

74-A-5

74-A-5

Consumers' Association of Canada and Pollution Probe at the University of Toronto (*Applicants*)

L'Association des consommateurs du Canada et Pollution Probe de l'Université de Toronto (*Requérants*)

v.

a

c.

The Hydro-Electric Power Commission of Ontario, and The National Energy Board, and Her Majesty the Queen in right of the Province of Ontario (The Minister of Energy for Ontario) (*Respondents*)

La Commission d'énergie hydro-électrique de l'Ontario, l'Office national de l'énergie et Sa Majesté la Reine du chef de la province de l'Ontario (le ministre de l'Énergie de l'Ontario) (*Intimés*)

[No. 2]

[N°2]

Court of Appeal, Jackett C.J., Pratte and Heald JJ.—Ottawa, March 19, 1974.

c Cour d'appel, le juge en chef Jackett, les juges Pratte et Heald—Ottawa, le 19 mars 1974.

*Practice—Application to set aside decision of National Energy Board—Application for extension of time—Adjournment on same terms as application [No. 1] supra—Federal Court Act, s. 28.*

d *Pratique—Demande d'annulation d'une décision de l'Office national de l'énergie—Demande de prorogation du délai imparti—Ajournement selon les mêmes termes que la demande d'autorisation [N° 1] précitée—Loi sur la Cour fédérale, art. 28.*

*Held*, there was insufficient material before the Board to support an application for extension of time. The Court disposed of the application on the same terms as the application for leave to appeal ([No. 1] *supra*) on the understanding that if it was brought on for oral argument, it would be brought on at the same time as the application for leave to appeal.

e *Arrêt*: le dossier soumis à la Cour est insuffisant et ne peut justifier l'octroi d'un délai supplémentaire. La Cour a jugé que la décision sur cette demande suivrait la décision sur la demande d'autorisation d'interjeter appel ([N° 1] précitée) à condition que, si elle est soumise à un débat oral, ce débat ait lieu en même temps que celui portant sur la demande d'autorisation.

*Aly v. Minister of Manpower and Immigration* [1971] F.C. 540, considered.

*Arrêt examiné: Aly c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration* [1971] C.F. 540.

APPLICATION.

f DEMANDE.

COUNSEL:

AVOCATS:

No one appearing—written application under Rule 324.

Aucune comparution, demande par écrit en vertu de la Règle 324.

SOLICITORS:

g

PROCUREURS:

*Andrew J. Roman*, Ottawa, for applicants.

*Andrew J. Roman*, Ottawa, pour les requérants.

*Weir & Foulds*, Toronto, for The Hydro-Electric Power Commission, respondent.

h

*Weir & Foulds*, Toronto, pour la Commission d'énergie hydro-électrique, intimée.

*F. H. Lamar*, Ottawa, for National Energy Board, respondent.

*F. H. Lamar*, Ottawa, pour l'Office national de l'énergie, intimé.

*Morris Manning*, Toronto, for the Queen in right of Ontario, respondent.

i

*Morris Manning*, Toronto, pour Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario, intimée.

*Deputy Attorney General of Canada* for the Queen in right of Canada.

*Le sous-procureur général du Canada* pour Sa Majesté la Reine du chef du Canada.

JACKETT C.J.—This is an application on behalf of "Consumers' Association of Canada,

j

LE JUGE EN CHEF JACKETT—Il s'agit d'une demande présentée au nom de «l'Association

and Pollution Probe at the University of Toronto” for an order extending the time for a section 28 application “to commence an appeal from the decision of the National Energy Board dated November 1973 to issue licence EL 76, and communicated to the applicants on the 7th day of January 1974”. (In the context the words “to commence an appeal from” must be regarded as being in error for the words “to set aside”.)

The only material filed in support of this application is an affidavit the body of which reads as follows:

I, Michael J. Trebilcock, of the City of Toronto, Province of Ontario, Professor of Law, University of Toronto, make oath and say as follows:

1. I am the Chairman of the Core Committee on Advocacy of the Consumers' Association of Canada and as such have knowledge of the matters herein deposed.

2. Now shown to me and attached as Exhibit “A” to this my Affidavit, is a Press Release of the National Energy Board dated January 3, 1974.

3. The Press Release mentioned in paragraph 2, together with the National Energy Board's Reasons for Decision, entitled “National Energy Board Report to The Governor in Council in the Matter of the Application under The National Energy Board Act of the Hydro-Electric Power Commission of Ontario”, were sent to the intervenors in this matter, the above-mentioned Applicants, by ordinary mail and arrived on the 7th day of January 1974.

4. As Pollution Probe at the University of Toronto has no legal counsel, and would rely on services rendered by counsel for the Consumers' Association of Canada, Pollution Probe was required to wait to file an Originating Notice under section 28 of the *Federal Court Act*, until the decision had been made by the Consumers' Association of Canada to commence an appeal.

5. Counsel for the Consumers' Association of Canada is not authorized to commence an appeal in any proceeding without the approval of the Core Committee, of which I am the Chairman.

6. The Core Committee comprises ten distinguished citizens in all fields including Law, Economics, Civil Liberties and Consumer Affairs, assisted by an Advisory Panel of another 12 members, resident across Canada. Having regard to the time required to contact a sufficient number of the above-mentioned individuals, it was not practicable to convoke a meeting until Wednesday, January 30, 1974.

7. Accordingly, it was impossible in the circumstances to instruct counsel to initiate an action under section 28 of the *Federal Court Act* within ten days from the date the said

des consommateurs du Canada et Pollution Probe de l'Université de Toronto» visant à obtenir une ordonnance accordant un délai supplémentaire pour introduire une demande en vertu de l'article 28 «pour interjeter appel d'une décision de l'Office national de l'énergie, en date de novembre 1973, accordant la licence n° EL-76, et signifiée aux requérants le 7 janvier 1974». (Vu le contexte, il convient de considérer que l'expression «interjeter appel» est erronée et devrait être «demander l'annulation».)

Le seul document soumis à l'appui de cette demande consiste en un affidavit dont la partie essentielle se lit comme suit:

[TRADUCTION] Je, Michael J. Trebilcock, de la ville de Toronto (province de l'Ontario), professeur de droit à l'Université de Toronto, déclare, sous serment:

1. Que je suis président du Comité de la défense du consommateur de l'Association des consommateurs du Canada et qu'en cette qualité, j'ai connaissance des questions sur lesquelles porte cette déposition.

2. On m'a présenté un communiqué de presse de l'Office national de l'énergie, daté du 3 janvier 1974, que je joins à mon affidavit, comme pièce «A».

3. Le communiqué de presse mentionné au paragraphe 2, ainsi que les motifs de la décision de l'Office national de l'énergie intitulée: «Rapport de l'Office national de l'énergie au gouverneur en conseil, concernant une demande faite sous l'empire de la Loi sur l'Office national de l'énergie par la Commission d'énergie hydro-électrique de l'Ontario», ont été envoyés, par courrier ordinaire, aux intervenants dans cette affaire, les requérants susmentionnés, et leur sont parvenus, le 7 janvier 1974.

4. Pollution Probe de l'Université de Toronto n'a pas de conseil juridique et doit donc compter sur les services de l'avocat de l'Association des consommateurs du Canada; c'est pourquoi Pollution Probe a dû attendre, pour déposer un avis introductif d'instance en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, que l'Association des consommateurs du Canada ait pris la décision d'interjeter appel.

5. L'avocat de l'Association des consommateurs du Canada n'est en aucun cas autorisé à introduire un appel sans l'approbation du comité que je préside.

6. Ce comité comprend dix citoyens spécialisés dans tous les domaines y compris le droit, les sciences économiques, les libertés civiles et la consommation, assistés d'un comité consultatif comprenant 12 autres membres, résidant à travers le Canada. Compte tenu du temps nécessaire pour prendre contact avec un nombre suffisant des personnes susmentionnées, il n'était pas possible de convoquer une réunion avant le mercredi 30 janvier 1974.

7. Il était donc impossible, vu les circonstances, de demander à l'avocat d'introduire une action en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* dans les dix jours à compter de la date où ladite décision a été signifiée aux requérants.

decision of the National Energy Board was communicated to the Applicants.

8. This Affidavit is given in support of an application to the Federal Court of Appeal for an extension of time within which to file a section 28 Originating Notice in this matter.

Attached to that affidavit is an exhibit reading as follows:

FOR IMMEDIATE RELEASE

NATIONAL ENERGY BOARD ISSUES POWER EXPORT LICENCE TO  
THE HYDRO-ELECTRIC POWER COMMISSION OF ONTARIO

OTTAWA—3 January, 1974—The Honourable Donald S. Macdonald, Minister of Energy, Mines and Resources, announced today that the National Energy Board, with the approval of the Governor in Council, has issued Licence No. EL-76 to Ontario Hydro, eliminating the circulating equichange clause in previous power export Licence No. EL-33.

The new licence, which terminates on 31 December 1975, removes a net export limit and allows the export of the full licenced gross export of 8,250 gigawatthours per year, as authorized under EL-33. Deliveries must be interrupted or reduced at any time that the power is required to supply firm loads in Canada. Almost all of the electricity to be exported will be generated from imported coal.

In 1965, at the hearing prior to the issuance of EL-33, the evidence indicated that 70 to 80 percent of the energy to be exported was expected to be uncontrolled circulating equichange energy, flowing into the United States on some transmission lines and returning simultaneously to Canada on others. The Board therefore included in EL-33 a clause requiring that the export be conditional upon the continuous return to Canada of stated amounts of circulating equichange transfer. This requirement effectively limited the net export of energy to 3,850 gigawatthours. In practice, the amount of circulating equichange has proved to be substantially less than was forecast and the gross limit of 8,250 gigawatthours has never been reached.

At the public hearing held in Ottawa in October, 1973, a joint intervention was filed by Pollution Probe and the Consumers' Association of Canada. The intervenors' case was, basically, that Ontario Hydro had not taken into account the social costs of the increase in net export. An estimate of these social costs was tabled. The Government of Ontario intervened in support of the application.

The Board found that the intervenors' estimate of about \$8.5 million for social costs was not acceptable as a basis for rejecting the export application because it was based solely on questionable U.S. data and did not consider other factors brought out by Ontario Hydro. The Presiding Member stated that, in his judgment, from the evidence adduced, the social costs were likely to be less than estimated, and less than the profit expected by Ontario Hydro on

8. Le présent affidavit vient appuyer une demande soumise à la Cour d'appel fédérale visant à obtenir un délai supplémentaire pour présenter un avis introductif d'instance dans cette action selon les dispositions de l'article 28.

On trouve, jointe à cet affidavit, une pièce qui se lit comme suit:

POUR DIFFUSION IMMÉDIATE

L'OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE DÉLIVRE UNE LICENCE  
D'EXPORTATION DE FORCE MOTRICE A L'HYDRO-ONTARIO

OTTAWA—le 3 janvier 1974—Le ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, l'honorable Donald S. Macdonald, annonce aujourd'hui que l'Office national de l'énergie, sur approbation du gouverneur en conseil, a délivré la licence n° EL-76 à l'Hydro-Ontario, éliminant ainsi la clause du transfert d'équivalents qui figurait dans l'ancienne licence d'exportation de force motrice n° EL-33.

La nouvelle licence, qui expire le 31 décembre 1975, supprime la limite nette à l'exportation et permet d'exporter le total brut de 8,250 gigawatts-heures par année qui était autorisé en vertu de la licence n° EL-33. Les livraisons devront être interrompues ou diminuées lorsque la puissance sera nécessaire à l'approvisionnement en énergie-primaire au Canada. La plus grande partie de l'électricité à exporter proviendra de houille importée.

En 1965, à l'audition préalable à la délivrance de la licence n° EL-33, il apparaissait clairement que 70 à 80% de l'énergie exportée serait constituée de transferts non contrôlés d'équivalents acheminés vers les États-Unis sur des lignes de transmission et, simultanément, réacheminés vers le Canada sur d'autres. L'Office jugea donc indispensable d'inclure dans la licence n° EL-33 une clause qui stipulait que l'exportation était permise sous réserve du réacheminement continu vers le Canada de quantités déclarées d'équivalents. Cette exigence imposait effectivement une limite maximum implicite à l'exportation nette de 3,850 gigawatts-heures. Dans les faits, les quantités d'équivalents ont été sensiblement moindres que ce que l'on avait prévu, et la limite nette implicite a empêché l'Hydro-Ontario d'exporter la quantité annuelle totale possible de 8,250 gigawatts-heures.

A l'audition publique tenue à Ottawa en octobre 1973, Pollution Probe et l'Association canadienne des consommateurs ont fait une intervention commune. Les intervenants soutenaient notamment que l'Hydro-Ontario n'avait pas tenu compte du coût social de l'augmentation d'exportation nette. Un estimé du coût social a donc été déposé. Le gouvernement de l'Ontario est intervenu en faveur de la demande de licence.

L'Office a jugé que le montant estimatif d'environ \$8.5 millions de dollars au titre du coût social ne constituait pas un motif suffisant pour rejeter la demande de licence d'exportation car il avait été calculé à partir de données contestables provenant des É.-U. et ne prenait pas en considération d'autres éléments fournis par l'Hydro-Ontario. Le président a déclaré qu'à son avis, on pouvait conclure des preuves présentées que le coût social serait inférieur aux

the export. The new licence will expire at the end of 1975 and Ontario Hydro may be expected to return to the Board with a new application within two years. The Board recommends that all concerned use this interval to review fully, the evaluation of social costs.

Section 28(1) gives to this Court jurisdiction to set aside certain decisions and orders made by federal boards, commissions and other tribunals upon any of the grounds therein defined. Section 28(2) requires that a section 28 application be made by the Attorney General of Canada "or any party directly affected by the decision or order" within ten days of the time the decision or order was first communicated to him, which period may be extended.

An extension of the time for a section 28 application is not made unless there is some material before the Court from which the Court can satisfy itself, not only that there is some justification for not bringing the application within the 10 day period, but also

(a) that the order or decision that is the subject matter of the proposed section 28 application is at least arguably within section 28, and

(b) that there is an arguable case for setting aside the order or decision that is the subject matter of the application on one of the grounds envisaged by section 28.

The Court has consistently taken the position that it does not extend the time for making a section 28 application where the application, if made in time, would be struck out under section 52(a) of the *Federal Court Act*.

There is no material before the Court in support of this application on which the Court can satisfy itself on either of these heads.

There is a concurrent application for leave to appeal from the same decision under section 18 of the *National Energy Board Act*, in which application the same applicants are being given an opportunity to bring the matter on for oral argument. If leave to appeal is granted on that

prévisions estimatives et au profit que l'Hydro-Ontario escomptait retirer de l'exportation. La nouvelle licence expirera à la fin de 1975 et l'on peut s'attendre à ce que l'Hydro-Ontario présente dans les deux ans une nouvelle demande à l'Office. L'Office recommande que tout intéressé examine à fond la question du montant du coût social pendant cette période.

L'article 28(1) donne à la Cour la compétence pour annuler certaines décisions ou ordonnances rendues par tout office, commission ou autre tribunal fédéral, en se fondant sur un des motifs énoncés dans ledit article. L'article 28(2) dispose qu'une demande présentée en vertu de l'article 28 peut l'être par le procureur général du Canada «ou toute partie directement affectée par la décision ou ordonnance», dans les 10 jours qui suivent la première communication de cette décision ou ordonnance, ce délai pouvant être prorogé.

On n'accordera un délai supplémentaire pour présenter une demande en vertu de l'article 28 que si certains éléments du dossier soumis à la Cour permettent à cette dernière de s'assurer que non seulement le défaut de faire la demande dans le délai de 10 jours est justifié, mais aussi que

a) l'on peut au moins soutenir que l'ordonnance ou décision faisant l'objet de la demande que l'on se propose de présenter en vertu de l'article 28, relève dudit article, et

b) que l'on peut soutenir qu'il existe une cause d'annulation de l'ordonnance ou décision, faisant l'objet de la demande, fondée sur l'un des motifs prévus à l'article 28.

La Cour a invariablement décidé de ne pas accorder de délai supplémentaire pour présenter une demande en vertu de l'article 28 lorsque cette demande, si elle avait été présentée à temps, aurait été radiée en vertu de l'article 52a) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Rien dans le dossier soumis à la Cour à l'appui de cette demande ne lui permet de s'assurer qu'une de ces conditions est remplie.

Une demande d'autorisation d'interjeter appel de cette même décision a été présentée concurrentement en vertu de l'article 18 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, et l'on a accordé aux mêmes requérants la possibilité de soumettre l'affaire à un débat oral. Si l'on accorde,

application, it may be that there should be an extension of time for a section 28 application based on the material filed in support of the application for leave. Compare *Aly v. Minister of Manpower and Immigration*.<sup>1</sup> I propose, therefore, that this application be disposed of on the same terms as the application for leave to appeal and on the understanding that, if it be brought on for oral argument, it be brought on at the same time as the application for leave to appeal.

\* \* \*

PRATTE J.—I agree with the order proposed by the Chief Justice.

\* \* \*

HEALD J.—I also agree with the order proposed by the Chief Justice.

dans ce cas, l'autorisation d'interjeter appel, il se peut que le dossier versé à l'appui de cette demande d'autorisation justifie l'octroi d'un délai supplémentaire pour présenter une demande en vertu de l'article 28. Comparez avec l'arrêt *Aly c. Le ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*.<sup>1</sup> Je propose donc que la décision sur cette demande suive la décision concernant l'autorisation d'interjeter appel, à condition que, si elle est soumise à un débat oral, ce débat ait lieu en même temps que celui portant sur la demande d'autorisation d'interjeter appel.

\* \* \*

c LE JUGE PRATTE—Je souscris à l'ordonnance proposée par le juge en chef.

\* \* \*

d LE JUGE HEALD—Je souscris aussi à l'ordonnance proposée par le juge en chef.

<sup>1</sup> [1971] F.C. 540.

<sup>1</sup> [1971] C.F. 540.