

A-462-04
2005 FCA 377

A-462-04
2005 CAF 377

Sumas Energy 2, Inc. (Appellant)

Sumas Energy 2, Inc. (appelante)

v.

c.

National Energy Board and others (Respondents)

L'Office national de l'énergie et autres (intimés)

INDEXED AS: SUMAS ENERGY 2, INC. v. CANADA (NATIONAL ENERGY BOARD) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : SUMAS ENERGY 2, INC. c. CANADA (OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Létourneau, Noël and Sharlow J.J.A.—Vancouver, November 7, 8 and 9, 2005.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Noël et Sharlow, J.C.A.—Vancouver, 7, 8 et 9 novembre 2005.

Energy — Appeal from National Energy Board decision dismissing application under National Energy Board Act, ss. 58.16, 58.23 for certificate of public convenience and necessity to construct international power line (IPL) from Washington State to British Columbia — Act, ss. 58.16(1), (2) requiring Board to be satisfied IPL required by present, future public convenience, necessity, having regard to all relevant considerations — Board not exceeding jurisdiction by considering power plant's potential environmental effects in Canada, emphasizing connection between power plant, IPL — Board's authority under Act, s. 58.16(2) allowing for consideration of matters not specifically set out in Act — Correct test applied re: public convenience, necessity, i.e. relevant considerations identified, weighed — Evidence supporting conclusion burdens of IPL outweighing benefits, public convenience, necessity test not met — Appeal dismissed.

Énergie — Appel interjeté d'une décision de l'Office national de l'énergie qui avait rejeté une demande présentée en vertu des art. 58.16 et 58.23 de la Loi sur l'Office national de l'énergie en vue de la délivrance d'un certificat d'utilité publique pour la construction d'une ligne internationale (la ligne) reliant l'État de Washington à la Colombie-Britannique — Selon les art. 58.16(1) et (2) de la Loi, l'Office devait être persuadé, compte tenu de tous les facteurs qu'il estimait pertinents, que la ligne présentait un caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur — L'Office n'a pas outrepassé sa compétence lorsqu'il a tenu compte des effets environnementaux potentiels, au Canada, de la centrale électrique, en arguant du lien étroit entre la centrale électrique et la ligne — Le pouvoir conféré à l'Office par l'art. 58.16(2) de la Loi l'autorisait à prendre en compte des aspects qui n'étaient pas expressément mentionnés dans la Loi — Le bon critère a été appliqué, celui du caractère d'utilité publique, c'est-à-dire que l'Office a recensé et apprécié les facteurs pertinents — La preuve autorisait la conclusion selon laquelle les inconvénients de la ligne l'emportaient sur ses avantages, et le critère du caractère d'utilité publique n'était donc pas respecté — Appel rejeté.

Administrative Law — Statutory Appeals — Appeal pursuant to National Energy Board Act, s. 22 (1) — Board dismissing application for certificate of public convenience and necessity on basis burdens of international power line (IPL) outweighing benefits, IPL not in Canadian public interest, not required for present, future public convenience, necessity — Board having regard to all relevant considerations, including potential environmental effect in Canada of power plant — Board not exceeding jurisdiction, committing no reviewable error.

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Appel interjeté conformément à l'art. 22(1) de la Loi sur l'Office national de l'énergie — L'Office a rejeté une demande de certificat d'utilité publique au motif que les inconvénients de la ligne internationale (la ligne) l'emportaient sur ses avantages, et que la ligne n'était pas conforme à l'intérêt public canadien et ne présentait pas un caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur — L'Office a tenu compte de tous les facteurs pertinents, notamment les effets environnementaux potentiels, au Canada, de la centrale électrique — L'Office n'a pas outrepassé sa compétence et n'a commis aucune erreur sujette à révision.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Procedural fairness — National Energy Board

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Équité procédurale — La décision de l'Office national de

decision dismissing application for certificate of public convenience and necessity neither arbitrary nor discriminatory — Board's expertise entitled it to express its understanding of U.S. Federal Energy Commission's policy of open access, reciprocity — Approach based on well-established principles.

Foreign Trade — National Energy Board not failing to give effect to North American Free Trade Agreement (NAFTA) — Nothing in NAFTA compelling Board to exercise authority under National Energy Board Act, s. 58.16 to permit U.S. energy producer to construct international power line in Canada.

This was an appeal brought pursuant to subsection 22(1) of the *National Energy Board Act* from a decision of the National Energy Board dismissing the appellant's application under sections 58.16 and 58.23 of the Act for a certificate of public convenience and necessity to construct an international power line (IPL) connecting its proposed power plant in Washington State to a substation in British Columbia. The power plant to be located one kilometre south of the international border would burn Canadian natural gas and transmit electricity via the IPL to the electrical grid servicing western Canada and states.

Held, the appeal should be dismissed.

The Board did not exceed its jurisdiction when it considered the potential environmental effects in Canada of the power plant. Under subsections 58.16(1) and (2) of the Act, the Board had to be satisfied that the IPL "is and will be required by the present and future public convenience and necessity" and, in doing so, was to have regard "to all considerations that appear to it to be relevant." One such consideration was the negative environmental impact in Canada stemming from the plant in the U.S. *In the Matter of CanStates Marketing* decision, wherein the Board held that it had no jurisdiction under the Act to consider the environmental effects in Canada stemming from facilities in the U.S., was distinguished. Here, the close connection between the power plant and the IPL, coupled with the environmentally sensitive and localized area in Canada which would be impacted by the project, gave rise to a situation which it had not been confronted with in *CanStates*. In emphasizing this connection, the Board was not setting out a legal test. It was merely exercising its authority under subsection 58.16(2) of the Act to have regard to all relevant considerations, including that any burden in Canada from the power plant was directly linked to the IPL. This authority gave the Board the power to consider matters that were not

l'énergie rejetant la demande de certificat d'utilité publique n'était ni arbitraire ni discriminatoire — La spécialisation de l'Office autorisait l'Office à donner son interprétation de la politique de libre accès et de réciprocité suivie par la Federal Energy Regulatory Commission des États-Unis — Son approche était fondée sur des principes bien établis.

Commerce extérieur — L'Office national de l'énergie n'a pas manqué de donner effet à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) — L'ALÉNA ne contraint nullement l'Office à exercer le pouvoir que lui confère l'art. 58.16 de la Loi sur l'Office national de l'énergie pour permettre à un producteur d'énergie des États-Unis de construire au Canada une ligne internationale.

Il s'agissait d'un appel formé, conformément au paragraphe 22(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, contre une décision de l'Office national de l'énergie rejetant la demande qu'avait déposée l'appelante, en vertu des articles 58.16 et 58.23 de la Loi, en vue d'obtenir un certificat d'utilité publique pour la construction d'une ligne internationale (la ligne) reliant sa future centrale électrique, qui serait située dans l'État de Washington, à une sous-station située en Colombie-Britannique. La centrale électrique, qui devait être installée à un kilomètre au sud de la frontière internationale, allait brûler du gaz naturel canadien et transporter l'électricité, via la ligne projetée, jusqu'au réseau électrique principal qui dessert l'Ouest canadien et les États de l'Ouest des États-Unis.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

L'Office n'a pas outrepassé sa compétence quand il a tenu compte des effets environnementaux potentiels, au Canada, de la centrale électrique. Selon les paragraphes 58.16(1) et (2) de la Loi, l'Office devait être persuadé du « caractère d'utilité publique » de la ligne internationale, « tant pour le présent que pour le futur », et devait pour cela tenir compte « de tous les facteurs qu'il estimait pertinents ». L'Office a considéré comme un facteur pertinent les effets environnementaux négatifs, au Canada, produits par la centrale aux États-Unis. La décision rendue par l'Office dans l'affaire *CanStates Marketing*, où l'Office avait jugé qu'il n'avait pas le pouvoir selon la Loi de tenir compte des effets environnementaux entraînés au Canada par des installations situées aux États-Unis, a été distinguée de la présente affaire. Ici, le lien étroit entre la centrale électrique et la ligne, ce à quoi s'ajoutait la région au Canada sur laquelle le projet aurait des répercussions, une région circonscrite et sensible sur le plan environnemental, donnait lieu à une situation avec laquelle l'Office n'avait pas été amené à composer dans l'affaire *CanStates*. En mettant l'accent sur ce lien, l'Office ne prétendait pas énoncer un critère juridique. L'Office exerçait simplement le pouvoir qui lui était conféré par le paragraphe 58.16(2) de la Loi, c'est-à-dire le pouvoir de tenir compte de

specifically set out in the Act. Finally, the Board was not required to be mindful of the decision of Washington State Energy Facility Site Evaluation Council (EFSEC) to recommend approval for the construction of the power plant. The EFSEC was concerned with the impact of the project from a U.S. perspective, while the Board had to consider the Canadian perspective. The respective public interests did not necessarily coincide.

The Board did not apply the wrong test to the determination of the issue of public convenience and necessity. It determined the considerations that were relevant in deciding whether a certificate should be issued and assigned weight to these considerations. The evidence supported the Board's conclusions that "on balance, the burdens of the IPL outweigh the benefits" and that it was "unable to come to the conclusion that the IPL is in the Canadian public interest and is and will be required for the present and future public convenience and necessity."

The Board's decision was not arbitrary. Its expertise entitled it to express its understanding of the United States Federal Energy Commission policy of open access and reciprocity. The Board also did not discriminate against the appellant. There was no basis for the argument that it applied different or novel standards to the appellant's application. Its approach was based on well-established principles.

Finally, there was no foundation to the appellant's argument that the Board failed to give effect to the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA). There is nothing in NAFTA that compels the Board to exercise its authority under section 58.16 of the Act to permit a U.S. energy producer to construct an IPL in Canada that is deemed by the Board not to be justified.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.

National Energy Board Act, R.S.C., 1985, c. N-7, ss. 22(1) (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 11), 58.16 (as enacted *idem*, s. 23), 58.23 (as enacted *idem*), 120.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 188; 2001, c. 28, s. 56).

tous les facteurs qu'il estimait pertinents, notamment le fait que tout inconvénient que la centrale électrique risquait de présenter au Canada était directement lié à la ligne. Ce pouvoir habilitait l'Office à tenir compte d'aspects qui n'étaient pas expressément mentionnés dans la Loi. Finalement, l'Office n'était pas tenu de s'en rapporter à la décision du Energy Facility Site Evaluation Council (EFSEC) de l'État de Washington de recommander au gouverneur de cet État d'approuver la construction de la centrale électrique. L'EFSEC s'était penché sur les effets du projet selon une perspective américaine, tandis que l'Office devait considérer la perspective canadienne. Leurs intérêts publics respectifs ne coïncidaient pas nécessairement.

L'Office n'a pas appliqué le mauvais critère pour statuer sur la question du caractère d'utilité publique. Il a défini les facteurs dont il allait tenir compte pour dire si un certificat serait ou non délivré, puis il a attribué une valeur à chacun des facteurs. La preuve autorisait l'Office à dire que « tout bien pesé, les inconvénients de la LIT [la ligne] l'emportent sur ses avantages » et qu'il était « incapable de conclure que la LIT est conforme à l'intérêt public canadien et qu'elle serait d'utilité publique tant pour le présent que pour le futur ».

L'Office n'a pas rendu une décision arbitraire. Sa spécialisation l'autorisait à donner son interprétation de la politique de libre accès et de réciprocité suivie par la Federal Energy Commission des États-Unis. L'Office n'a pas non plus exercé une discrimination à l'encontre de l'appelante. Aucun fondement n'autorisait l'argument selon lequel l'Office avait appliqué des normes différentes ou inédites à la requête de l'appelante. L'approche adoptée par l'Office était fondée sur des principes bien établis.

Finalement, il n'y avait nul bien-fondé dans l'argument de l'appelante selon lequel l'Office n'avait pas donné effet à l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA). L'ALÉNA ne contraint nullement l'Office à exercer le pouvoir que lui confère l'article 58.16 pour permettre à un producteur d'énergie des États-Unis de construire au Canada une ligne internationale que l'Office estime non justifiée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.

Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 22(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 11), 58.16 (édicte, *idem*, art. 23), 58.23 (édicte, *idem*), 120.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 188; 2001, ch. 28, art. 56).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board), [1994] 1 S.C.R. 159; (1994), 112 D.L.R. (4th) 129; 20 Admin. L.R. (2d) 79; 14 C.E.L.R. (N.S.) 1; [1994] 3 C.N.L.R. 49; 163 N.R. 241; *Nakina (Township) v. Canadian National Railway Co.* (1986), 69 N.R. 124 (F.C.A.).

DISTINGUISHED:

In the Matter of CanStates Gas Marketing; Chevron Canada Resources Limited; Renaissance Energy Ltd., Western Gas Marketing Limited, GH-3-94, reasons for decision dated November 1994, N.E.B.

REFERRED TO:

Morguard Investments Ltd. v. De Savoye, [1990] 3 S.C.R. 1077; (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; [1991] 2 W.W.R. 217; 52 B.C.L.R. (2d) 160; 46 C.P.C. (2d) 1; 122 N.R. 81; 15 R.P.R. (2d) 1; *C.N.R. et al. v. Canada Steamship Ltd. et al.*, [1945] 3 D.L.R. 417; [1945] 2 W.W.R. 100 (P.C.).

APPEAL from a decision of the National Energy Board (*In the Matter of Sumas Energy 2, Inc.*, EH-1-2000, reasons for decision dated March 2004, N.E.B.) dismissing the appellant's application under sections 58.16 and 58.23 of the *National Energy Board Act* for a certificate of public convenience and necessity. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Russell W. Lusk, Q.C., William K. McNaughton and Robert J. C. Deane for appellant.
George Copley, Q.C. and James G. Yardley for respondents Province of British Columbia *et al.*

Thomas R. Berger, Q.C., Howard Mann and Timothy J. Howard for respondents Society Promoting Environmental Conservation *et al.*
Patrick K. McMurchy for respondent Abbotsford Downtown Business Association.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie), [1994] 1 R.C.S. 159; (1994), 112 D.L.R. (4th) 129; 20 Admin. L.R. (2d) 79; 14 C.E.L.R. (N.S.) 1; [1994] 3 C.N.L.R. 49; 163 N.R. 241; *Nakina (Canton) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1986), 69 N.R. 124 (C.A.F.).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Relativement à CanStates Gas Marketing; Chevron Canada Resources Limited; Renaissance Energy Ltd., Western Gas Marketing Limited, GH-3-94, motifs de décision datés de novembre 1994, O.N.É.

DÉCISIONS CITÉES :

Morguard Investments Ltd. c. De Savoye, [1990] 3 R.C.S. 1077; (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; [1991] 2 W.W.R. 217; 52 B.C.L.R. (2d) 160; 46 C.P.C. (2d) 1; 122 N.R. 81; 15 R.P.R. (2d) 1; *C.N.R. et al. v. Canada Steamship Ltd. et al.*, [1945] 3 D.L.R. 417; [1945] 2 W.W.R. 100 (P.C.).

APPEL interjeté d'une décision de l'Office national de l'énergie (*Relativement à Sumas Energy 2, Inc.*, EH-1-2000, motifs de décision datés de mars 2004, O.N.É.) qui avait rejeté la demande, déposée par l'appelante en vertu des articles 58.16 et 58.23 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, en vue d'obtenir un certificat d'utilité publique. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Russell W. Lusk, c.r., William K. McNaughton et Robert J. C. Deane pour l'appelante.
George Copley, c.r. et James G. Yardley pour les intimés la province de la Colombie-Britannique et autres.

Thomas R. Berger, c.r., Howard Mann et Timothy J. Howard pour les intimés la Society Promoting Environmental Conservation et autres.
Patrick K. McMurchy pour l'intimée l'Association des gens d'affaires du centre-ville d'Abbotsford.

Andrew R. Hudson and Jody L. Saunders for respondent National Energy Board.

Andrew R. Hudson et Jody L. Saunders pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

SOLICITORS OF RECORD:

Borden Ladner Gervais LLP, Vancouver, for appellant.
Murdy & McAllister, Vancouver, for respondents Province of British Columbia *et al.*
Sierra Legal Defence Fund, Vancouver, for respondents Society Promoting Environmental Conservation *et al.*
Palmer, Gillen, Abbotsford, British Columbia, for respondent Abbotsford Downtown Business Association.
National Energy Board, Calgary, for respondent National Energy Board.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Borden Ladner Gervais s.r.l., Vancouver, pour l'appelante.
Murdy & McAllister, Vancouver, pour les intimés la province de la Colombie-Britannique et autres.
Sierra Legal Defence Fund, Vancouver, pour les intimés la Society Promoting Environmental Conservation et autres.
Palmer, Gillen, Abbotsford (Colombie-Britannique), pour l'intimée l'Association des gens d'affaires du centre-ville d'Abbotsford.
L'Office national de l'énergie, Calgary, pour l'intimé l'Office national de l'énergie.

The following are the reasons for judgment delivered orally in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement prononcés à l'audience par

[1] THE COURT: Sumas Energy 2, Inc. (SE2) applied under sections 58.16 [as enacted by S.C. 1990, c. 7, s. 23] and 58.23 [as enacted *idem*] of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7 (the NEB Act), for a "certificate of public convenience and necessity" (certificate) to construct an international power line (IPL) connecting its proposed power plant in Sumas, Washington, to B.C. Hydro and Power Authority's Clayburn substation just north of the international border. Those provisions read as follows:

[1] LA COUR: La société Sumas Energy 2, Inc. (SE2) a sollicité, en vertu des articles 58.16 [édicte par L.C. 1990, ch. 7, art. 23] et 58.23 [édicte, *idem*] de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7 (la Loi sur l'ONÉ), un certificat d'utilité publique (le certificat) pour la construction d'une ligne internationale (la ligne) reliant sa future centrale électrique de Sumas (État de Washington) à la sous-station Clayburn de la B.C. Hydro and Power Authority, juste au nord de la frontière internationale. Ces dispositions sont ainsi rédigées :

58.16 (1) The Board may, subject to section 24 and to the approval of the Governor in Council, issue a certificate in respect of

58.16 (1) Sous réserve de l'agrément du gouverneur en conseil et de l'article 24, l'Office peut, s'il est convaincu de son caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, délivrer un certificat pour une ligne internationale visée par un décret ou une décision pris au titre des articles 58.15 ou 58.23 ou d'une ligne interprovinciale visée par un décret pris au titre de l'article 58.4.

(a) an international power line in relation to which an order made under section 58.15 is in force,

(b) an international power line in relation to which an election is filed under section 58.23, or

(c) an interprovincial power line in relation to which an order made under section 58.4 is in force,

if the Board is satisfied that the line is and will be required by the present and future public convenience and necessity.

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

(2) Pour déterminer s'il y a lieu de délivrer un certificat, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il estime pertinents.

...

[...]

58.23 The applicant for or holder of a permit or certificate may file with the Board in the form prescribed by the regulations an election that the provisions of this Act referred to in section 58.27 and not the laws of a province described in section 58.19 apply in respect of the existing or proposed international power line.

58.23 Le demandeur ou le titulaire de permis ou de certificat peut notifier sa décision à l'Office, en la forme réglementaire, portant que les dispositions de la présente loi mentionnées à l'article 58.27, et non la loi provinciale visée à l'article 58.19, s'appliquent à toute ligne internationale, existante ou projetée.

[2] SE2 intends to locate its power plant one kilometre south of the international border in Sumas, Washington. It is proposed that the power plant will burn Canadian natural gas and transmit electricity via the proposed IPL through the Clayburn substation to the main electrical grid which services British Columbia, Alberta and 11 western states in the United States.

[2] SE2 entend installer sa centrale électrique à un kilomètre au sud de la frontière internationale, à Sumas (État de Washington). Il est prévu que la centrale électrique brûlera du gaz naturel canadien et transportera l'électricité, via la ligne projetée, par l'entremise de la sous-station Clayburn, jusqu'au réseau électrique principal qui dessert la Colombie-Britannique, l'Alberta et 11 États de l'Ouest des États-Unis.

[3] The construction and operation of the power plant have been approved by the Governor of the State of Washington, in accordance with the recommendation of the Washington State Energy Facility Site Evaluation Council (EFSEC). The EFSEC evaluation included an environmental review that dealt with substantially the same evidence as that before the National Energy Board (NEB). On the factual questions relating to the environmental issues, the EFSEC reached substantially the same conclusions. The power plant is expected to emit over 800 tons of pollutants annually into the Fraser Valley airshed.

[3] La construction et l'exploitation de la centrale électrique ont été approuvées par le gouverneur de l'État de Washington, conformément à la recommandation du Energy Facility Site Evaluation Council (EFSEC) de cet État. L'évaluation de l'EFSEC comprenait un examen environnemental qui portait pour l'essentiel sur le même dossier que celui qui a été soumis à l'Office national de l'énergie (l'Office). S'agissant des points de fait relatifs aux aspects environnementaux, l'EFSEC est arrivé pour l'essentiel aux mêmes conclusions. La centrale électrique devrait émettre plus de 800 tonnes de polluants chaque année dans le bassin atmosphérique de la vallée du Fraser.

[4] On March 4, 2004, the Board dismissed SE2's application [*In the Matter of Sumas Energy 2, Inc.*] (EH-1-2000). SE2 then applied under subsection 22(1) [as am. *idem*, s. 11] of the NEB Act for leave to appeal the Board's decision. That provision reads as follows:

[4] Le 4 mars 2004, l'Office rejetait la demande de SE2 [*Relativement à Sumas Energy 2, Inc.*] (EH-1-2000). SE2 a alors demandé, en application du paragraphe 22(1) [mod., *idem*, art. 11] de la Loi sur l'ONÉ, l'autorisation de faire appel de la décision de l'Office. Cette disposition est ainsi formulée :

22. (1) An appeal lies from a decision or order of the Board to the Federal Court of Appeal on a question of law or of jurisdiction, after leave to appeal is obtained from that Court.

22. (1) Il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, avec l'autorisation de celle-ci, d'une décision ou ordonnance de l'Office, sur une question de droit ou de compétence.

[5] Leave to appeal was granted on July 26, 2004. SE2 seeks an order setting aside the decision of the Board and referring the matter back to the Board with a direction that the Certificate be issued or that the matter

[5] L'autorisation d'appel a été accordée le 26 juillet 2004. SE2 sollicite une ordonnance annulant la décision de l'Office et renvoyant l'affaire à l'Office pour qu'il délivre le certificat ou pour que l'affaire soit réexaminée

be redetermined by a different panel in a manner consistent with the reasons of this Court.

[6] The main hearing lasted 30 days (between May and September 2003). SE2 called numerous witnesses. Provincial and municipal governments contested SE2's case through their own expert witnesses. A large number of other interveners, including the respondents Society Promoting Environmental Conservation, David Suzuki Foundation, Province of British Columbia, City of Abbotsford, Fraser Valley District, and Abbotsford Downtown Business Association, also opposed the application.

Alleged errors

[7] In support of its appeal, SE2 claims that the Board (1) exceeded its jurisdiction by considering the potential environmental effects in Canada of the power plant, (2) did not apply proper tests, (3) acted in an arbitrary and discriminatory manner, and (4) failed to give effect to the *North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2 (NAFTA).

Standard of review

[8] The interpretation of section 58.16 of the NEB Act, and in particular the interpretation of the phrase "public convenience and necessity" as it appears in section 58.16, is a question of law. Whether the Board has the jurisdiction to consider the environmental effects in Canada of the power plant is also a question of law. Counsel for SE2 submits that the Board's determination of those two issues should be reviewed on the standard of correctness. We agree.

[9] As to the standard of review applicable to the Board's decision on the question of "public convenience and necessity", we note that Parliament has required the Board to determine for itself what factors it will take into account in determining whether an IPL "is

par une autre formation, d'une manière conforme aux motifs de la Cour.

[6] L'audience principale a duré 30 jours (entre mai et septembre 2003). SE2 a convoqué de nombreux témoins. Les administrations provinciales et municipales ont contesté les arguments de SE2 en convoquant leurs propres témoins experts. Un grand nombre d'autres intervenants, notamment les intimés, la Society Promoting Environmental Conservation, la Fondation David Suzuki, la province de la Colombie-Britannique, la ville d'Abbotsford, le District régional de la vallée du Fraser et l'Association des gens d'affaires du centre-ville d'Abbotsford, se sont eux aussi opposés à la demande.

Erreurs alléguées

[7] Au soutien de son appel, SE2 dit que l'Office 1) a outrepassé sa compétence en tenant compte des effets environnementaux potentiels, au Canada, de la centrale électrique, 2) n'a pas appliqué les bons critères, 3) a agi d'une manière arbitraire et discriminatoire, et 4) n'a pas donné effet à l'*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2 (l'ALÉNA).

Norme de contrôle

[8] L'interprétation de l'article 58.16 de la Loi sur l'ONÉ, et en particulier celle de l'expression « caractère d'utilité publique », qui apparaît dans cet article, est une question de droit. Le point de savoir si l'Office a le pouvoir de tenir compte des effets environnementaux, au Canada, de la centrale électrique est lui aussi une question de droit. L'avocat de SE2 dit que la décision de l'Office concernant ces deux aspects doit être revue selon la norme de la décision correcte. Nous partageons son avis.

[9] Quant à la norme de contrôle applicable à la décision de l'Office relative à la question du « caractère d'utilité publique », nous relevons que le législateur fédéral oblige l'Office à établir par lui-même les facteurs dont il tiendra compte pour se convaincre du

and will be required by the present and future public convenience and necessity”. Section 58.16 provides that the Board must “have regard to all the factors it considers relevant”. Given the broad and permissive language of section 58.16, the nature of the Board as a specialized tribunal, and the intensely factual nature of the Board’s inquiry into matters covered by section 58.16, which lie at the heart of the Board’s expertise, Parliament could not have intended the Court to intervene lightly with the Board’s determination as to what it considers relevant. In our view, the standard of review on that point is more deferential than correctness. As will be seen, we need not decide for the purposes of this appeal whether the standard is reasonableness or whether the Board is entitled to the broader degree of deference for which the patent unreasonableness standard calls.

1st Issue—Jurisdiction

[10] According to SE2, the Board did not have the jurisdiction under the NEB Act to consider the potential environmental effects in Canada of the U.S. power plant. It refers in this respect to the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (CEAA), a statute which is *in pari materia* with the NEB Act, and submits that the NEB Act should be construed the same way.

[11] In particular, SE2 argues that the Board having found that, under the CEAA, it did not have the jurisdiction to consider environmental effects whose source is outside Canada, it was bound to hold that its jurisdiction was limited in the same manner under the NEB Act.

[12] We respectfully disagree. As the Board explained in its reasons, its ability to enforce its orders can serve to delineate the extent of the jurisdiction granted to it by Parliament. Under the CEAA, the Board would be unable to enforce any mitigation measure within the U.S. as its decision would have no binding effect outside Canada. It is unlikely that Parliament intended the Board to have jurisdiction to make orders which it cannot enforce.

« caractère d’utilité publique, tant pour le présent que pour le futur » d’une ligne internationale. L’article 58.16 prévoit que l’Office « tient compte de tous les facteurs qu’il estime pertinents ». Vu la formulation large et souple de l’article 58.16, le degré de spécialisation de l’Office, enfin le caractère éminemment factuel de l’enquête menée par l’Office sur les aspects dont parle la disposition, des aspects qui intéressent intimement la spécialisation de l’Office, le législateur n’a pas pu vouloir que la Cour intervienne à la légère dans l’appréciation de ce qui, aux yeux de l’Office, est un facteur pertinent. À notre avis, la norme de contrôle en la matière appelle une retenue plus grande que celle de la décision correcte. Comme nous le verrons, nous n’avons pas à décider, aux fins du présent appel, si la norme est celle de la décision raisonnable ou si l’Office a droit à la retenue encore plus grande dont il faut faire preuve quand la décision manifestement déraisonnable est la norme applicable.

Point n° 1—Pouvoirs de l’Office

[10] SE2 dit que l’Office n’avait pas le pouvoir, selon la Loi sur l’ONÉ, de tenir compte des effets environnementaux potentiels, au Canada, de la centrale électrique américaine. SE2 se réfère ici à la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (la LCÉE), un texte *in pari materia* que la Loi sur l’ONÉ, et elle dit que la Loi sur l’ONÉ devrait être interprétée de la même manière.

[11] Plus précisément, selon SE2, puisque l’Office a estimé que, selon la LCÉE, il n’avait pas le pouvoir de tenir compte des effets environnementaux dont la source se trouve à l’extérieur du Canada, il devait nécessairement dire que son pouvoir était pareillement limité selon la Loi sur l’ONÉ.

[12] Malheureusement, nous ne partageons pas ce point de vue. Ainsi que l’Office l’expliquait dans ses motifs, son aptitude à donner effet à ses ordonnances peut servir à circonscrire les pouvoirs que lui a conférés le législateur. S’agissant de la LCÉE, il serait impossible à l’Office de donner effet à une mesure d’atténuation aux États-Unis puisque sa décision n’aurait aucun effet contraignant en dehors du Canada. Il est improbable que le législateur voulait que l’Office ait le pouvoir de

[13] In contrast, the decision in issue shows that in disposing of SE2's application under the NEB Act, the Board did have the ability to mitigate or negate the negative environmental impact in Canada resulting from the power plant in the U.S., if it was of the view that this consideration tilted the scales against the issuance of the Certificate. Under subsections 58.16(1) and (2) of the NEB Act, the Board had to be satisfied that the IPL "is and will be required by the present and future public convenience and necessity" and, in doing so, was to have regard "to all considerations that appear to it to be relevant". The Board identified the negative environmental impact in Canada stemming from the plant in the U.S. as a relevant consideration. After weighing the benefits and adverse effects, the Board decided that the IPL did not meet the test of "public convenience and necessity", and proceeded to deny the Certificate.

[14] That is the context in which the Board held that it had the jurisdiction to consider the environmental impact in Canada of the power plant in the U.S. under the NEB Act, but not under the CEAA. In our view, no error can be attributed to the Board in this regard.

[15] SE2 further submits that, in finding that it had the requisite jurisdiction, the Board departed from its earlier decision in *In the Matter of CanStates Gas Marketing; Chevron Canada Resources Limited; Renaissance Energy Ltd.; Western Gas Marketing Limited*, (November 1994), GH-3-94 (N.E.B.) (*CanStates*), where the Board held that it had no jurisdiction under the NEB Act to consider the environmental effects in Canada stemming from facilities in the U.S.

[16] The Board distinguished *CanStates*. It first noted, at pages 137-138 that:

At issue were the greenhouse gas emissions that would result from the combustion of the gas by the power plant and the impact of those emissions on the global commons. The Board

rendre des ordonnances sans avoir la capacité de les faire exécuter.

[13] En revanche, la décision en cause montre que, lorsqu'il a statué sur la demande présentée par SE2 en vertu de la Loi sur l'ONÉ, l'Office avait bien la capacité d'atténuer ou de neutraliser les effets environnementaux négatifs au Canada résultant de la centrale électrique aux États-Unis, s'il était d'avis que ce facteur militait contre la délivrance du certificat. Selon les paragraphes 58.16(1) et (2) de la Loi sur l'ONÉ, l'Office devait être persuadé du « caractère d'utilité publique » de la ligne internationale, « tant pour le présent que pour le futur », et devait donc tenir compte « de tous les facteurs qu'il estim[ait] pertinents ». L'Office a considéré comme un facteur pertinent les effets environnementaux négatifs, au Canada, produits par la centrale aux États-Unis. Après avoir apprécié les aspects tant favorables que défavorables, l'Office a décidé que la ligne internationale ne présentait pas un « caractère d'utilité publique » et a donc refusé de délivrer le certificat.

[14] C'est là le contexte dans lequel l'Office a estimé qu'il avait le pouvoir, selon la Loi sur l'ONÉ, mais non selon la LCÉE, de tenir compte des effets environnementaux, au Canada, de la centrale électrique qui aurait été située aux États-Unis. À notre avis, aucune erreur ne peut ici être imputée à l'Office.

[15] SE2 affirme aussi que, en disant qu'il avait la compétence requise, l'Office s'est écarté de sa décision antérieure, rendue dans l'affaire *Relativement à CanStates Gas Marketing; Chevron Canada Resources Limited; Renaissance Energy Ltd.; Western Gas Marketing Limited*, (novembre 1994), GH-3-94 (O.N.É.) (l'affaire *CanStates*), où il avait jugé qu'il n'avait pas le pouvoir selon la Loi sur l'ONÉ de tenir compte des effets environnementaux entraînés au Canada par des installations situées aux États-Unis.

[16] L'Office a cru devoir distinguer sa décision *CanStates* de la présente affaire. Il a d'abord relevé ce qui suit, à la page 151 :

La question en litige dans cette affaire était les émissions de gaz à effet de serre résultant de la combustion du gaz à la centrale électrique et leur incidence sur le patrimoine naturel

considered the narrower issue of whether it had jurisdiction to consider the environmental effects on federal areas of jurisdiction of the end use of the gas in the U.S.

The Board first examined its jurisdiction under the EARPGO, which has now been replaced by the CEA Act. It found that the only reference to matters outside of Canada in the EARPGO was a provision allowing the review of the environmental effects that moved from Canada to another nation. There was no explicit direction to consider effects that migrated into Canada. The Board stated that, if Parliament had intended the Board to consider environmental effects migrating into Canada, it would have done so explicitly. It therefore concluded that there was neither explicit nor implicit authority under the EARPGO to consider these effects.

The Board went on to note that the NEB Act did not establish any explicit jurisdiction to look at environmental effects from outside Canada. The Board stated therefore that it reached the same conclusion on the NEB Act as it reached on the EARPGO.

[17] The Board then explained that in *CanStates*, it was dealing with a different factual situation, at page 138:

In *CanStates* the Board did not examine the connection that existed between the gas export licence and the environmental effects migrating into Canada and did not examine whether a direct connection would render those effects relevant to its considerations. Although the Board, for the purpose of its analysis in that case, considered the effects on areas of federal jurisdiction, the real issue was greenhouse emissions that have world-wide rather than local effects.

In this case, the close connection between the Power Plant and the IPL is recognized by the Board. In addition, the concerns raised by intervenors are specific to environmental effects such as those that may affect air quality within their local communities rather than effects on the more amorphous global commons.

[18] The Board went on to explain its identification of the close connection and why it had, as a result of that connection, the jurisdiction to consider the environmental impact in this case, at pages 140-141:

mondial. L'Office s'est penché sur la question plus limitée de savoir s'il avait compétence pour examiner les effets environnementaux, dans des domaines de compétence fédérale, de l'utilisation ultime du gaz aux États-Unis.

L'Office a examiné tout d'abord le champ de compétence que lui conférait le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (DLDPÉEE)*, qui a maintenant été remplacé par la LCÉE. La seule mention qu'il y ait trouvée au sujet d'événements survenant à l'étranger était une disposition autorisant l'examen d'effets environnementaux qui se déplacent du Canada vers d'autres nations. Il n'y avait aucune instruction explicite concernant l'examen d'effets qui migrent au Canada. L'Office a alors déclaré que, si le législateur avait voulu qu'il examine des effets environnementaux qui migrent au Canada, il l'aurait prévu de façon explicite. L'Office a donc conclu que le DLDPÉEE ne lui accordait pas, implicitement ou explicitement, le pouvoir de tenir compte de ces effets.

L'Office a ensuite noté que la Loi sur l'ONÉ n'accordait pas un pouvoir explicite d'examiner des effets environnementaux provenant de l'extérieur du Canada. Il a déclaré qu'il en arrivait, dans le cas de cette loi, à la même conclusion que celle à laquelle il était parvenu au sujet du DLDPÉEE.

[17] Puis l'Office a expliqué que, dans l'affaire *CanStates*, il avait affaire à un contexte factuel différent, à la page 151 :

Dans *CanStates*, l'Office n'avait pas examiné le lien qui existait entre la licence d'exportation de gaz et la migration des effets environnementaux au Canada, ni la question de savoir si l'existence d'un lien direct rendrait ces effets pertinents dans le cadre de ses délibérations. Même si l'Office, pour les besoins de son analyse dans cette cause, avait examiné les effets qui ressortissaient à des domaines de compétence fédérale, ce qui était vraiment en cause dans cette affaire était les émissions de gaz à effet de serre qui ont des effets mondiaux, plutôt que régionaux.

Dans le cas qui nous occupe, l'Office a reconnu le lien étroit qui existe entre la centrale électrique et la LIT [ligne internationale]. De plus, les questions qu'ont soulevées les intervenants se rapportent précisément à des effets environnementaux tels que ceux qui peuvent affecter la qualité de l'air dans leurs collectivités locales, plutôt qu'à des effets sur le patrimoine naturel international, qui sont plus difficiles à cerner.

[18] Il a alors expliqué le lien étroit qu'il avait reconnu, et la raison pour laquelle il avait, de par ce lien, le pouvoir de tenir compte dans la présente affaire des effets environnementaux, à la page 154 :

The Board considers that the Power Plant and the IPL are interlinked. Without the Power Plant there would be no need for the IPL. If the IPL were not built, the Power Plant might not proceed. The IPL would have no other function than to transmit all of the electrical output of the Power Plant. The two undertakings would in fact be components of a single enterprise. Any benefits or burdens that would arise from the IPL itself are clearly relevant considerations in determining the Canadian public interest. In the Board's view, any burdens (as well as benefits) that might be felt in Canada from the Power Plant are directly linked to the IPL and are, therefore, similarly relevant. Accordingly, the Board has concluded that it has the authority under the NEB Act to consider the environmental effects in Canada from the Power Plant in Washington, as a matter relevant to its determination of whether the proposed IPL is in the Canadian public interest.

[19] In our view, the Board properly held that the close connection between the power plant and the IPL, coupled with the environmentally sensitive and localized area in Canada which would be impacted by the project, gave rise to a situation with which it had not been confronted in *CanStates*.

[20] SE2 argues that it was not open to the Board to consider the potential effects in Canada of the power plant on the basis that it was "connected" to the power line. According to SE2, this "connectedness test" appears nowhere in the NEB Act, and is a novel "self-created test" (SE2's written notes, paragraph 121).

[21] With respect, in emphasizing this connection, the Board was not purporting to set out a legal test. Rather, it was showing that any burden (as well as benefit) that might be felt in Canada from the power plant was directly linked to the IPL and was, therefore, relevant to the exercise of the Board's discretion in deciding whether to issue the Certificate. In doing so, the Board was merely exercising its authority pursuant to subsection 58.16(2) of the NEB Act to "have regard to all considerations that appear to it to be relevant".

L'Office juge que la centrale électrique et la LIT ont des liens réciproques. La LIT ne serait pas nécessaire s'il n'y avait pas de centrale électrique. Inversement, si la LIT n'était pas construite, il se pourrait que la centrale électrique ne voie pas le jour. La LIT aurait pour toute fonction de transmettre toute l'électricité produite par la centrale. Ces deux entreprises seraient, en fait, des composantes d'une même entreprise. Il est clair que tous les avantages ou inconvénients engendrés par la LIT comme telle sont des considérations pertinentes pour ce qui est de déterminer si la LIT est conforme à l'intérêt public canadien. Selon l'avis de l'Office, tout inconvénient (et avantage) que la centrale électrique pourrait entraîner au Canada est directement lié à la LIT et donc d'égale pertinence. Ainsi, l'Office en conclut qu'il a le pouvoir, en vertu de la Loi sur l'ONÉ, de tenir compte des effets environnementaux que la centrale électrique de l'État de Washington aurait au Canada, en tant que question pertinente à la détermination qu'il doit faire au sujet de la conformité de la LIT proposée à l'intérêt public canadien.

[19] À notre avis, l'Office a valablement jugé que le lien étroit entre la centrale électrique et la ligne internationale, ce à quoi s'ajoutait la région au Canada sur laquelle le projet aurait des répercussions, une région circonscrite et sensible sur le plan environnemental, donnait lieu à une situation avec laquelle il n'avait pas été amené à composer dans l'affaire *CanStates*.

[20] SE2 affirme qu'il n'appartenait pas à l'Office de tenir compte des effets potentiels, au Canada, de la centrale électrique au motif qu'elle était « liée » à la ligne de transport d'électricité. Selon SE2, ce « critère du lien » n'apparaît nulle part dans la Loi sur l'ONÉ, et il s'agit d'un « critère autogénéré » qui est sans précédent (notes écrites de SE2, paragraphe 121).

[21] À notre humble avis, en mettant l'accent sur ce lien, l'Office ne prétendait pas énoncer un critère juridique. Il montrait plutôt que tout inconvénient (ainsi que tout avantage) que la centrale électrique pourrait entraîner au Canada était directement lié à la ligne internationale et qu'il intéressait donc l'exercice, par l'Office, de son pouvoir de décider s'il convenait ou non de délivrer le certificat. Ce faisant, l'Office exerçait simplement le pouvoir qui lui était conféré par le paragraphe 58.16(2) de la Loi sur l'ONÉ, c'est-à-dire le pouvoir de tenir compte « de tous les facteurs qu'il estim[ait] pertinents ».

[22] The Board went on to deal with the argument that express language would be required to give it jurisdiction to consider the effects in Canada of the power plant in the U.S. The Board referred to *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, in which it had taken into consideration matters that previously had been specifically included in the NEB Act, but which had been removed by Parliament. The Supreme Court confirmed that the Board's authority to consider matters that were relevant gave it the power to consider matters that were not specifically set out in the NEB Act.

[23] More on point is the decision of this Court in *Nakina (Township) v. Canadian National Railway Co.* (1986), 69 N.R. 124 (F.C.A.). In that case, the Canadian Transport Commission, through a Committee, held hearings regarding the closing of a railway station in Nakina Township. Nakina presented evidence of the negative effects of the closure on the economy of the region. The Committee decided that it was not entitled to consider these effects since the legislation under which it operated only mentioned technical operation, safety and service. The Court noted that the Committee acknowledged that it was required to have regard for the public interest and stated (page 2):

I find this conclusion startling. The Committee concedes that it must have regard to the public interest. I would have thought that, by definition, the term "public interest" includes the interests of all the affected members of the public. The determination of what is in the public interest involves the weighing and balancing of competing considerations. Some may be given little or no weight; others much. But surely a body charged with deciding in the public interest is "entitled" to consider the effects of what is proposed on all members of the public. To exclude from consideration any class or category of interests which form part of the totality of the general public interest is accordingly, in my view, an error of law justifying the intervention of this Court.

[24] The Court later explained (page 3):

[22] Puis l'Office a ensuite examiné l'argument selon lequel un texte explicite serait nécessaire pour qu'il ait le pouvoir de tenir compte des effets, au Canada, de la centrale électrique située aux États-Unis. L'Office s'est référé à l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'Énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, une affaire où il avait pris en compte des aspects qui auparavant avaient été expressément inclus dans la Loi sur l'ONÉ, mais qui avaient été supprimés par le législateur. La Cour suprême a confirmé que le pouvoir de l'Office de tenir compte des aspects qui étaient pertinents habilitait l'Office à tenir compte d'aspects qui n'étaient pas expressément mentionnés dans la Loi sur l'ONÉ.

[23] Plus à propos est l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Nakina (Canton) c. Cie des chemins de fer nationaux du Canada* (1986), 69 N.R. 124 (C.A.F.). Dans cette affaire, la Commission canadienne des transports, par l'entremise d'un comité, avait tenu des audiences concernant la fermeture d'une gare de chemin de fer située dans le canton de Nakina. Le canton avait produit une preuve montrant les effets négatifs de la fermeture sur l'économie de la région. Le comité avait décidé qu'il n'était pas fondé à tenir compte de ces effets puisque le texte de loi en vertu duquel il exerçait ses fonctions ne mentionnait que l'exploitation technique, la sécurité et le service. La Cour, constatant que le comité reconnaissait qu'il était tenu de prendre en compte l'intérêt public, s'était exprimée ainsi (à la page 2) :

Je trouve une telle conclusion étonnante. Le Comité reconnaît devoir prendre en considération l'intérêt public. L'expression « intérêt public » me semble, par définition, désigner les intérêts de tous les membres du public touchés par une décision. Pour déterminer ce que veut l'intérêt public, il faut apprécier l'importance respective des considérations opposées en jeu. Certaines considérations seront jugées négligeables alors que d'autres paraîtront déterminantes. Il est cependant certain qu'un organisme chargé de prendre une décision dans l'intérêt public est « autorisé » à prendre en considération les effets des changements projetés sur l'ensemble du public. En conséquence, je suis d'avis que le refus de prendre en considération toute classe ou catégorie d'intérêts compris dans l'intérêt public général constitue une erreur de droit appelant l'intervention de la Cour.

[24] La Cour donnait plus loin l'explication suivante (à la page 3) :

While it is true, of course, that the Railway Act gives the Commission special responsibilities in the three areas identified by the Committee, namely, technical operation, safety and service, its power of decision making is by no means limited to a narrow consideration of those matters only. Indeed in some cases the Commission is directed to decide in only the most general terms such as in accordance with the public convenience and necessity. To put the matter another way, while the Commission may have the jurisdiction, in the public interest, to regulate questions of technical operation, safety and service, those fields of jurisdiction do not themselves constitute either a limitation or a definition of what the public interest is, either generally or with regard to any particular case.

[25] The statutory standard referred to in these cases was sufficiently similar to the standard reflected in subsection 58.16(1) to make these comments apposite. In our view, the Board was on solid ground when it concluded that the absence of any specific reference in the NEB Act, or its regulations, to a matter that the Board otherwise considers relevant does not in any way restrict the Board from considering that matter.

[26] Lastly, SE2 argues that in assessing whether it had jurisdiction to consider the effects in Canada of the power plant, the Board should have been mindful of the decision of the EFSEC and the role played by the principles of “international comity”. The suggestion is that this might have led the Board to a different conclusion.

[27] It is not necessary to explore in depth the principles of “international comity” to address this argument (see *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at pages 1095-1096). Suffice it to say that the EFSEC was concerned with the impact of the project from a U.S. perspective, while the Board had to consider the Canadian perspective. Both were seeking to advance their respective public interests, which in this case did not coincide. In that context, the Board was not obliged to defer to the EFSEC or to alter in any way its assessment of the factors which it considered relevant.

S’il est vrai que la *Loi sur les chemins de fer* confie des responsabilités particulières à la Commission en ce qui regarde les trois aspects mentionnés par le Comité, à savoir l’aspect technique et l’aspect sécurité de l’exploitation des chemins de fer ainsi que les services fournis par les compagnies de chemin de fer, la compétence décisionnelle de la Commission ne se trouve aucunement restreinte à une stricte prise en considération de ces seules questions. Au contraire, en certains cas, la Commission ne doit prendre sa décision qu’en fonction de critères très généraux, comme, par exemple, la nécessité et l’utilité publiques. Autrement dit, bien que la Commission puisse être compétente à réglementer, dans l’intérêt public, les questions relatives à l’aspect technique et à la sécurité de l’exploitation des chemins de fer ainsi qu’aux services fournis par les compagnies de chemins de fer, ces champs de compétence ne limitent pas ni ne définissent par eux-mêmes la notion d’intérêt public, que ce soit généralement ou au regard de quelque situation particulière.

[25] La norme légale évoquée dans ces précédents était suffisamment assimilable à la norme établie par le paragraphe 58.16(1) pour rendre ces observations tout à fait à propos. À notre avis, l’Office était parfaitement fondé à dire que l’absence de toute référence expresse, dans la Loi sur l’ONÉ ou dans ses règlements d’application, à un aspect que l’Office juge par ailleurs pertinent n’empêche en aucune façon l’Office de tenir compte de cet aspect.

[26] Finalement, SE2 fait valoir que, lorsque l’Office s’est demandé s’il avait le pouvoir de tenir compte des effets, au Canada, de la centrale électrique, il aurait dû être attentif à la décision de l’EFSEC et au rôle joué par les principes de la « courtoisie internationale ». L’idée de SE2 est que cela aurait pu conduire l’Office à une conclusion autre.

[27] Il n’est pas nécessaire d’explorer en profondeur les principes de la « courtoisie internationale » pour répondre à cet argument (voir l’arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, aux pages 1095 et 1096). Qu’il suffise de dire que l’EFSEC s’était penché sur les effets du projet selon une perspective américaine, tandis que l’Office devait considérer la perspective canadienne. Les deux instances s’employaient à défendre leurs intérêts publics respectifs, qui en l’occurrence ne coïncidaient pas. Dans ce contexte, l’Office n’était pas tenu de s’en remettre à l’EFSEC ou de modifier de quelque façon sa manière de voir les facteurs qu’il jugeait pertinents.

[28] We, therefore, conclude that the Board committed no error when it held that it had jurisdiction to consider the environmental effects in Canada of the power plant in its assessment of the public convenience and necessity.

2nd Issue—Whether the Board applied the wrong test to the determination of the issue of public convenience and necessity

[29] Essentially SE2 submits that the Board applied a test of indispensable necessity to the determination of the question of whether the IPL “is and will be required by the present and future public convenience and necessity”. In other words, it is alleged that the Board applied to SE2’s application for a certificate a more stringent test than the one warranted at law.

[30] In support of its contention, SE2 refers us to the following three very short excerpts of views expressed by the Board, excerpts that it should be pointed out, must be understood in their context:

- (a) Nonetheless, on the evidence provided, the Board is of the view that while these benefits could exist, there are no existing significant reliability or market issues in the SE2 market region to make the capture of these potential benefits imperative; [At page 42; emphasis added.]
- (b) In the Board’s view, the Power Plant is one of many smaller independent power producers vying to enter the market and that the Power Plant would not have an appreciable effect on whether demand is met. [At page 41; emphasis added.]
- (c) The Board is of the view that the benefits of the IPL and Power Plant, even if they were all realized, would not be substantial benefits to Canadians. [At page 96; emphasis added.]

[31] It is in the underlined words that SE2 sees the creation by the Board of a new necessity test, one that is

[28] Nous sommes donc d’avis que l’Office n’a commis aucune erreur lorsque, jugeant du caractère d’utilité publique de la ligne internationale, il a dit qu’il avait le pouvoir de tenir compte des effets environnementaux, au Canada, de la centrale électrique.

Point n° 2—L’Office a-t-il appliqué le mauvais critère pour juger du caractère d’utilité publique de la ligne internationale?

[29] SE2 dit essentiellement que l’Office a appliqué un critère de nécessité indispensable, pour juger du « caractère d’utilité publique [de la ligne internationale], tant pour le présent que pour le futur ». En d’autres termes, SE2 affirme que l’Office a appliqué à sa demande de délivrance d’un certificat un critère plus rigoureux que le critère requis en droit.

[30] Au soutien de sa prétention, SE2 nous renvoie aux trois extraits suivants, très brefs, des vues exprimées par l’Office, extraits qui, il convient de le souligner, doivent être lus dans leur contexte :

- a) Néanmoins, au vu de la preuve produite, l’Office estime que, même si ces avantages pourraient survenir, il n’existe actuellement dans la région de marché de SE2 aucun problème de fiabilité ou problème de marché qui soit important au point qu’il faille absolument mettre à profit ces avantages potentiels; [À la page 45; non souligné dans l’original.]
- b) Selon l’Office, la centrale électrique de SE2 n’est qu’un de plusieurs petits producteurs d’électricité indépendants qui cherchent à s’implanter sur le marché et elle n’aurait pas un effet appréciable sur la mesure où il est satisfait à l’accroissement de la demande. [À la page 44; non souligné dans l’original.]
- c) L’Office trouve que les avantages potentiels de la LIT et de la centrale électrique, même s’ils se matérialisaient tous, ne procureraient pas de retombées importantes aux Canadiens, ni aux collectivités locales et régionales. [À la page 106; non souligné dans l’original.]

[31] C’est dans les mots soulignés que SE2 voit la création, par l’Office, d’un nouveau critère de nécessité,

overly stringent and that, in SE2's submission, will prevent small independent producers from ever entering the market and contributing to the development of energy programs to satisfy the growing demand.

[32] With respect, SE2 misapprehends and misconstrues what the Board is asserting and doing. It is obvious, when these underlined words are placed in their proper context, that the Board is not creating a new public convenience and necessity test or altering the test contained in the NEB Act.

[33] What the Board is doing is simply determining under subsection 58.16(2) of the NEB Act the considerations that are relevant in determining whether a certificate should be issued and, as required under the NEB Act, it is assigning weight to these considerations. The Board is engaged in a balancing of the benefits and burdens resulting from the IPL and the power plant with a view to determining whether the public convenience and necessity test is met.

[34] In the end, after having considered and weighed the various relevant factors, the Board concluded that, "on balance, the burdens of the IPL outweigh the benefits" and that it was "unable to come to the conclusion that the IPL is in the Canadian public interest and is and will be required for the present and future public convenience and necessity" (at page 97). There was evidence to support that conclusion and, contrary to SE2's allegations, we are satisfied that the Board applied the proper test in reaching it.

3rd Issue—Arbitrariness and discrimination

[35] SE2 alleges that the Board erred in law when it stated that the only apparent limit on the exercise of its discretion in identifying relevant factors is good faith (*C.N.R. et al. v. Canada Steamship Lines Ltd. et al.*, [1945] 3 D.L.R. 417 (P.C.)). We agree that the discretion of the Board in this regard may be subject to review on grounds other than a lack of good faith, including a failure to take into account a consideration that it has identified as relevant. However, it bears repeating that the choice of relevant factors is for the Board alone, and the question of the choice of relevant

un critère qui est trop rigoureux, et qui, de l'avis de SE2, empêchera les petits producteurs indépendants de jamais pénétrer le marché et contribuer au développement de programmes énergétiques propres à répondre à une demande croissante.

[32] Malheureusement, SE2 comprend mal et interprète mal ce qu'affirme et ce que fait l'Office. Il saute aux yeux, lorsque les mots soulignés sont placés dans leur contexte propre, que l'Office n'établit pas un nouveau critère du caractère d'utilité publique ni ne modifie le critère contenu dans la Loi sur l'ONÉ.

[33] Ce que fait l'Office, c'est simplement définir, en application du paragraphe 58.16(2) de la Loi sur l'ONÉ, les facteurs dont il tiendra compte pour dire si un certificat sera ou non délivré, puis, ainsi que le requiert la Loi sur l'ONÉ, attribuer une valeur à chacun des facteurs. L'Office procède à une mise en balance des avantages et des inconvénients résultant de la ligne internationale et de la centrale électrique, afin de se convaincre, le cas échéant, du caractère d'utilité publique de la ligne.

[34] En fin de compte, après avoir considéré et apprécié les divers facteurs retenus, l'Office a estimé que, « tout bien pesé, les inconvénients de la LIT l'emportent sur ses avantages » et qu'il était « incapable de conclure que la LIT est conforme à l'intérêt public canadien et qu'elle serait d'utilité publique tant pour le présent que pour le futur » (à la page 107). La preuve autorisait cette conclusion et, contrairement à ce que prétend SE2, nous sommes d'avis que l'Office a appliqué le bon critère pour y parvenir.

Point n° 3—Arbitraire et discrimination

[35] Selon SE2, l'Office a commis une erreur de droit quand il a dit que la seule limite évidente à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans la définition des facteurs pertinents est la bonne foi (*C.N.R. et al. v. Canada Steamship Lines Ltd. et al.*, [1945] 3 D.L.R. 417 (C.P.)). Nous reconnaissons que le pouvoir discrétionnaire de l'Office à cet égard peut être l'objet d'un contrôle sur la base de moyens autres qu'une absence de bonne foi, notamment le fait de ne pas prendre en compte un facteur qu'il a jugé pertinent. Cependant, il importe de rappeler que le choix des

factors is a decision upon which the Court will give the Board considerable deference.

[36] It is common ground that the Board will have made a fatal error of law or jurisdiction if its decision is arbitrary or discriminatory. We agree.

[37] The submissions of SE2 on the issue of arbitrariness are lengthy and detailed. We do not propose to deal with them in the same detail. We did, however, review very closely the portions of the Board's decision criticized by SE2 and the related evidence presented on all sides. That review revealed no irreconcilable inconsistencies in the Board's findings of fact or its conclusions. On the contrary, a fair reading of the Board's reasons discloses that the Board carefully and thoughtfully weighed and balanced a large number of factors it considered relevant, many of which favoured SE2, and many of which did not. We can find no indication that the Board was arbitrary in any respect.

[38] Part of SE2's argument on arbitrariness was based on its assertion that the Board made certain statements for which there was no foundation in the evidence. Much of that argument focussed on the Board's statement of its understanding of the United States Federal Energy Regulatory Commission (FERC) policy of open access and reciprocity (at page 41). We do not accept the argument of SE2 that the Board's appreciation of that issue was flawed by a lack of evidence or an error of law. The Board's expertise in such matters entitled it to express its understanding of the U.S. FERC policy without the intervention of this Court.

[39] SE2 argues that the Board discriminated against it by applying different or novel standards to SE2's application. The record discloses no basis for that argument. On the contrary, the Board's approach seems to us to be based on well-established principles, including those derived from the Board's own jurisprudence, applied to the unique facts of this case.

facteurs pertinents appartient exclusivement à l'Office et que la décision de l'Office en la matière appelle de la part de la Cour une retenue considérable.

[36] Il est admis par les parties que l'Office aura commis une erreur rédhibitoire de droit ou de compétence si sa décision est entachée d'arbitraire ou de discrimination. Nous partageons ce point de vue.

[37] Les conclusions de SE2 sur l'arbitraire dont elle taxe l'Office sont longues et détaillées. Nous n'entendons pas les examiner d'une manière aussi détaillée. Nous avons cependant examiné très attentivement les portions de la décision de l'Office qui sont contestées par SE2, ainsi que les preuves accessoires présentées de part et d'autre. Notre examen n'a pas décelé la présence de contradictions inconciliables dans les conclusions de fait de l'Office ou dans sa décision. Au contraire, une lecture objective des motifs de l'Office révèle que l'Office a apprécié et mis en balance, très consciencieusement, un grand nombre de facteurs qu'il jugeait pertinents, dont certains favorisaient SE2 et d'autres non. Il nous est impossible de taxer l'Office d'arbitraire.

[38] L'argument de SE2 sur le supposé arbitraire de l'Office s'appuie en partie sur l'allégation que l'Office a tenu certains propos qui n'avaient aucun fondement dans la preuve. Une bonne part de cet argument se focalise sur l'interprétation, donnée par l'Office, de la politique de libre accès et de réciprocité suivie par la Federal Energy Regulatory Commission (FERC) des États-Unis (à la page 44). Nous n'acceptons pas l'argument de SE2 selon lequel la manière dont l'Office a évalué cet aspect souffrait d'une absence de preuve ou était entachée d'une erreur de droit. La spécialisation de l'Office en ces matières l'autorisait à donner son interprétation de la politique de la FERC des États-Unis, sans l'intervention de la Cour.

[39] SE2 fait valoir que l'Office a exercé contre elle une discrimination en appliquant à la demande de SE2 des normes différentes ou inédites. Le dossier ne révèle aucun fondement autorisant cet argument. Au contraire, l'approche adoptée par l'Office nous semble fondée sur des principes bien établis, notamment les principes dérivés de la propre jurisprudence de l'Office, appliqués aux circonstances particulières de la présente affaire.

4th Issue—NAFTA

[40] Finally, SE2 argues that the Board's decision is fatally flawed because the Board failed to meet its obligation under section 120.1 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 188; 2001, c. 28, s. 56] of the NEB Act to "give effect to NAFTA". The Board considered NAFTA in the only two contexts in which it was raised, once in relation to its decision on the environmental effects motion, and once in the main decision in the context of a submission by SE2 that it was not open to the Board to use section 58.16 to protect Canadian energy producers from competition from U.S. producers. It appears to us that the Board agreed that its mandate did not permit it to protect any particular producer from competition.

[41] SE2 does not suggest that it or any other party made any submission regarding NAFTA that was disregarded by the Board. The kind of NAFTA analysis that SE2 now suggests that the Board should have undertaken was never suggested to the Board itself. It is difficult to justify intervening in a decision on the basis that the Board failed to deal with something that was not raised in the course of a 30-day hearing, following years of pre-hearing procedures.

[42] Given the specific submissions made to the Board in relation to NAFTA, and the Board's treatment of the issues to which those submissions were directed, we are unable to find any foundation for SE2's argument that the Board failed to give effect to NAFTA as required by section 120.1 of the NEB Act. Nor are we persuaded that there is any aspect of the Board's decision that offends any principle or objective of NAFTA. In that regard, we do not read NAFTA as compelling the Board to exercise its authority under section 58.16 to permit a U.S. energy producer to construct an IPL in Canada that the Board considers not to be justified by the statutory test of public convenience and necessity.

Point n° 4—L'ALÉNA

[40] Finalement, SE2 affirme que la décision de l'Office est fondamentalement viciée parce que l'Office n'a pas rempli son obligation, selon l'article 120.1 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 188; 2001, ch. 28, art. 56] de la Loi sur l'ONÉ, « d'appliquer l'ALÉNA ». L'Office a tenu compte de l'ALÉNA dans les deux seuls contextes où cet instrument a été invoqué, une fois en rapport avec sa décision sur la requête relative aux effets environnementaux, et une fois dans sa décision principale, en marge d'un argument de SE2 selon lequel l'Office n'avait pas le loisir d'appliquer l'article 58.16 pour protéger les producteurs canadiens d'énergie contre la concurrence des producteurs américains d'énergie. Il nous semble que l'Office a reconnu que son mandat ne l'autorisait pas à protéger un quelconque producteur contre la concurrence.

[41] SE2 ne dit pas qu'elle-même ou une autre partie a présenté, au sujet de l'ALÉNA, un argument dont l'Office n'a pas tenu compte. Le genre d'analyse de l'ALÉNA que, selon ce que dit aujourd'hui SE2, l'Office aurait dû faire n'a jamais été suggéré à l'Office lui-même. Il est difficile d'admettre que la Cour puisse réformer une décision de l'Office au motif qu'il n'a pas examiné un point qui n'a pas été soulevé au cours d'une audience de 30 jours, après des années de procédures préalables.

[42] Vu les arguments particuliers présentés à l'Office au regard de l'ALÉNA, et vu la manière dont l'Office a abordé les points sur lesquels portaient lesdits arguments, nous ne voyons nul bien-fondé dans l'argument de SE2 selon lequel l'Office n'a pas donné effet à l'ALÉNA ainsi que le requiert l'article 120.1 de la Loi sur l'ONÉ. Nous ne sommes pas non plus persuadés que tel ou tel aspect de la décision de l'Office enfreigne un principe ou un objectif de l'ALÉNA. Sur ce point, nous ne croyons pas que l'ALÉNA contraigne l'Office à exercer le pouvoir que lui confère l'article 58.16 pour permettre à un producteur d'énergie des États-Unis de construire au Canada une ligne internationale que l'Office estime non justifiée parce qu'il n'est pas convaincu de son caractère d'utilité publique.

CONCLUSION

[43] For these reasons, the appeal will be dismissed with costs to the respondents, except the NEB, which did not ask for costs.

DISPOSITIF

[43] Pour ces motifs, l'appel sera rejeté, avec dépens en faveur des intimés, à l'exception de l'ONÉ, qui n'a pas sollicité l'adjudication de dépens.