commission a[vait] statué que Dominion n'était pas tenue de produire des éléments de preuve qui, par ailleurs, étaient à première vue pertinents à la tâche principale à accomplir » (par. 26). Sur la question des motifs eux-mêmes, la Cour a formulé les principes directeurs suivants dans l'arrêt *Dominion*:

Comment peut-on garantir au public que la Commission ne prend pas ses décisions de façon arbitraire? Comment le Procureur général peut-il disposer d'un droit d'appel digne de ce nom devant notre Cour si la Commission a omis de montrer qu'elle comprenait les questions en cause? La réponse à ces questions est évidente. La Commission doit donner des motifs à l'appui de sa décision. Autrement, notre Cour ferait effectivement preuve de retenue envers la Commission sans qu'il soit démontré que cette dernière a effectivement utilisé son expertise en statuant sur des questions distinctes ayant une importante valeur de précédent. En l'absence de motifs de décision, il est impossible de garantir au public que les tarifs proposés par Dominion étaient justes et raisonnables. L'allégation du Procureur général selon laquelle la demande de Dominion ne satisfaisait pas à ce critère préliminaire est restée sans réponse, et cela suffit à miner la confiance du public dans le cadre administratif qui a été instauré dans le but de veiller à ce que le processus d'approbation des tarifs reste à la fois équitable et transparent pour tous les intéressés. [par. 35]

[56] Il faut considérer le contexte dans son ensemble pour déterminer si des motifs sont suffisants : *Smith c. Province du Nouveau-Brunswick (Ministère de la Sécurité publique) et Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick*, 2012 NBCA 41, au par. 11. Il existe de nettes différences entre les décisions rendues par la

Commission des assurances dans les affaires *Dominion* et *Pembridge* et la décision de la Commission de l'énergie et des services publics qui est examinée en l'espèce. Je souligne ce qui est sans doute la distinction la plus frappante : tant dans l'affaire *Dominion* que dans l'affaire *Pembridge*, la Commission des assurances avait rendu des décisions sur la tarification qui tenaient sur une seule page et qui demeuraient insuffisantes compte tenu du contexte dans son ensemble (voir *Pembridge* au par. 23 et *Dominion* au par. 27). Les motifs fournis pouvaient difficilement être qualifiés [TRADUCTION] d'« étoffés ».

[57] En l'espèce, bien que la Commission n'ait sans doute pas fourni de longs motifs facilement repérables expliquant sa décision sur la question précise du recouvrement du manque à gagner au titre des besoins en revenus qui a découlé de l'adoption de l'avenant de tarification, je suis parfaitement convaincu que, compte tenu du contexte dans son ensemble, les motifs donnés satisfont au critère énoncé dans l'arrêt *Pembridge*. Il est tout à fait indiqué de faire de nouveau état des orientations qu'a données la juge Abella dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 :

Il importe de souligner que la Cour a souscrit à l'observation du professeur Dyzenhaus selon laquelle la notion de retenue envers les décisions des tribunaux administratifs commande [TRADUCTION] « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision ». Dans son article cité par la Cour, le professeur Dyzenhaus explique en ces termes comment le caractère raisonnable se rapporte aux motifs :

[TRADUCTION] Le « caractère raisonnable » s'entend ici du fait que les motifs étayent, effectivement ou en principe, la conclusion. Autrement dit, même si les motifs qui ont en fait été donnés ne semblent pas tout à fait convenables pour étayer la décision, la cour de justice doit d'abord chercher à les compléter avant de tenter de les contrecarrer. Car s'il est vrai que parmi les motifs pour lesquels il y a lieu de faire preuve de retenue on compte le fait que c'est le tribunal, et non la cour de justice, qui a été désigné comme décideur de première ligne, la connaissance directe qu'a le

tribunal du différend, son expertise, etc., il est aussi vrai qu'on doit présumer du bien-fondé de sa décision même si ses motifs sont lacunaires à certains égards. [Je souligne.]

(David Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans Michael Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304)

Voir aussi David Mullan, « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, p. 136; David Phillip Jones, c.r., et Anne S. de Villars, c.r., *Principles of Administrative Law* (5^e éd. 2009), p. 380; et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 63.

C'est dans cette optique, selon moi, qu'il faut interpréter ce que la Cour voulait dire dans *Dunsmuir* lorsqu'elle a parlé de « la justification de la décision [ainsi que de] la transparence et [de] l'intelligibilité du processus décisionnel ». À mon avis, ces propos témoignent d'une reconnaissance respectueuse du vaste éventail de décideurs spécialisés qui rendent couramment des décisions – qui paraissent souvent contre-intuitives aux yeux d'un généraliste – dans leurs sphères d'expertise, et ce en ayant recours à des concepts et des termes souvent propres à leurs champs d'activité. C'est sur ce fondement que notre Cour a changé d'orientation dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, où le juge Dickson a insisté sur le fait qu'il y avait lieu de faire preuve de déférence en appréciant les décisions des tribunaux administratifs spécialisés. Cet arrêt a amené la Cour à faire preuve d'une déférence accrue envers les tribunaux, comme en témoigne la conclusion, tirée dans *Dunsmuir*, qu'il doit être « loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables » (par. 47).

Je ne suis pas d'avis que, considéré dans son ensemble, l'arrêt *Dunsmuir* signifie que l'« insuffisance » des motifs permet à elle seule de casser une décision, ou que les cours de révision doivent effectuer deux analyses distinctes, l'une portant sur les motifs et l'autre, sur le résultat (Donald J. M.

Brown et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), §§12:5330 et 12:5510). Il s'agit d'un exercice plus global : les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et ils doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles. Il me semble que c'est ce que la Cour voulait dire dans *Dunsmuir* en invitant les cours de révision à se demander si « la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité » (par. 47).

La cour de justice qui se demande si la décision qu'elle est en train d'examiner est raisonnable du point de vue du résultat et des motifs doit faire preuve de « respect [à l'égard] du processus décisionnel [de l'organisme juridictionnel] au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 48). Elle ne doit donc pas substituer ses propres motifs à ceux de la décision sous examen mais peut toutefois, si elle le juge nécessaire, examiner le dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat. [par. 12 à 15]

[58] Je me permets de dire que les motifs de la Commission sur la question en litige ne sont pas parfaits, mais il n'est pas nécessaire qu'ils le soient. Examinés dans leur contexte, les motifs donnés sont intelligibles et il existe un lien rationnel entre la preuve produite devant la Commission et la décision rendue. La Commission avait l'obligation de fixer des taux et tarifs justes et raisonnables. C'est ce qu'elle a fait en 2012. Lorsqu'une préoccupation valable s'est fait jour en ce qui concernait le fait que les taux facturés à la catégorie d'abonnés service général faible débit n'étaient plus justes et raisonnables étant donné les conditions du marché à ce moment-là, la Commission a agi et a remédié à la situation en imposant un avenant de tarification. Il en a résulté un taux rajusté pour cette catégorie, taux qui, cette fois encore, a été jugé juste et raisonnable. Finalement, en rendant sa décision sur la demande de modification des tarifs présentée par Enbridge en 2014, la Commission s'est là encore acquittée de sa principale responsabilité : elle a établi des taux et tarifs qui, à son avis judicieux, satisfaisaient au critère voulant qu'ils soient justes et raisonnables. Aucune erreur n'a été commise justifiant l'intervention des tribunaux judiciaires.

VI. Conclusion

[59] Pour les motifs énoncés ci-dessus, je me suis joint au juge en chef et à la juge Quigg pour rejeter la requête en révision à la fin de l'audience. Ni la Commission ni Enbridge n'ont demandé, dans leurs mémoires, que des dépens leur soient accordés. Les intervenantes, Atlantic Wallboard LP et Flakeboard Company Limited, ont expressément demandé des dépens et puisqu'elles ont eu gain de cause, je suis d'avis de condamner Enbridge à verser une masse de dépens, que je fixerais à 5 000 \$, aux intervenantes.