

ALBERTA ENVIRONMENTAL APPEALS BOARD

BOARD FILE NUMBER 23-046

APPELLANT BIGHILL CREEK PRESERVATION SOCIETY

RESPONDENTS MOUNTAIN ASH LIMITED PARTNERSHIP and DIRECTOR OF ALBERTA ENVIRONMENT AND PROTECTED AREAS

DOCUMENT **RESPONSE SUBMISSION OF THE APPELLANT ON DIRECTLY AFFECTED AND IN SUPPORT OF AN APPLICATION FOR A STAY UNDER SECTION 97 OF THE ENVIRONMENTAL PROTECTION AND ENHANCEMENT ACT (ALBERTA)**

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT Public Interest Law Clinic
Attn: Shaun Fluker
Rm 4340 Murray Fraser Hall
University of Calgary
2500 University Drive NW
Calgary, AB T2N 1N4
Email: sfluker@ucalgary.ca

Alberta Justice – Environmental Law Section
Attn: Shannon Keehn and Nicole Hartman
8th Floor, Oxbridge Place, 9820 – 106 Street
Edmonton, AB T5K 2J6
Email: Shannon.keehn@gov.ab.ca and Nicole.Hartman@gov.ab.ca
Counsel for the Director

Reynolds Mirth Richards & Farmer LLP
Attn: Shauna Finlay
3200 Manulife Place, 10180 - 101 Street
Edmonton AB T5J 3W8
Email: sfinlay@rmrf.com
Counsel for Mountain Ash Limited Partnership

Other Appellants: To be distributed by the Board

I. INTRODUCTION

1. The following abbreviations are used in this Submission:
 - a. Appellant – Bighill Creek Preservation Society;
 - b. Approval - Approval No. DAUT0012841 dated July 20, 2023 issued by the Director under the *Water Act* authorizing MALP to (1) place, construct, operate, maintain, remove, disturb works, in or on any land, water or water body, (2) maintain, remove or disturb ground, vegetation or other material in or on any land, water or water body and (3) alter flow, direction of flow or level of water, all for the purpose of aggregate extraction at NW-31-026-03-W5, SW-31-026-03-W5 in Rocky View County, Alberta;
 - c. Board - Alberta Environmental Appeals Board;
 - d. Director – Designated Director under the *Water Act*;
 - e. *EPEA* – *Environmental Protection and Enhancement Act*, RSA 2000 c E-12;
 - f. Fennell Report - *Mountain Ash Limited Partnership Summit Gravel Pit: Review of hydrogeology, geochemistry, fish and aquatics, and climate change* (January 2021) 57 pp (attached to the Appellant’s submission dated October 12, 2023);
 - g. MALP – Mountain Ash Limited Partnership;
 - h. *Normtek - Normtek Radiation Services Ltd. v Alberta Environmental Appeals Board*, 2020 ABCA 456;
 - i. Park – Big Hill Springs Provincial Park;
 - j. *Water Act* – *Water Act*, RSA 2000, c W-3.

II. RESPONSE TO THE DIRECTOR

2. The Appellant submits the Director has exceeded its jurisdiction in making substantive arguments on the test for ‘directly affected’ and the Board’s authority to issue a stay of the Approval under *EPEA*.
3. In its *Normtek* decision, the Court of Appeal stated the Director’s participation before the Board should be limited and not merely adopt the submissions of the approval holder.¹
4. The law in Canada is clear that the role of a decision-maker in an appeal of its decision is normally restricted to speaking to jurisdiction and operation under governing legislation, and to making a submission on the applicable standard of review. This is particularly the case where the decision under appeal is opposed, or there is another respondent in the appeal proceedings. A decision-maker who fails to adhere to a restricted role in an appeal of its decision, raises concerns about its impartiality and risks bringing the statutory regime into disrepute.²
5. Alberta courts have specifically stated that the role of the Director in a review of its decision is to be restricted to the statutory regime, jurisdictional issues, and standard of review.³
6. While the Director states it is taking no position on the ‘directly affected’ status of the Appellant or the Appellant’s application for a stay, its submissions for a ‘reasonable application’ of these tests are veiled arguments against the Appellant. In relation to the stay, the Director’s submissions also constitute unlawful bootstrapping of the Approval decision.
7. The Director’s submissions are also duplicative of the arguments submitted by MALP, something the Court of Appeal was highly critical of in *Normtek*.
8. Moreover, the Director has chosen to make substantive arguments against the Appellant in advance of performing its fundamental role in this appeal: produce the Record of Decision.
9. One matter which the Director might have properly addressed even in the absence of producing the Record of Decision, was how the concerns raised by Alberta Environment and Parks in February 2021 concerning the MALP gravel pit and the Park (letter attached to the Appellant’s

¹ *Normtek* at para 47 [TAB A].

² *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44 at paras 41 – 72 [TAB B].

³ *Imperial Oil Limited v. Alberta (Minister of Environment)*, 2003 ABQB 388 at para 14 [TAB C].

written submission filed on October 12, 2023) were considered by the Director. However, the Director's submissions fail to even reference this concern by another government department, even though at paragraph 49 of its submission the Director accuses the Appellant of lacking an evidentiary basis for its claims on the public interest and adverse impact to the Park.

10. The Appellant submits the law requires that the Board strike the Director's submission in its entirety, or alternatively accord no weight to these submissions as they are either duplicative of MALP's submissions or go beyond the proper role of a decision-maker in a review of its decision.

III. RESPONSE TO MALP

11. MALP makes numerous references to determinations made by the Director in its review process that led to the Approval. These can only be tested and assessed by the Appellant and the Board by a review of the Record of Decision. The Director has yet to produce the Record of Decision, and one purpose of an appeal hearing before the Board is to test and assess determinations made by the Director in this matter. Moreover, what the Director did or did not perform in considering the MALP application under the *Water Act* is for the Director to assert as a party to this process, not MALP. Accordingly, the Appellant submits that paragraphs 47, 65, 67, 68, 71, 72, 76, and 92 in the MALP submission should be struck as impermissible hearsay.

12. MALP makes references to public interest standing in its written submission. Nowhere in the Appellant's submission is public interest standing referenced.

13. MALP provides no legal authority to support its argument (at paragraphs 33 to 36 of the MALP submission) that the Board and the Director can apply a different meaning and purpose to 'directly affected' in *EPEA*.

14. MALP fails to adhere to the *Normtek* criteria for 'directly affected'.

15. MALP applies a narrow reading of 'directly affected' that was rejected by the Court of Appeal in *Normtek*, by asserting that the Appellant must demonstrate a proprietary or pecuniary interest of its own, or evidence consistent with standing based on the private interests of its members. Nowhere in *EPEA* are these criteria set out in the legislation, and the *Normtek* decision

directs the Board to eschew this rigid, narrow approach towards determining standing before the Board.

16. The Appellant observes that while MALP takes issue with the Fennell Report, Alberta Environment and Parks referenced the Fennell Report in raising concerns about the MALP gravel pit in 2021 and the potential impacts of the activity on the Park (letter attached to the Appellant's written submission filed on October 12, 2023). The need to deliberate on the conflict or inconsistencies amongst the Director's decision to issue the Approval and these concerns raised by Alberta Environment and Parks, is exactly the sort of scenario for which the appeal process before the Board was designed to address in *EPEA*.

17. The MALP submissions incorrectly hold the Appellant to an onus of establishing conclusively that the Approval will adversely impact the Park. The law requires the Appellant to establish a reasonable possibility of an adverse impact, and the Appellant submits that the materials and submissions properly before this Board demonstrate that it has met this onus.

Respectfully submitted on November 8, 2023.



Shaun Fluker
Counsel for the Appellant

TAB A

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Normtek Radiation Services Ltd v Alberta Environmental Appeal Board, 2020 ABCA 456

Date: 20201211
Docket: 1801-0385-AC
Registry: Calgary

Between:

Normtek Radiation Services Ltd.

Appellant
(Applicant)

- and -

**Alberta Environmental Appeals Board, Secure Energy Services Inc. and Director of
Alberta Environment and Parks**

Respondents
(Respondents)

The Court:

**The Honourable Mr. Justice Brian O’Ferrall
The Honourable Madam Justice Jo’Anne Strekaf
The Honourable Madam Justice Ritu Khullar**

Memorandum of Judgment

Appeal from the Order by
The Honourable Madam Justice J.R. Ashcroft
Dated the 21st day of November, 2018
Filed on the 18th day of December, 2018
(2018 ABQB 911, Docket: 1701 00469)

Normtek. The Director supported Secure Energy's motion to have Normtek's notice of appeal dismissed for lack of standing. We were not provided with a copy of the Director's submission; but we don't believe we were disadvantaged by this omission because much of it was reproduced in Normtek's response to the Director's submissions and in the Board's reasons for decision. The Director's submissions simply mirrored those advanced by Secure Energy.

[43] The Director did not respond to any of the regulatory concerns expressed by Normtek. The Director simply argued that Normtek's concerns were not tied to the environment and were simply due to the fact that Secure Energy was approved to engage in an activity that competed with Normtek. Normtek's main concern, the Director argued, was that the approval would eliminate demand for its decontamination services.

[44] The Director argued that the assertions of potential economic impacts were speculative and hypothetical. The Director argued that Normtek had provided no evidence to support its assertion that the need for decontamination would be eliminated or that the landfill disposal option would be cheaper.

[45] The Director reiterated the lack of geographic proximity and the absence of evidence of any harm to any natural resource which Normtek might use.

[46] The Director did not respond, either in its submission to the Board or in its factum in this appeal, to Normtek's argument that the acceptance limits in the approval did not comply with acceptance limits prescribed in the federal Guidelines for the Management of Naturally Occurring Radioactive Materials or the International Atomic Energy Association Regulations which were referenced in the approval. Nor did the Director respond to Normtek's argument that the acceptance limits in the approval represented a departure from generally accepted best practices.

[47] As an aside, one of the reasons the Director has typically been accorded "party" status on appeals of Director's decisions is that in order to assess the merits of an appeal of a Director's decision, the Environmental Appeal Board needs to understand the approval and the reasons therefor. **But here the Director, who had already ruled that Normtek was not directly affected by Secure Energy's landfill approval application, took a position on Normtek's directly affected status. Whether that was appropriate, we leave for another day, although we note that it also troubled the reviewing judge. If the Director participates in a Board proceeding to determine a would-be appellant's standing, its contribution might appropriately be in the form of a response to the merits of the appellant's appeal, not in the form of an adoption of the position of the approval-holder with respect to the appellant's standing.** Here the Director failed to assist the Board by not addressing the merits of Normtek's claims. Had the Director done so, it might have become apparent whether Normtek was directly affected or not.

TAB B

Ontario Energy Board *Appellant*

v.

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

and

Ontario Education Services Corporation
Intervener

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

2015 SCC 44

File No.: 35506.

2014: December 3; 2015: September 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

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

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

Commission de l'énergie de l'Ontario
Appelante

c.

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

et

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

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

2015 CSC 44

N° du greffe : 35506.

2014 : 3 décembre; 2015 : 25 septembre.

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

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

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

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

IV. Issues

[38] The Board raises two issues on appeal:

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

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

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

V. Analysis

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

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

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

IV. Questions en litige

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

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

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

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

V. Analyse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(*Paccar*, at p. 1016)

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

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

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

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

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

(*Paccar*, p. 1016)

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

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

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

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

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

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

(*Goodis*, at para. 34)

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

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

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

(*Goodis*, par. 34)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) Bootstrapping

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

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

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

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

(2) L’autojustification

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. *Standard of Review*

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

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

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

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

B. *Norme de contrôle*

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

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

TAB C

Imperial Oil Limited v. Alberta (Minister of Environment), 2003 ABQB 388

Date: 20030430
Action No. 0201-15975

IN THE COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL DISTRICT OF CALGARY

BETWEEN:

IMPERIAL OIL LIMITED AND DEVON ESTATES LIMITED

Applicants

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF ALBERTA (AS REPRESENTED BY THE MINISTER OF THE ENVIRONMENT), ALBERTA ENVIRONMENTAL APPEAL BOARD, AND DIRECTOR, ENFORCEMENT AND MONITORING, BOW REGION, REGIONAL SERVICES, ALBERTA ENVIRONMENT

Respondents

- and -

THE CITY OF CALGARY AND LYNNVIEW RIDGE RESIDENT'S ACTION COMMITTEE

Intervenors

REASONS FOR JUDGMENT
of the
HONOURABLE MADAM JUSTICE ROSEMARY E. NATION

=d3ε~ 9

[14] This case, due to the type of legislation and the nature of the dispute, involves the decision making process at all levels: the Director, the Board and the Minister. It requires an approach crafted for its circumstances. As a result, the Director does have standing and the ability to speak to the statutory regime, jurisdictional issues in relation to it and factors that may apply in terms of the standard of review. Although it is not directly his decision that is under review in this case, one cannot review the Minister's decision without reference to the statutory framework, the jurisdiction and decisions taken by the Director and the Board's process through to its recommendations to the Minister.

[15] The Board, as an appeal board, should be restricted to comments about its jurisdiction, the standard of review, and its policies and procedures in general, where those are under attack. It is not to justify the correctness of its recommendations to the Minister or to enter the fray on natural justice issues. It is entitled to explain, for example, whether it sets limits on cross-examination in every case and why.

[16] The Minister, whose decision is directly under review, can likewise make comments on jurisdiction, expertise, the level of review, and if relevant, the general way in which the Minister receives and reviews decisions of the Board.

[17] All levels are restricted from making comments about their respective decisions, in terms of justifying them, or entering the "fray" with Imperial. By way of illustration, in the natural justice issues arising from the Board's hearing, the restrictions on cross-examination in this case or the hearsay evidence by Dr. Friesen should not be discussed in their specifics in the argument by the Board.

[18] In summary then, the three separate bodies - the Director, the Board and the Minister - have standing. The complex legislative regime set out in the *Act* is reviewed below, and is relevant in this decision. Although all three entities may be rooted in the "Crown", the statutory regime gives them each specific powers and roles. Imperial has raised issues about the performance and jurisdiction of all three and has named all three as Respondents. They all have standing but must keep a pragmatic and functional focus on their representations.

ISSUE 2 - THE ADMISSIBILITY OF THE AFFIDAVIT OF MR. DEDESKO

[19] Mr. Dedesko, an employee of Imperial, swore an affidavit on September 23, 2003, which Imperial wished to be evidence before the Court conducting the judicial review. It dealt with communications between the Director and the residents of Lynnview Ridge, and communications between the Director and Imperial around the time the decision of the Minister was made public. Imperial takes the position that this is evidence of the ongoing use of letters after the EPO, much as the September and March Letters were.

[20] The Respondents take the position that this is fresh evidence, and there is no basis for it to be introduced at the judicial review; the review is to be based on the record.

[21] Affidavit evidence is not generally admissible in a judicial review, unless there are certain exceptional circumstances. These depend on the facts of the case, but generally deal with issues where there is a need to demonstrate facts that would be outside of the record.

[22] The affidavit evidence here relates to letters sent to the residents and communication between Imperial and the Director since the EPO and the September and March Letters. As it does not fall within one of the