

A-1057-90

A-1057-90

Attorney General of Quebec (*Appellant*)

v.

National Energy Board (*Respondent*)

INDEXED AS: *QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD) (C.A.)*

Court of Appeal, Pratte, Marceau and Desjardins J.J.A.—Montréal, June 10, 11, 12, 13, 14; Ottawa, July 9, 1991.

Energy — NEB granting Hydro-Québec licences to export electricity to U.S.A. on condition EARPGO complied with — Hydro-Québec appealing condition — Indians appealing granting of licences — NEB lacking jurisdiction to impose conditions as to energy production in export licence — Board did not err in considering recent statutory amendments, aimed at deregulation, which lay down less strict conditions in ruling on export applications — Natural justice rules not breached — Board finding former export price requirements met — While no direct evidence as to cost recovery, there was evidence supporting Board's finding as to feasibility.

Environment — NEB granting licences for electricity export to U.S.A. on condition EARPGO complied with — Condition struck down as NEB lacking information to impose conditions as to energy production in export licence — Board concerned only with environmental consequences of sending power from Canada — Authorities other than NEB responsible for serious environmental questions raised by construction of electrical energy production facilities.

In September 1990, the National Energy Board granted Hydro-Québec seven licences authorizing the export, over some twenty years, of 1,450 megawatts of electricity to the United States, generating income of close to \$25 billion. The licences were all subject to the same conditions which had the effect of requiring Hydro-Québec to comply with the EARP Guidelines Order. The Attorney General of Quebec and Hydro-Québec seek to have those conditions vacated while the Grand Council of the Crees and the Cree Regional Authority object to the licences being granted at all.

Held, the principal and related appeal with respect to the conditions should be allowed and the conditions vacated. The appeals with respect to the decision granting the licences should be dismissed.

It is clear from the Board's reasons that it imposed the conditions affecting the construction of production facilities on the basis that it was bound by the EARP Guidelines Order and

Procureur général du Québec (*appelant*)

c.

a

Office national de l'énergie (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: *QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE) (C.A.)*

b

Cour d'appel, juges Pratte, Marceau et Desjardins, J.C.A.—Montréal, 10, 11, 12, 13 et 14 juin; Ottawa, 9 juillet 1991.

c

Énergie — L'ONÉ a accordé à Hydro-Québec des licences d'exportation d'électricité aux É.-U. à condition qu'elle respecte le Décret sur le PEEE — Hydro-Québec a fait appel de l'imposition de cette condition — Des Indiens ont interjeté appel de l'octroi des licences — L'ONÉ n'a pas compétence pour imposer des conditions quant à la production d'énergie dans une licence d'exportation — L'Office n'a pas commis d'erreur en tenant compte des modifications législatives récentes, qui visaient à la déréglementation et qui posaient des conditions moins strictes, pour se prononcer sur les demandes d'exportation — Il n'y a pas eu violation des règles de justice naturelle — L'Office a conclu qu'on avait satisfait aux anciennes exigences quant au prix d'exportation — S'il est vrai qu'il n'existait aucune preuve directe quant à la récupération des coûts, il existait cependant des éléments de preuve qui étayaient la conclusion de l'Office quant à la rentabilité.

d

e

f

g

h

i

Environnement — L'ONÉ a accordé à Hydro-Québec des licences d'exportation d'électricité à la condition qu'elle respecte le Décret sur le PEEE — Cette condition a été écartée puisque l'ONÉ ne disposait pas de renseignements pour imposer des conditions quant à la production d'énergie dans la licence d'exportation — L'Office ne doit se préoccuper que des conséquences environnementales du fait de transporter de l'électricité à l'extérieur du Canada — Des autorités autres que l'ONÉ s'occupent des problèmes environnementaux sérieux posés par la construction d'installations de production d'énergie.

En septembre 1990, l'Office national de l'énergie a accordé à Hydro-Québec sept licences autorisant l'exportation, au cours d'une période de vingt ans, de 1 450 mégawatts d'électricité aux États-Unis, ce qui générerait un revenu de près de 25 milliards de dollars. Les licences étaient toutes assujetties aux mêmes conditions qui avaient pour effet d'exiger d'Hydro-Québec qu'elle se conforme au Décret sur les lignes directrices visant le PEEE. Le procureur général du Québec et Hydro-Québec cherchent à faire annuler ces conditions alors que le Grand Conseil des Cris et l'Administration régionale crie s'opposent à l'octroi des licences elles-mêmes.

Arrêt: l'appel principal et l'appel incident relativement aux conditions devraient être accueillis et les conditions annulées. Les appels relativement à la décision portant octroi des licences devraient être rejetés.

Il ressort des motifs rendus par l'Office qu'il a imposé les conditions touchant la construction d'installations de production parce qu'il s'estimait lié par le Décret sur les lignes

that the Hydro-Québec applications were covered by that Order.

The Board does not have jurisdiction to make the granting of an export licence subject to conditions pertaining to production. The factors which may be relevant in considering an application for leave to export electricity and the conditions which the Board may place on its leave cannot relate to anything but the export of electricity. As it is understood in the Act with respect to electricity, export does not cover production itself. The only question can be as to the environmental consequences of the export. Authorities other than the Board are responsible for the serious environmental questions raised by the construction of electrical energy production facilities. The conditions imposed herein cannot stand, but since they can be dissociated from the licences themselves, the quashing of the conditions does not entail quashing the decision itself.

Contrary to what was argued by the Grand Council of the Crees, the Board did not err in law by applying the provisions of amendments to the *National Energy Board Act* which came into effect in June 1990, before the decision was rendered but after the hearing had taken place and the applications taken under advisement. The new statutory provisions were enacted with a view to deregulation and placed less strict conditions on the exercise of the Board's discretion in considering applications to export electricity. The Board was bound by the new Act rather than by the provisions concerning cost recovery in force when the licence applications were made. The application of the new Act was not contrary to the rules of natural justice since the Grand Council of the Crees had complete latitude at the hearing to act on the understanding that the coming into effect of the new Act could affect the decision to be rendered. In any case, the application of the new provisions would not be a basis for reopening the hearing or holding a special additional hearing. Furthermore, even if the argument were valid, it lead nowhere since the Board had chosen to analyse the evidence in light of the old Act and decided, in accordance with its obligations, thereunder, that the Hydro-Québec applications met the traditional requirements of an export price that was just and reasonable in relation to the public interest.

Hydro-Québec had objected to openly disclosing its detailed estimate of certain costs for fear of injury in its business dealings with its neighbours. The Indians were, therefore, correct in noting that the Board had no direct evidence on which to base its conclusion that the export price would recover the appropriate share of the costs incurred in Canada. There is, however, nothing which requires the Board to decide only on direct evidence. There was evidence which, while not direct in all respects, carried a strong persuasive force in determining feasibility. The Court therefore could not dispute the Board's conclusion on that basis.

directrices visant le PEEE, et qu'il a conclu que les demandes d'Hydro-Québec étaient visées par ce décret.

L'Office n'a pas compétence pour assujettir l'octroi d'une licence d'exportation à des conditions se rapportant à la production. Les facteurs qui peuvent être pertinents dans l'examen d'une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité et les conditions auxquelles l'Office peut assujettir son autorisation ne peuvent se rapporter à autre chose qu'à l'exportation de l'électricité. L'exportation, telle que l'entend la Loi dans le cas de l'électricité, ne couvre pas la production elle-même. Ce sont les conséquences environnementales de l'exportation dont il peut uniquement s'agir. Les problèmes environnementaux sérieux posés par la construction d'installations de production d'énergie électrique relèvent d'autres autorités que l'Office. Les conditions imposées en l'espèce ne sauraient tenir, mais puisqu'elles sont dissociables des licences elles-mêmes, l'annulation des conditions n'entraîne donc pas l'annulation de la décision elle-même.

Contrairement à ce qu'a prétendu le Grand Conseil des Cris, l'Office n'a pas commis une erreur de droit en appliquant les dispositions des modifications apportées à la *Loi sur l'office national de l'énergie* qui sont entrées en vigueur en juin 1990, soit avant la décision mais après l'audition et la prise des demandes en délibéré. Les nouvelles dispositions législatives ont été édictées dans une optique de déréglementation et ont soumis l'exercice de la discrétion de l'Office, dans l'examen des demandes d'exportation d'électricité, à des règles moins rigides. L'Office était lié par la nouvelle Loi plutôt que par les dispositions concernant la récupération des coûts en vigueur au moment où les demandes de licence ont été faites. L'application de la nouvelle Loi n'est pas contraire aux règles de justice naturelle, puisque le Grand Conseil des Cris a eu toute latitude d'agir au cours de l'audition dans la perspective que l'entrée en vigueur de la Loi nouvelle pouvait influencer sur la décision à venir. De toute façon, l'application des dispositions nouvelles ne fournissait pas matière à la réouverture de l'enquête ni à la tenue d'une audition spéciale additionnelle. De plus, l'argument, même s'il était fondé, ne pourrait conduire nulle part puisque l'Office a choisi d'analyser la preuve à la lumière de l'ancienne Loi et de décider, conformément aux obligations qu'il avait sous le régime de celle-ci, que les demandes d'Hydro-Québec ont satisfait aux exigences traditionnelles d'un prix d'exportation qui était juste et raisonnable en fonction de l'intérêt public.

Hydro-Québec s'est refusée à révéler ouvertement son estimation détaillée de certains coûts de peur que la divulgation de ceux-ci ne lui cause un préjudice dans ses négociations commerciales avec ses voisins. C'est donc à juste titre que les Indiens ont noté que l'Office ne disposait d'aucune preuve directe sur laquelle il pouvait fonder sa conclusion que le prix d'exportation permettrait la récupération d'une bonne part des coûts assumés au Canada. Toutefois, rien ne force l'Office à ne se satisfaire que d'une preuve directe. Il existait une preuve, qui n'était peut-être pas directe en tous points, mais sa force probante relativement à la détermination de la rentabilité était de poids. La Cour ne saurait donc critiquer la conclusion de l'Office sur cette base.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

An Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof (Bill C-23), S.C. 1990, c. 7.

Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6.

Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1307.

Government Organization Act, 1979, S.C. 1978-79, c. 13, s. 14.

Hydro-Québec Act, R.S.Q. 1987, c. H-5.

National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 2, 22, 118 (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 32), 119.06(2)(b) (as enacted *idem*, s. 34), 119.08(2) (as enacted *idem*), 119.09(2) (as enacted *idem*).

National Energy Board Part VI Regulations, C.R.C., c. 1056, ss. 6(1),(2)(z),(aa), 15(m).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Consumers' Ass'n (Can.) v. Ontario Hydro [No. 1], [1974] 1 F.C. 453; (1974), 2 N.R. 467 (C.A.).

COUNSEL:

Jean-K. Samson, Robert Monette, Alain Gingras, Jean Robitaille for Attorney General of Québec.

Bernard A. Roy, Pierre Bienvenue, Jean G. Bertrand for Hydro-Québec.

Robert Mainville, James O'Reilly, Johanne Mainville for Grand Council of the Crees of Quebec and Cree Regional Authority.

Jean-Marc Aubry, René Leblanc, James Mabbutt, F. Jean Morel for National Energy Board and Attorney General of Canada.

William G. Lea for Maritime Electric Co. Ltd.

Harvey Morrison, John K. Poirier for Nova Scotia Power Corp.

SOLICITORS:

Bernard Roy & Ass., Montréal, for Attorney General of Québec.

Ogilvy Renaud, Montréal, for Hydro-Québec.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence (Projet de loi C-23), L.C. 1990, chap. 7.

Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), chap. E-10, art. 6.

Loi sur Hydro-Québec, L.R.Q. 1987, chap. H-5.

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), chap. N-7, art. 2, 22, 118 (mod. par L.C. 1990, chap. 7, art. 32), 119.06(2)(b) (édicte par *idem*, art. 34), 119.08(2) (édicte, *idem*), 119.09(2) (édicte, *idem*).

Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement, S.C. 1978-79, chap. 13, art. 14.

Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI), C.R.C., chap. 1056, art. 6(1),(2)(z),(aa), 15(m).

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 1307.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

L'Ass'n des Consommateurs (Can.) c. Hydro-Ontario [n° 1], [1974] 1 C.F. 453; (1974), 2 N.R. 467 (C.A.).

AVOCATS:

Jean-K. Samson, Robert Monette, Alain Gingras, Jean Robitaille pour le procureur général du Québec.

Bernard A. Roy, Pierre Bienvenue, Jean G. Bertrand pour Hydro-Québec.

Robert Mainville, James O'Reilly, Johanne Mainville pour le Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie.

Jean-Marc Aubry, René Leblanc, James Mabbutt, F. Jean Morel pour l'Office national de l'énergie et le procureur général du Canada.

William G. Lea pour Maritime Electric Co. Ltd.

Harvey Morrison, John K. Poirier pour Nova Scotia Power Corp.

PROCUREURS:

Bernard Roy & Ass., Montréal, pour le procureur général du Québec.

Ogilvy Renaud, Montréal, pour Hydro-Québec.

O'Reilly, Mainville, Montréal, for Grand Council of the Crees of Quebec and Cree Regional Authority.

Deputy Attorney General of Canada for National Energy Board and Attorney General of Canada. ^a

Campbell, Lea, Michael, McConnell & Pigot, Charlottetown, for Maritime Electric Co. Ltd.

Nova Scotia Power Corp., Halifax, for Nova Scotia Power Corp. ^b

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

MARCEAU J.A.: On July 28, 1989 Hydro-Québec applied to the National Energy Board for leave to export a certain quantity of electricity. The purpose of its applications, made in accordance with the provisions of Part VI of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, were: first, the issuing of a licence authorizing export to the New York Power Authority of two blocks of power and energy guaranteed for a twenty-year period; second, the issuing of six licences authorizing the export to Vermont Joint Owners of seven blocks of power and energy guaranteed for periods ranging from five to twenty-two years.

The mission of Hydro-Québec, an agent of the Crown in right of the province created by the *Hydro-Québec Act*, R.S.Q. 1987, c. H-5, is to anticipate and to supply demand for energy in Quebec, and to this end it is empowered to produce, acquire, sell, transport and distribute energy. Hydro-Québec in fact operates a vast network in the province, consisting of production facilities and facilities for the transport and distribution of electrical energy, the capacity of which is now over 30,000 megawatts (MW). In order to meet constantly rising demand, Hydro-Québec has prepared a development plan for its equipment which it expects to implement in the coming years, and this plan contemplates the sale outside of Quebec of a certain quantity of electricity produced by its facilities as a whole. The purpose of the two applications to the Board was to give effect to two agreements, negotiated and signed shortly before,

O'Reilly, Mainville, Montréal, pour le Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie.

Le sous-procureur général du Canada pour l'Office national de l'énergie et le procureur général du Canada.

Campbell, Lea, Michael, McConnell & Pigot, Charlottetown, pour Maritime Electric Co. Ltd.

Nova Scotia Power Corp., Halifax, pour Nova Scotia Power Corp.

Voici les motifs du jugement rendu en français par ^c

LE JUGE MARCEAU, J.C.A.: Le 28 juillet 1989, Hydro-Québec s'adressait à l'Office national de l'énergie pour obtenir l'autorisation de procéder à l'exportation d'une certaine quantité d'électricité. Ses demandes, soumises en conformité des dispositions de la Partie VI de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), chap. N-7, avaient pour but: l'une, l'émission d'une licence autorisant l'exportation à New York Power Authority de deux blocs de puissance et d'énergie garanties pendant une période de vingt ans; l'autre, l'émission de six licences autorisant l'exportation à Vermont Joint Owners de sept blocs de puissance et d'énergie garanties durant des périodes variant de cinq à vingt-deux ans.

Hydro-Québec, un agent de la Couronne provinciale créé par la *Loi sur Hydro-Québec*, L.R.Q. 1987, chap. H-5, a pour rôle de prévoir et de satisfaire les demandes en énergie du Québec et à cette fin elle est habilitée à produire, acquérir, vendre, transporter et distribuer l'énergie. De fait, Hydro-Québec exploite dans la province un vaste réseau, composé d'installations de production, ainsi que d'installations de transport et de distribution d'énergie électrique, dont la capacité est aujourd'hui de plus de 30 000 mégawatts (MW). Afin de répondre à des besoins sans cesse croissants, Hydro-Québec a élaboré un plan de développement de ses équipements qu'elle compte mettre en service au cours des années à venir, plan qui envisage la vente hors du Québec d'une certaine quantité d'électricité venant de la production d'ensemble de ses installations. Les deux demandes présentées à l'Office visaient à donner effet à deux

which covered a total quantity of 1,450 MW and would provide income of nearly \$25 billion.

The Hydro-Québec applications gave rise to a lengthy public hearing in which a number of persons took part and which continued until March 5, 1990. On September 27, 1990 the Board made public the decision it had taken a few days earlier and published the reasons for that decision. Subject to the approval of the Governor in Council — approval which was in fact given soon afterwards — the Board granted the seven licences requested, except that it made them all subject to the same conditions, among which were the following two, Nos. 10 and 11:

10. This licence remains valid to the extent that

(a) any production facility required by Hydro-Québec to supply the exports authorized herein, for which construction had not yet been authorized pursuant to the evidence presented to the Board at the EH-3-89 hearing that ended on 5 March 1990, will have been subjected, prior to its construction, to the appropriate environmental assessment and review procedures as well as to the applicable environmental standards and guidelines in accordance with federal government laws and regulations.

(b) Hydro-Québec, following any of the environmental assessment and review procedures mentioned in subcondition (a), will have filed with the Board

- (i) a summary of all environmental impact assessments and reports on the conclusions and recommendations arising from the said assessment and review procedures;
- (ii) governmental authorizations received; and
- (iii) a statement of the measures that Hydro-Québec intends to take to minimize the negative environmental impacts.

11. The generation of thermal energy to be exported hereunder shall not contravene relevant federal environmental standards or guidelines.

The Board's decision seemed questionable to many. In October 1990 first Hydro-Québec and then the Attorney General of Quebec both applied to this Court, pursuant to section 22 of the *National Energy Board Act*, for leave to appeal the decision with respect to these conditions 10 and 11, while the Grand Council of the Crees of Quebec and the Cree Regional Authority also took steps to object to the licences even being granted. Leave to

ententes, négociées et signées peu de temps auparavant, portant sur une quantité totale de 1 450 MW et devant assurer des revenus de près de 25 milliards de dollars.

Les demandes d'Hydro-Québec devaient donner lieu à une longue audience publique à laquelle participèrent plusieurs intervenants et qui se poursuivit jusqu'au 5 mars 1990. Le 27 septembre 1990, l'Office rendait publique la décision qu'il avait prise quelques jours auparavant et publiait les motifs qui l'y avaient conduit. Sous réserve de l'approbation du gouverneur en conseil—approbation qui devait effectivement être donnée peu après—l'Office accordait les sept licences demandées sauf qu'il les soumettait toutes au respect des mêmes conditions, parmi lesquelles se retrouvaient, sous les numéros 10 et 11, les deux suivantes:

10. La présente licence ne demeure valide que dans la mesure où

a) toute installation de production requise par Hydro-Québec pour alimenter les exportations autorisées par la présente et dont la construction n'était pas encore autorisée conformément à la preuve faite devant l'Office lors de l'audience EH-3-89 terminée le 5 mars 1990, aura été soumise, préalablement à sa construction, aux évaluations et examens en matière d'environnement ainsi qu'aux normes environnementales applicables en vertu des lois et règlements du gouvernement fédéral.

b) Hydro-Québec, suite à tout processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement mentionné à la sous-modalité a), aura déposé auprès de l'Office

- i) un sommaire de toutes les évaluations environnementales et de tous les rapports faisant état des conclusions et des recommandations de ces études et rapports;
- ii) les autorisations gouvernementales reçues; et
- iii) un énoncé des mesures qu'Hydro-Québec entend prendre pour atténuer les impacts environnementaux défavorables.

11. La production de l'énergie thermique qui sera exportée en vertu de la présente ne doit pas contrevenir aux normes ni aux lignes directrices fédérales pertinentes en matière d'environnement.

La décision de l'Office parut contestable à plusieurs. Au cours du mois d'octobre 1990, Hydro-Québec d'abord puis le procureur général du Québec s'adressaient tous deux à cette Cour, en vertu de l'article 22 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, pour obtenir permission d'en appeler de la décision relativement à ces conditions 10 et 11, pendant que le Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie procé-

appeal was granted to the three parties and the first notice of appeal entered was, pursuant to the Rules of the Court [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], designated the principal appeal, the others related appeals.

Maritime Electric Company Limited, which had appeared before the Board, and Nova Scotia Power Corporation intervened in the appeal pursuant to Rule 1307 of the Rules of practice of the Court, both in support of the objection by Hydro-Québec and the Attorney General of Quebec to the imposition of conditions 10 and 11.

Two observations should be made on the reasons for judgment I am about to render.

The hearing of the principal and related appeals lasted for five days and gave rise to lengthy argument submitted with a host of authorities. The setting out of my views and my conclusions will be nowhere near reflecting the importance and complexity of the arguments presented. As I will explain in a moment, several of the arguments made were only made alternatively by counsel and it will not be necessary for me to consider them.

Furthermore, I will first examine the challenge to the imposition of conditions 10 and 11. The reason is not only that it originates with the applicant to the Board, Hydro-Québec, is supported by three of the four other appellants and interveners and was argued before the other one at the hearing, but also that by disposing of it first I feel I can simplify my analysis as a whole.

Challenge by Attorney General of Quebec and Hydro-Québec to imposition of conditions 10 and 11

daient de leur côté pour pouvoir s'en prendre à l'octroi même des licences. Les trois permissions demandées ayant été accordées, le premier avis d'appel inscrit fut désigné, en vertu des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], appel principal, les deux autres, appels incidents.

Maritime Electric Company Limited, qui avait comparu devant l'Office, et Nova Scotia Power Corporation intervinrent à l'appel, en vertu de la Règle 1307 des Règles de pratique de la Cour, toutes deux pour appuyer l'opposition d'Hydro-Québec et du procureur général du Québec à l'imposition des conditions 10 et 11.

Relativement aux motifs de jugement que je m'appête à faire valoir, deux remarques sont de mise.

L'audition des appels principal et incidents a duré cinq jours et a donné lieu à de longs plaidoyers présentés avec l'appui d'une foule d'autorités. L'exposé de ma façon de voir et de mes conclusions sera loin de refléter l'importance et la complexité des arguments développés. C'est que, comme j'expliquerai dans un moment, plusieurs des moyens invoqués ne furent mis de l'avant par les procureurs que subsidiairement et il ne m'a pas été nécessaire de les aborder.

D'autre part, c'est l'attaque portée contre l'imposition des conditions 10 et 11 que je considérerai d'abord. Ce n'est pas seulement qu'elle vient du demandeur devant l'Office, Hydro-Québec, qu'elle est appuyée par trois des quatre autres appelants et intervenants, et qu'elle a été plaidée avant l'autre à l'audition, c'est aussi qu'en en disposant en premier, je pense pouvoir simplifier mon exposé d'ensemble.

L'attaque du procureur général du Québec et d'Hydro-Québec contre l'imposition des conditions 10 et 11

It is clear from reading the introductory "whereas" to each of the licences¹ and the lengthy reasons published in support of the decision that the Board imposed conditions 10 and 11 because it felt it was bound by the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, adopted on June 22, 1984 on the recommendation of the Minister of the Environment pursuant to subsection 6(2) of the *Government Organization Act*, 1979, S.C. 1978-79, c. 13, s. 14² (hereinafter the "EARP Order"), and it considered that the Hydro-Québec applications were covered by the EARP Order. This obvious connection between the imposition of the conditions and compliance with the EARP Order raises the question of the application of that Order, first to the Board itself, and then to the promoter Hydro-Québec as an agent of the Crown in right of the province, and even ultimately its constitutional validity. It is these problems, raised among the appellants' grounds of challenge, which required the most extensive analysis; however, as I have just said, they were only mentioned alternatively, and I will explain why.

While the connection between imposition of the disputed conditions and the EARP Order is not formally stated in the formal text of the conclusions of the decision (a fact which the Attorney General of Canada relied on as a basis for dissociating the validity of the conditions as such from questions of the implementation and constitutionality of the EARP Order, a pointless effort in my opinion), the very wording of the conditions indicates that they relate to production facilities. The Board made the licences subject to conditions 10 and 11 because it felt it could, and under its legal mandate had to, be concerned about the

¹ Including the following two:

AND WHEREAS pursuant to the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* ("EARP Guidelines Order"), the Board has performed an environmental screening of the application by considering the evidence gathered during the above-mentioned public hearing;

AND WHEREAS the Board has determined, subject to the undertaking of appropriate environmental reviews prior to the construction of production facilities used in part to support the proposed exports, that the requirements of the *EARP Guidelines Order* will have been fulfilled . . .

² Now section 6 of the *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10.

Il est clair, à la lecture des «attendus» introductifs de chacune des licences¹ et des longs motifs publiés au soutien de la décision, que l'Office a imposé les conditions 10 et 11 parce qu'il s'est estimé lié par le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, adopté le 22 juin 1984, sur avis conforme du ministre de l'Environnement et en vertu du paragraphe 6(2) de la *Loi de 1979 sur l'organisation du gouvernement*, S.C. 1978-79, chap. 13, art. 14² (ci-après *Décret sur le PEEE*), et qu'il a considéré que les demandes d'Hydro-Québec étaient visées par ce *Décret sur le PEEE*. Ce lien évident entre l'imposition des conditions et le respect du *Décret sur le PEEE* met en cause le problème de l'application de ce *Décret*, d'abord à l'Office lui-même puis au promoteur Hydro-Québec en tant qu'agent de la Couronne provinciale, et même par delà celui de sa validité constitutionnelle elle-même. Ce sont ces problèmes, soulevés parmi les moyens d'attaque des appelants, qui ont requis les développements les plus considérables. Mais, comme je viens de dire, ils ne se présentent que subsidiairement, et voici pourquoi.

Si le lien entre l'imposition des conditions contestées et le *Décret sur le PEEE* n'est pas formellement exprimé dans le texte formel du dispositif de la décision (un fait que le procureur général du Canada a fait valoir pour tenter de dissocier la validité des conditions prises en elles-mêmes des problèmes d'application et de constitutionnalité du *Décret sur le PEEE*, une tentative à mon sens sans portée), il ressort du texte même des conditions qu'elles se rapportent aux installations de production. C'est parce qu'il a jugé qu'il pouvait et devait, de par son mandat légal, s'inquiéter des effets environnementaux susceptibles d'être causés par la

¹ Parmi lesquels les deux suivants:

ET ATTENDU que conformément au *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* («*Décret sur le PEEE*»), l'Office a procédé à un examen préalable de la demande en considérant la preuve déposée au cours de l'audience publique ci-haut mentionnée;

ET ATTENDU que l'Office a déterminé que les exigences du *Décret sur le PEEE* seront respectées sous réserve d'un engagement à soumettre aux évaluations et examens en matière d'environnement, préalablement à leur construction, les installations de production utilisées en partie pour alimenter les exportations proposées; . . .

² Devenu l'article 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), chap. E-10.

environmental consequences that might be caused by the eventual construction of production facilities. This explains the first question that arises, namely whether the Board's jurisdiction in fact extends to facilities for the production of goods for export, or in other words, whether the Board can make the granting of a licence to export certain goods subject to conditions pertaining to their production. Clearly, a negative answer to this question will make any question about the EARP Order academic; and I do feel that the answer should be negative.

Naturally, the Board derives its authority and jurisdiction from its enabling Act, the *National Energy Board Act*, which prohibits anyone from exporting electricity without leave of the Board. At the time the Hydro-Québec applications were filed, that leave necessarily took the form of a licence and certain of the factors which the Board had to take into account were expressly mentioned. Now, since the coming into effect on June 1, 1990 of Bill C-23, *An Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof*, S.C. 1990, c. 7 ("Bill C-23"), the leave may consist of a permit or a licence and the criteria the Board must consider are not the same. We will see below that applying the new provisions to the Hydro-Québec applications then pending created a problem; however, in any case the Board's jurisdiction still is and has always been the granting of leave to export electricity. The factors which may be relevant in considering an application for leave to export electricity and the conditions which the Board may place on its leave clearly cannot relate to anything but the export of electricity. Section 2 of the Act defines what is meant by export (in French "*exportation*") in the case of electricity:

2. . . .

"export" means, with reference to

(a) power, to send from Canada by a line of wire or other conductor power produced in Canada . . .

It seems clear that, as it is understood in the Act with respect to electricity, export does not cover production itself, and it is only reasonable that this

construction éventuelle d'installations de production que l'Office a soumis les licences aux conditions 10 et 11. D'où la question première qui se pose, celle de savoir si effectivement la juridiction de l'Office s'étend aux installations de production des biens devant être exportés ou, en d'autres termes, si l'Office peut assujettir l'octroi d'une licence d'exportation de certains biens à des conditions relatives à leur production. Une réponse négative à cette question initiale rendra évidemment académique toute question relative au Décret sur le PEEE. Or, je crois justement que la réponse est négative.

L'Office, naturellement, tire son autorité et sa juridiction de sa loi constitutive, la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, cette loi qui interdit à quiconque d'exporter de l'électricité sans une autorisation de l'Office. À la date du dépôt des demandes d'Hydro-Québec, cette autorisation prenait nécessairement la forme d'une licence et certains des facteurs dont l'Office devait tenir compte étaient expressément prévus. Aujourd'hui, suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} juin 1990, du projet de loi C-23, *Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence*, L.C. 1990, chap. 7 («Projet de loi C-23»), l'autorisation peut consister en un permis ou une licence et les critères que l'Office doit considérer ne sont plus les mêmes. On verra plus loin que l'application des nouvelles dispositions aux demandes d'Hydro-Québec alors en délibéré a soulevé un problème. Mais, de toute façon, ce sur quoi porte la juridiction de l'Office est encore et a toujours été l'autorisation d'exporter de l'électricité. Les facteurs qui peuvent être pertinents dans l'examen d'une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité et les conditions auxquelles l'Office peut assujettir son autorisation ne peuvent évidemment se rapporter à autre chose qu'à l'exportation de l'électricité. Or, l'article 2 de la Loi définit ce qu'il faut entendre par exportation (en anglais «*export*») dans le cas d'électricité:

2. . . .

i «exportation»

a) Dans le cas de l'électricité, le fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays par une ligne de fil métallique ou un autre conducteur . . .

Il me paraît clair que l'exportation, telle que l'entend la Loi dans le cas de l'électricité, ne couvre pas la production elle-même, et ce n'est que

should be so. Of course, anyone wishing to export a good must produce it or arrange for it to be produced elsewhere, but when he produces it or arranges for its production elsewhere he is not exporting it, and when he is exporting it he is not producing it.

I do not think anyone would dispute for a moment that in considering an application for leave to export electricity, the Board must be concerned about the environmental consequences, since the public interest is involved. The Board's function in this respect is in any case confirmed in several enactments.³ However, the only question can be as to the environmental consequences of the export, namely the consequences for the environment of "[sending] from Canada . . . power produced in Canada". It might be possible to conceive of a situation in which a production facility was so much a part of export operations that it would be possible to bring the use of that facility within the Board's jurisdiction — though I do not see how such a situation could arise, and I even strongly doubt whether the consequence I am assuming would follow — but it is clear that there is nothing of the kind here. Some of the Hydro-Québec construction projects will be moved up by several years to meet the needs of the export contracts, but the carrying out of these projects is not in any way connected with the exports, which will be supplied by the network itself and which only affect a small fraction of its total capacity.

It is clear that the construction of electrical energy production facilities raises serious environmental questions which must be considered and resolved, but those questions are the responsibility of other authorities besides the Board, and those authorities have no need of the Board's support in

³ First, it should be noted that this function is based on ss. 119.06(2)(b), 119.08(2) and 119.09(2) of the *National Energy Board Act* (R.S.C., 1985, c. N-7, as amended by *An Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof*, S.C. 1990, c. 7, s. 34), and on ss. 6(2)(aa), 15(m) of the *National Energy Board Part VI Regulations*, C.R.C., c. 1056, as amended, and to this might be added the Canadian Electricity Policy of September 1988 and the Guidelines of the National Energy Board of December 1988, although this Policy and these Guidelines have not been given legislative or regulatory form.

rationnel qu'il en soit ainsi. Bien sûr, celui qui veut exporter un bien doit le produire ou se le procurer ailleurs, mais quant il le produit ou se le procure ailleurs il ne l'exporte pas, et quand il l'exporte il ne le produit pas.

Personne, je pense, ne songerait un moment à contester qu'en considérant une demande d'autorisation d'exporter de l'électricité, l'Office soit tenu de s'inquiéter des conséquences environnementales, puisqu'il y va de l'intérêt public. Le mandat de l'Office à cet égard est d'ailleurs confirmé dans plusieurs textes³. Mais ce sont les conséquences environnementales de l'exportation dont il peut uniquement s'agir, soit les conséquences sur l'environnement du «fait de transporter de l'électricité produite au Canada à l'extérieur du pays». Peut-être pourrait-on imaginer une situation où une usine de production serait tellement intégrée à des opérations d'exportation qu'il serait possible de faire tomber l'utilisation de cette usine dans le champ de compétence de l'Office—encore que je vois mal comment une telle situation pourrait se présenter et je doute même fort sérieusement que la conséquence que je suppose s'ensuivrait—; mais il est évident qu'il n'y a rien de tel ici. Quelques-uns des projets de construction d'Hydro-Québec seront devancés de quelques années pour satisfaire aux besoins des contrats d'exportation, mais la réalisation de ces projets n'est nullement liée aux exportations qui seront alimentées par le réseau lui-même et ne couvrent qu'une faible fraction de sa capacité totale.

Il est évident que la construction d'installations de production d'énergie électrique pose des problèmes environnementaux sérieux qui doivent être considérés et résolus, mais ces problèmes relèvent d'autres autorités que l'Office et ces autorités n'ont nullement besoin pour agir du support de

³ Il faut noter d'abord que ce mandat s'appuie sur les art. 119.06(2)(b), 119.08(2) et 119.09(2) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (L.R.C. (1985), chap. N-7, telle que modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence*, L.C. 1990, chap. 7, art. 34), et sur les art. 6(2)aa) et 15m) du *Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI)*, C.R.C., chap. 1056, tel qu'amendé, et on peut ajouter sur la *Politique canadienne de l'électricité* de septembre 1988 et sur les *Directives de l'Office national de l'énergie* de décembre 1988, quoique cette Politique et ces Directives n'ont reçu aucune sanction législative ou réglementaire.

order to act, nor in any case is it the Board's function to lend such support.

By imposing conditions 10 and 11, in my opinion, the Board clearly exceeded the limits of its jurisdiction and its authority. Such an imposition cannot stand. Does it then follow that the decision itself is vitiated and the Board must reconsider the matter? I do not think so. These conditions can clearly be dissociated from the licences themselves, and there is nothing in the reasons for the decision to suggest that, within the limits of its jurisdiction, the Board had reasons for refusing to grant the applications made to it. The quashing of these two conditions therefore should not entail quashing the decision itself.

However, the decision may be void on other grounds.

Challenge by the Grand Council of the Crees of Quebec and the Cree Regional Authority to granting of licences themselves

The Grand Council of the Crees of Quebec and the Cree Regional Authority (hereinafter "the Grand Council of the Crees") argued that by deciding the Hydro-Québec applications as it did, the Board did not observe the requirements of its mandate and that its decision is void because it was not made in accordance with the provisions of the Act. Their argument is based on two propositions.

1. First, the Grand Council of the Crees argued that the Board erred in law by applying to the Hydro-Québec applications the new provisions of *An Act to amend the National Energy Board Act and to repeal certain enactments in consequence thereof, supra* ("Bill C-23"), which as we have seen above came into effect on June 1, 1990, that is well before the decision but after the hearing had taken place and the applications been taken under advisement.

It must be recalled that, with a view to deregulation, Bill C-23 placed less strict conditions on the exercise of the Board's discretion in considering applications to export electricity. Section 118 of the *National Energy Board Act* read as follows before June 1990:

l'Office, qui n'a d'ailleurs aucunement reçu mission de le leur accorder.

En imposant les modalités 10 et 11, l'Office, à mon avis, a clairement excédé les limites de sa juridiction et de son autorité. Une telle imposition ne saurait tenir. Faut-il alors en conclure que la décision elle-même est viciée et que l'Office doit procéder à une nouvelle considération? Je ne le crois pas. Il s'agit de conditions manifestement dissociables des licences elles-mêmes et rien dans les motifs de la décision ne peut permettre de penser que, dans les limites de sa compétence, l'Office avait des raisons pour refuser d'accéder aux demandes qui lui avaient été faites. L'annulation des deux conditions ne devrait donc pas entraîner l'annulation de la décision elle-même.

Mais évidemment la décision peut être nulle pour d'autres motifs.

L'attaque du Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie contre l'octroi des licences elles-mêmes

Le Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie (ci-après «le Grand Conseil des Cris») soutiennent qu'en disposant des demandes d'Hydro-Québec comme il l'a fait, l'Office n'a pas respecté les exigences de son mandat et que sa décision est nulle parce qu'elle n'a pas été prise en conformité des prescriptions de la Loi. Leur prétention s'appuie sur deux propositions.

1. Le Grand Conseil des Cris argumente d'abord que l'Office a erré en droit en appliquant aux demandes d'Hydro-Québec les dispositions nouvelles de la *Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie et abrogeant certaines lois en conséquence*, précitée (la «Loi C-23») qui, comme nous l'avons vu plus haut, est entrée en vigueur le 1^{er} juin 1990, soit bien avant la décision mais néanmoins après l'audition et la prise des demandes en délibéré.

Il faut savoir que, dans une optique de déréglementation, la Loi C-23 a soumis l'exercice de la discrétion de l'Office, dans la considération des demandes d'exportation d'électricité, à des règles moins rigides. L'article 118 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* se lisait, avant juin 1990, comme suit:

118. On an application for a licence, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant and, without limiting the generality of the foregoing, the Board shall:

(a) satisfy itself that the quantity of oil, gas or power to be exported does not exceed the surplus remaining after due allowance has been made for the reasonably foreseeable requirements for use in Canada having regard, in the case of an application to export oil or gas, the trends in the discovery of oil or gas in Canada;

(b) satisfy itself that the price to be charged by an applicant for power exported by the applicant is just and reasonable in relation to the public interest; and

(c) where oil or gas is to be exported and subsequently imported or where oil or gas is to be imported, have regard to the equitable distribution of oil or gas, as the case may be, in Canada.

and the *National Energy Board Part VI Regulations*, under the heading "*Information to be Furnished by Applicants for Licence to Export Power*", echoed this obligation contained in paragraph (b) by stating:

6. (1) Every applicant for a licence for the exportation of power shall furnish to the Board such information as the Board may require.

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the information required to be furnished by any applicant described in subsection (1) shall, unless otherwise authorized by the Board, include

(z) evidence to demonstrate that the price to be charged by the applicant for electric power and energy exported by him is just and reasonable in relation to the public interest, and in particular that the export price

(i) would recover its appropriate share of the costs incurred in Canada,

(ii) would not be less than the price to Canadians for equivalent service in related areas . . .

With the coming into effect of Bill C-23 in June 1990, section 118 simply reads:

118. On an application for a licence, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant and shall

(a) satisfy itself that the quantity of oil or gas to be exported does not exceed the surplus remaining after due allowance has been made for the reasonably foreseeable requirements for use in Canada having regard to the trends in the discovery of oil or gas in Canada; . . .

and a new subsection 119.08(2), dealing with the factors to be considered in issuing a licence, merely states:

119.08 . . .

(2) In deciding whether to issue a licence, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be relevant.

118. Pour délivrer une licence, l'Office tient compte des facteurs qui lui semblent pertinents; il doit notamment:

a) s'assurer que la quantité de pétrole, de gaz ou d'électricité à exporter ne dépasse pas l'excédent sur les besoins normalement prévisibles du Canada, eu égard, dans le cas du pétrole et du gaz, à l'orientation des découvertes de pétrole ou de gaz au Canada;

b) s'assurer que, dans les cas d'exportation d'électricité, le prix à demander est juste et raisonnable en fonction de l'intérêt public;

c) tenir compte, dans les cas d'importation, ou d'exportation pour réimportation, du pétrole ou du gaz, de la distribution équitable du pétrole ou du gaz, selon le cas, au Canada.

et le *Règlement sur l'Office national de l'énergie (Partie VI)*, sous le titre «*Renseignements à fournir par les requérants de licences visant l'exportation de force motrice*», avait fait écho à cette obligation prévue à l'alinéa b) en édictant:

6. (1) Tout requérant d'une licence pour l'exportation de force motrice doit fournir à l'Office des renseignements exigés par ce dernier.

(2) Sans restreindre la portée générale du paragraphe (1), les renseignements que tout requérant décrit au paragraphe (1) est tenu de fournir doivent, sauf autorisation contraire de l'Office, comprendre

z) une preuve démontrant que le prix que doit exiger le requérant pour la puissance et l'énergie électriques destinées par lui à l'exportation est juste et raisonnable par rapport à l'intérêt public et, en particulier, que le prix d'exportation

(i) permettra la récupération d'une bonne proportion des coûts assumés au Canada,

(ii) ne sera pas inférieur au prix exigé des Canadiens pour un service équivalent dans des régions connexes, . . .

Depuis juin 1990 et l'entrée en vigueur de la Loi C-23, l'article 118 se lit simplement:

118. Pour délivrer une licence, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il estime pertinents; il doit notamment:

a) veiller à ce que la quantité de pétrole ou de gaz à exporter ne dépasse pas l'excédent de la production par rapport aux besoins normalement prévisibles du Canada eu égard aux perspectives liées aux découvertes de pétrole ou de gaz au Canada; . . .

et un nouveau paragraphe 119.08(2), relatif aux facteurs à considérer pour délivrer une licence, répète sans plus:

119.08 . . .

(2) L'Office tient compte de tous les facteurs qui lui semblent pertinents.

The Board was wrong, the Grand Council of the Crees said, to take into account the provisions of Bill C-23, which led it to neglect or at least to not apply in the same way the criteria of price in the Act as it stood at the time the Hydro-Québec applications were made and taken under advise-
ment, in particular the first criterion of cost recovery, defined in subparagraph 6(2)(z)(i) of the Regulations.

It is true that the Board considered it was bound by the new Act, but I think it was quite right in this respect and its reasoning seems to me to be faultless:

The Board shares the opinion of parties with respect to the application of the principle of non-retroactivity of legislation to Bill C-23, and can only say that none of the provisions of the Bill which apply to the export of electricity constitutes an express exception to this principle. The Board also believes that the provisions of Bill C-23 must begin producing their effects from the moment the bill came into force, on 1 June 1990, in accordance with the general principle of the immediate effect of legislation.

The substantive provisions of Bill C-23 dealing with electricity are essentially aimed at modifying the criteria which the Board must consider when authorizing exports, and the scope of the Board's jurisdiction in certain cases. Other provisions modify the procedure relating to applications for licences to export electricity. None of the provisions of the Bill deals with the manner in which the Board should handle pending applications, nor do they suspend the immediate effect of the amendments to section 118 of the *NEB Act* or to any other rules previously applicable to the export of electricity.

The Board believes that procedural amendments should have an immediate effect, but that the immediate application of substantive amendments should not affect vested rights, obligations acquired or responsibilities incurred before these amendments came into force.

Counsel for the Grand Council of the Crees tried to show that application of the new Act to the pending applications could be contrary here to the rules of natural justice applicable to their clients as interested parties opposed to the granting of the licences. However, I admit that I am somewhat baffled by the argument since the Grand Council of the Crees had complete latitude at the hearing to act on the clear understanding that the coming into effect of the new Act could affect the decision to be rendered, and in any case the easing of the requirements resulting from application of the new provisions certainly would not be a basis for reopening the hearing or holding a special additional hearing.

L'Office a eu tort, dit le Grand Conseil des Cris, d'avoir tenu compte des prescriptions de la Loi C-23, ce qui l'emmena à négliger ou à tout le moins à ne pas appliquer de même façon les critères de prix de la Loi telle qu'elle existait au moment où les demandes d'Hydro-Québec ont été faites et prises en délibéré, tout spécialement le premier critère, relatif à la récupération des coûts, défini au sous-alinéa 6(2)z(i) du Règlement.

Il est vrai que l'Office s'est considéré lié par la nouvelle Loi mais je crois que c'est avec pleine raison et son raisonnement à cet égard me paraît sans faille:

L'Office partage l'opinion des parties sur l'application de la règle de la non-rétroactivité des lois au projet de loi C-23 et ne peut que constater qu'aucune disposition de ce projet de loi visant les exportations d'électricité ne fait exception expresse à cette règle. L'Office est d'avis aussi que les dispositions du projet de loi C-23 doivent commencer à produire leurs effets à compter de leur entrée en vigueur, le 1^{er} juin 1990, selon le principe général de l'effet immédiat des lois.

Les dispositions de fond du projet de loi C-23 touchant l'électricité ont essentiellement pour but de modifier les critères dont l'Office doit tenir compte pour en autoriser l'exportation ainsi que l'étendue de la juridiction de l'Office dans certains cas. D'autres dispositions modifient la procédure applicable aux demandes d'autorisation d'exporter. Aucune disposition du projet de loi ne traite de la façon dont l'Office doit disposer des demandes pendantes devant lui ni ne suspend l'effet immédiat des modifications à l'article 118 de la *Loi sur L'ONÉ* ou aux autres règles applicables auparavant à l'exportation de l'électricité.

L'Office est d'avis que les modifications relatives à la procédure doivent avoir un effet immédiat. Quant aux modifications de fond, leur application immédiate ne devrait porter atteinte à des droits acquis, des obligations contractées ou des responsabilités encourues avant leur entrée en vigueur.

Les procureurs du Grand Conseil des Cris ont tenté de faire valoir que l'application de la nouvelle Loi aux demandes en délibéré pouvait ici aller à l'encontre des règles de justice naturelle applicables à leurs clients en tant qu'intéressés opposés à l'octroi des licences. Mais j'avoue être quelque peu dérouté par l'argument étant donné que le Grand Conseil des Cris a eu toute latitude d'agir au cours de l'audition dans la perspective nette que l'entrée en vigueur de la Loi nouvelle pouvait influencer sur la décision à venir et que, de toute façon, l'adoucissement des exigences résultant de l'application des dispositions nouvelles ne fournissait certes pas matière à réouverture d'enquête ou audition spéciale additionnelle.

That is by no means all. Even if the argument were valid, it leads nowhere. It appears from the reasons for the decision that once it had stated its conclusion that the new Act applied, the Board freely chose to analyse the evidence presented in light of the first price criterion of the old Act and decide in accordance with the obligation it had under the old Act. At page 29 of its decision, the Board wrote the following:

The coming into force of Bill C-23 on 1 June 1990 has removed these considerations as explicit criteria to which the Board is obliged to have regard under the new review procedures applicable to electricity export applications. Nonetheless, under the *Amended Act*, there is nothing to preclude the Board from having regard to such considerations, either in making a recommendation to the Governor in Council to designate a proposed export application for licensing procedures or in deciding whether to issue a licence.

In view of the fact that the application was filed prior to the removal of the surplus and price criteria from the Act by Bill C-23, these considerations have been afforded some importance in the Board's examination of the application.

Applications for export

The Board has given careful consideration to all the evidence and submissions presented and has reached the following conclusions.

6.1 Export Price

In assessing whether the price to be charged by an applicant is just and reasonable in the public interest, the Board has used the following two criteria: (a) the export price should recover the applicable costs incurred in Canada and (b) the export price should not be less than the price for an equivalent service to Canadian customers.

Indeed, as can clearly be seen from reading the Board's analysis and commentary on the first criterion of price, the Board decided that the Hydro-Québec applications had to meet the traditional requirements dating from prior to June 1990. Clearly, it was by reference to the information provided by Hydro-Québec in compliance with the requirements of subparagraph 6(2)(z)(i) of the Regulations that the Board said it felt certain that the export price was just and reasonable in relation to the public interest. The new provisions of Bill C-23 had no influence in this regard. The first proposition of the Grand Council of the Crees is untenable.

2. Even though the Board said it intended to take into account the first criterion of price in subparagraph 6(2)(z)(i) of the Regulations, the Grand Council of the Crees went on in its second

Il y a d'ailleurs beaucoup plus. L'argument, même s'il était fondé, ne pourrait conduire nulle part. Il appert, en effet, des motifs de la décision, que sitôt après avoir affirmé sa conclusion que la nouvelle Loi s'appliquait, l'Office a librement choisi d'analyser la preuve offerte à la lumière du premier critère de prix de l'ancienne Loi et de décider conformément à l'obligation qu'il avait sous l'ancienne Loi. Voici ce qu'écrivit l'Office à la page 29 de sa décision:

Avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} juin 1990, du projet de loi C-23, et conformément à la nouvelle méthode de traitement des demandes visant des exportations d'électricité, l'Office n'a plus l'obligation explicite d'appliquer ces dispositions. Néanmoins, il n'y a rien dans la *Loi modifiée* qui empêche l'Office de tenir compte de ces considérations s'il estime qu'elles sont pertinentes, soit en recommandant au gouverneur en conseil qu'un projet d'exportation soit assujéti au processus de délivrance de licence, soit en décidant d'accorder ou non une licence.

Puisque les présentes demandes ont été déposées avant l'entrée en vigueur du projet de loi C-23 qui a entraîné la disparition des dispositions relatives aux excédents et aux prix, l'Office s'est penché sur ces questions lors de l'examen des demandes.

Demandes d'exportation

L'Office a soigneusement examiné toute la preuve et les témoignages présentés et a tiré les conclusions suivantes.

6.1 Prix à l'exportation

Afin de s'assurer que le prix demandé sur le marché d'exportation est juste et raisonnable par rapport à l'intérêt public, l'Office a utilisé les deux critères suivants: le prix à l'exportation a) devrait permettre de récupérer les coûts applicables engagés au Canada et b) ne devrait pas être inférieur au prix d'un service équivalent fourni aux clients canadiens.

Et de fait, la lecture de l'analyse et des commentaires de l'Office sur le premier critère de prix en témoigne clairement, l'Office a jugé comme si les demandes d'Hydro-Québec devaient satisfaire aux exigences traditionnelles d'avant juin 1990. C'est bel et bien en se référant aux renseignements fournis par Hydro-Québec en réponse aux exigences du sous-alinéa 6(2)(z)(i) du Règlement que l'Office dit s'être assuré que le prix d'exportation était juste et raisonnable en fonction de l'intérêt public. Les dispositions nouvelles de la Loi C-23 n'ont eu sur ce plan aucune influence. La première proposition du Grand Conseil des Cris est sans portée.

2. Même si l'Office a prétendu vouloir tenir compte du premier critère de prix du sous-alinéa 6(2)(z)(i) du Règlement, poursuit le Grand Conseil des Cris dans sa seconde proposition alternative, il

alternative proposition, it could not validly arrive at the conclusion that the price “would recover (the) appropriate share of the costs incurred in Canada”, because it had no direct evidence of this before it.

The proposition can only be understood taken in context. Hydro-Québec had shown that exports of power and energy would come from its network as a whole, but in order to meet the additional needs resulting from the two contracts, as mentioned above, it would have to move up the date on which certain hydro-electric facilities contemplated in its development plan were brought on line. The Board thus concluded that the recoverable costs under the first criterion of price should include all marginal production costs, opportunity costs for the part of the exports taken from existing facilities and in particular the cost of bringing forward proposed new hydro-electric facilities. At the time its evidence was filed, Hydro-Québec nevertheless objected to openly disclosing with all supporting documentation its detailed estimate of the cost of bringing forward the production facilities, arguing that the disclosure of these costs would cause it serious injury in its business dealings with its neighbours. The Board did not feel it should insist and allowed Hydro-Québec to submit its evidence by indirect means, namely by filing the testimony of a chartered accountant, who after an audit was able to say, first, that the costs used in making the profitability studies were in fact the cost of the equipment used by Hydro-Québec, and second, that the methodology used by Hydro-Québec in determining the profitability of the exports allowed it to arrive at the results stated regarding the importance of recovering the costs involved. The Grand Council of the Crees was thus right in saying that the evidence was not direct in all respects.

However, why should the evidence be direct in all respects? There is nothing that requires the Board to decide only on direct evidence. The Board had before it the testimony of a series of witnesses and the abundant documentary evidence submitted by Hydro-Québec on the question of profitability. It also had before it the important statement that the Government of Quebec had

ne pouvait arriver valablement à la conclusion que le prix «permettra(it) la récupération d'une bonne proportion des coûts assumés au Canada» parce qu'il n'avait de cela aucune preuve directe devant lui.

La proposition ne se comprend que située dans son contexte. Hydro-Québec avait démontré que les exportations de puissance et d'énergie devaient provenir de l'ensemble de son réseau mais que, pour satisfaire aux besoins additionnels résultant de deux contrats, il lui faudrait, comme dit plus haut, devancer la date de mise en service de certaines installations hydro-électriques prévues dans son plan de développement. L'Office avait ainsi conclu que les coûts à récupérer en vertu du premier critère de prix devaient inclure tous les coûts marginaux de production, les coûts d'opportunité pour la partie des exportations provenant des installations existantes et spécialement les coûts de devancement des nouvelles installations hydro-électriques projetées. Au moment du dépôt de sa preuve, Hydro-Québec néanmoins s'objecta à révéler ouvertement, tous les livres à l'appui, son estimation détaillée des coûts de devancement des installations de production en soutenant que la divulgation de ces coûts lui causerait un préjudice sérieux dans ses négociations commerciales avec ses voisins. L'Office ne crut pas nécessaire d'insister et permit à Hydro-Québec de faire sa preuve par un moyen indirect, soit en déposant le témoignage d'un comptable agréé qui, après vérification, fut en mesure d'attester: d'abord, que les coûts utilisés pour réaliser les études de rentabilité étaient bien les coûts des équipements utilisés par Hydro-Québec et ensuite, que la méthodologie suivie par Hydro-Québec pour déterminer la rentabilité des exportations permettait d'en arriver aux résultats attestés quant à l'importance de la récupération des coûts impliqués. Ainsi, le Grand Conseil des Cris a raison d'affirmer que la preuve n'a pas été en tous points directe.

Mais pourquoi faudrait-il que la preuve ait été en tous points directe? Rien ne force l'Office à ne se satisfaire que d'une preuve directe. L'Office avait devant lui la série de témoignages et l'abondante preuve documentaire qu'Hydro-Québec avait soumis relativement à la question de rentabilité. Il avait aussi devant lui l'attestation non négligeable que le Gouvernement du Québec avait

approved the contract because of the clear benefit the province would derive from it. At the same time, it was able to get the comments and note the lack of interest of those responsible for adjacent Canadian networks connected with Hydro-Québec (which use sources of electrical production based much less on hydraulic energy and whose production costs are thus higher) regarding electricity to be sold at the price contemplated. All this evidence may not have been direct in all respects, but it certainly carried a strong persuasive force in determining feasibility.

The Board held that it was persuaded by this evidence, and I do not see on what basis this Court could undertake to dispute its conclusion. An appeal filed under section 22 of the *National Energy Board Act* can be concerned only with questions of law and jurisdiction. It cannot be concerned with the way in which the Board arrived at its opinion in light of the facts established before it. The oft-cited remarks of Jackett C.J. on this point in *Consumers' Ass'n (Can.) v. Ontario Hydro [No. 1]*, [1974] 1 F.C. 453 (C.A.), at pages 457 and 458, are worth repeating:

Section 83(b) calls for a determination by the Board as to whether the price to be charged is "just and reasonable" in relation to the public interest. Generally speaking, as it seems to me, where Parliament leaves it to a tribunal to decide "fair and reasonable" or "just and reasonable" rates or prices or public convenience and necessity, the tribunal has a discretion to decide in what manner it will obtain information and the courts have no right to refute the Board's opinion based on the facts established before it. See *Northwest Utilities Ltd. v. The City of Edmonton, Union Gas Company of Canada, Limited v. Sydenham Gas and Petroleum Company, Limited and Memorial Gardens Association (Canada) Limited v. Colwood Cemetery Company*. Furthermore, where a tribunal adopts a rule of practice to guide it in the exercise of its statutory functions, the question whether it properly appreciates its own rule cannot be a question of law. Nor "can the question whether in a given case the Board has properly appreciated the facts for the purpose of applying the rule be such a question. This is so because . . . there is no statutory rule and there is no rule of law that prescribes considerations by which the Board is to be governed in exercising its administrative discretion . . .". See *Bell Telephone Co. v. Canadian National Railways* per Duff C.J.C. (giving the judgment of the Supreme Court of Canada) at page 21.

approuvé les contrats en raison du bénéfice net que la province était en mesure d'en retirer. Il avait pu en même temps recueillir les commentaires et noter l'absence d'intérêt des responsables des réseaux voisins canadiens interconnectés à Hydro-Québec (qui utilisent des sources de production d'électricité beaucoup moins axées sur l'hydraulique et dont les coûts de production sont, partant, plus élevés) à l'égard de l'électricité à être vendue au prix prévu. Toute cette preuve n'était peut-être pas directe en tous points mais sa force probante relativement à la détermination de la rentabilité était certes de poids.

L'Office a jugé que cette preuve le convainquait et je ne vois pas sur quelle base cette Cour pourrait se permettre de critiquer sa conclusion. Un appel logé en vertu de l'article 22 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ne peut porter que sur des questions de droit et de compétence. Il ne peut porter sur la façon dont l'Office s'est formé une opinion à la lumière des faits établis devant lui. Les propos souvent cités que le juge en chef Jackett tenait sur ce point dans l'arrêt *L'Ass'n des Consommateurs (Can.) c. Hydro-Ontario [N° 1]*, [1974] 1 C.F. 453, aux pages 457 et 458, méritent d'être repris:

L'article 83b) demande à l'Office de décider si le prix est «juste et raisonnable» en fonction de l'intérêt public. Il me semble qu'en général, lorsque le Parlement laisse à un tribunal la détermination de ce qui est «équitable et raisonnable» ou «juste et raisonnable», en matière de taux, de prix ou de ce qui est adapté ou nécessaire au public, le tribunal en cause a le pouvoir discrétionnaire de décider de quelle manière il obtiendra les renseignements; les tribunaux judiciaires n'ont donc pas le droit d'examiner l'opinion de l'Office, cette opinion étant fondée sur des faits établis devant lui. Voir les arrêts *Northwest Utilities Ltd. c. La cité d'Edmonton, Union Gas Company of Canada, Limited c. Sydenham Gas and Petroleum Company, Limited et Memorial Gardens Association (Canada) Limited c. Colwood Cemetery Company*. En outre, lorsqu'un tribunal adopte une règle de pratique qui doit régir l'exercice de ses fonctions statutaires, la question de savoir s'il interprète correctement sa propre règle ne peut être une question de droit. De même [TRADUCTION] «la question de savoir si, dans un cas précis, l'Office a interprété correctement les faits dans le but d'appliquer la règle en cause ne peut être considérée comme une telle question. Il en est ainsi parce qu' . . . il n'existe ni règle statutaire ni principe juridique qui indique expressément sur quelles considérations l'Office doit se fonder dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire administratif . . . ». Voir l'arrêt *La Cie Bell Téléphone c. Le Canadien National*, rendu par le juge en chef du Canada Duff (prononçant le jugement de la Cour suprême du Canada), à la page 21.

The second proposition put forward by the Grand Council of the Crees in support of its appeal has no more foundation than the first.

Conclusion

Thus, for all the reasons I have just stated, I consider that the Court should dismiss the related appeal filed by the Grand Council of the Crees of Quebec and the Cree Regional Authority, but allow the appeal of the Attorney General of Quebec and the related appeal of Hydro-Québec. It should thus vacate conditions Nos. 10 and 11 imposed by the National Energy Board on licences EL-179, EL-180, EL-181, EL-182, EL-183, EL-184 and EL-185 which it issued to Hydro-Québec, and at the same time find those licences to be valid.

PRATTE J.A.: I concur.

DESJARDINS J.A.: I concur.

La deuxième proposition que le Grand Conseil des Cris a avancée au soutien de son appel est aussi dénuée de fondement que la première.

Conclusion

^a Ainsi pour tous les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis que la Cour devrait rejeter l'appel incident logé par le Grand Conseil des Cris du Québec et l'Administration régionale crie, mais ^b accueillir l'appel du procureur général du Québec et celui incident d'Hydro-Québec. Elle devrait ainsi annuler les conditions numéros 10 et 11 auxquelles l'Office national de l'énergie a assujetti les licences EL-179, EL-180, EL-181, EL-182, ^c EL-183, EL-184 et EL-185 qu'il a délivrées à Hydro-Québec, tout en déclarant lesdites licences valides par ailleurs.

LE JUGE PRATTE, J.C.A.: Je suis d'accord.

^d LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: J'y souscris.