

ANNEXE 6

Vernon Joseph Smith *Appellant*

v.

Alliance Pipeline Ltd. *Respondent*

and

Arbitration Committee, appointed pursuant to the National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, Part V *Intervener*

INDEXED AS: SMITH v. ALLIANCE PIPELINE LTD.

2011 SCC 7

File No.: 33203.

2010: October 5; 2011: February 11.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Land expropriated by pipeline company pursuant to agreement — Expropriated party not fully compensated and Pipeline Arbitration Committee appointed pursuant to National Energy Board Act — Queen's Bench action commenced by company and then discontinued — First committee aborted and a second committee appointed — Second committee awarding costs for proceedings before both committees and for court action — Whether standard of reasonableness applicable to second committee's decision on costs — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 75, 99(1).

Administrative law — Boards and Tribunals — Jurisdiction — Costs — Land expropriated by pipeline company pursuant to agreement — Expropriated party not fully compensated and Pipeline Arbitration Committee appointed pursuant to National Energy Board Act — Queen's Bench action commenced by company and then discontinued — First committee aborted and a second committee appointed — Second committee awarding costs for proceedings before both committees and for

Vernon Joseph Smith *Appelant*

c.

Alliance Pipeline Ltd. *Intimée*

et

Comité d'arbitrage, nommé en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, ch. N-7, partie V *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : SMITH c. ALLIANCE PIPELINE LTD.

2011 CSC 7

N° du greffe : 33203.

2010 : 5 octobre; 2011 : 11 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Expropriation d'un terrain par une compagnie de pipeline aux termes d'un contrat — Indemnisation partielle de la partie expropriée et constitution d'un comité d'arbitrage sur les pipelines en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Action intentée devant la Cour du Banc de la Reine puis retirée par la compagnie — Dissolution du premier comité et constitution d'un second comité — Octroi par le second comité des frais afférents aux instances devant les deux comités et des dépens relatifs à l'action devant la cour — La norme de la décision raisonnable s'applique-t-elle à la décision du second comité sur les frais et dépens? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, ch. N-7, art. 75, 99(1).

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Frais et dépens — Expropriation d'un terrain par une compagnie de pipeline aux termes d'un contrat — Indemnisation partielle de la partie expropriée et constitution d'un comité d'arbitrage sur les pipelines en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie — Action intentée devant la Cour du Banc de la Reine puis retirée par la compagnie — Dissolution du premier comité et constitution d'un second

court action — Whether tribunal having jurisdiction to order such costs — National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 75, 99(1).

In 1998, the respondent, A, obtained approval from the National Energy Board to build a pipeline that would cross the farmland of S. A completed the pipeline in 1999, but failed to perform the agreed-upon reclamation work on the easement the following spring. S proceeded to do so on his own. A offered to pay only part of the invoice submitted by S. S filed a Notice of Arbitration, and a hearing took place before the first Pipeline Arbitration Committee. Before a decision was rendered, A decided to perform maintenance work on its easement and asked S for permission to use a portion of his private property that lay outside the company's right-of-way. S asked for prior compensation before giving his approval, and in response, A instituted proceedings before the Alberta Court of Queen's Bench seeking, among other things, unhindered access to S's land and an order that the first committee not render its decision until the Queen's Bench action was resolved. A eventually discontinued its action and ultimately paid less than one quarter of the fees and disbursements S had by then incurred in defending the action. Meanwhile, the arbitration proceedings failed to get resolved because one of the members of the first Arbitration Committee was elevated to the bench. A second Arbitration Committee was appointed and in his amended Notice of Arbitration, S sought compensation for his reclamation work as well as his costs before the first Arbitration Committee and for \$16,222.57 in solicitor-client costs which was the balance of his legal expenses resulting from the discontinued Queen's Bench action. The second Arbitration Committee awarded him a portion of his costs from the first Arbitration Committee proceedings and the balance of his solicitor-client costs on the action and motion before the Court of Queen's Bench. On appeal by A, the Federal Court concluded that this decision was reasonable but on further appeal, the Federal Court of Appeal concluded that the second Arbitration Committee had erred.

Held: The appeal is allowed and the decision of the second Arbitration Committee is restored with costs to S throughout, on a solicitor-client basis.

comité — Octroi par le second comité des frais afférents aux instances devant les deux comités et des dépens relatifs à l'action devant la cour — Le tribunal administratif est-il habilité à accorder ces frais et dépens? — Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, ch. N-7, art. 75, 99(1).

En 1998, l'intimée, A, a obtenu de l'Office national de l'énergie l'autorisation de construire un pipeline traversant les terres agricoles de S. A a achevé la construction du pipeline en 1999, mais elle a négligé d'exécuter les travaux de bonification qu'elle s'était engagée à réaliser sur l'emprise le printemps suivant. S a effectué lui-même les travaux. A n'a offert de payer qu'une partie des frais établis dans la facture qu'il avait soumise. S a déposé un avis d'arbitrage, et une audience a eu lieu devant le premier comité d'arbitrage sur les pipelines. Avant qu'une décision soit rendue, A a décidé de procéder à des travaux d'entretien sur l'emprise et a demandé à S la permission d'utiliser une parcelle de la propriété privée de ce dernier qui se trouvait à l'extérieur de l'emprise de la compagnie. S a demandé d'être indemnisé avant de donner son accord. En réaction, A a introduit une instance devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta pour réclamer notamment l'accès sans entrave à la terre de S et une ordonnance enjoignant au premier comité de ne pas rendre de décision tant que l'action intentée devant la Cour du Banc de la Reine ne serait pas tranchée. A a fini par se désister de l'action et par payer moins du quart des frais et débours que S avait jusque-là engagés pour contester l'action. Entre-temps, la procédure d'arbitrage s'est enlisée parce qu'un des membres du premier comité avait été nommé juge. Un second comité d'arbitrage a été constitué et, dans son avis d'arbitrage modifié, S a demandé à être indemnisé des travaux de bonification qu'il avait effectués, des frais de l'instance qui s'était déroulée devant le premier comité, ainsi que de 16 222,57 \$ à titre de dépens procureur-client, soit le reste de ses frais de justice à la suite de l'action annulée devant la Cour du Banc de la Reine. Le second comité d'arbitrage lui a accordé une partie de ses frais afférents à l'instance s'étant déroulée devant le premier comité d'arbitrage ainsi que le reste de ses dépens procureur-client relatifs à l'action et à la requête devant la Cour du Banc de la Reine. Lors de l'appel interjeté par A, la Cour fédérale a conclu que cette décision était raisonnable, mais, saisie à son tour d'un appel, la Cour d'appel fédérale a conclu que le second comité d'arbitrage avait commis une erreur.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la décision du second comité d'arbitrage est rétablie avec dépens en faveur de S devant toutes les juridictions sur la base procureur-client.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: Applying the analytical framework of *Dunsmuir*, it is clear that the governing standard of review is reasonableness. The second committee was interpreting its home statute which usually attracts a reasonableness standard of review. Moreover, the committee was interpreting s. 99(1) of the *National Energy Board Act* ("NEBA"), a provision of its home statute regarding awards for costs. Awards for costs are invariably fact-sensitive and generally discretionary. The statutory language involved reflects a legislative intention to vest in arbitration committees sole responsibility for determining the nature and the amount of the costs to be awarded in the disputes they are bound under the NEBA to resolve. In discharging that responsibility, committees must interpret s. 99(1) in order to apply it in accordance with their statutory mandate. These considerations all fall within categories which according to *Dunsmuir* generally attract the standard of reasonableness. Cumulatively considered, they point unmistakably to that standard.

The impugned decision of the second committee satisfies that standard. The second committee reasonably found that it was entitled under s. 99(1) of the NEBA to make the impugned awards on costs. The committee's reasoning in interpreting and applying this provision is coherent. It acknowledged that it had awarded S compensation exceeding eighty-five percent of the amount offered by A, thereby triggering the application of s. 99(1). The reasonableness of the second committee's conclusion that s. 99(1) of the NEBA merits a broad reading accords with the plain words of the provision, its legislative history, its evident purpose, and its statutory context. Moreover, it rests comfortably on the foundational principle of full compensation that animates both the NEBA and expropriation law generally.

It is not open to dispute that S, as a matter of fact, incurred all of the costs he was awarded by the committee. The committee found those costs to have been reasonably incurred. The committee concluded, again reasonably, that S's costs before both arbitration committees and in the Queen's Bench all related to a single claim for compensation in respect of a single expropriation by a single expropriating party.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Il ressort clairement de l'application du cadre analytique énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir* que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Le second comité interprétait sa loi constitutive, ce qui entraîne généralement l'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable. En outre, le comité interprétait le par. 99(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (« LONE »), une disposition de sa loi constitutive portant sur l'adjudication des dépens. Les décisions à cet égard sont invariablement tributaires des faits et ont en règle générale un caractère discrétionnaire. Le texte de la loi concernée traduit la volonté du législateur de confier en exclusivité aux comités d'arbitrage la responsabilité de déterminer la nature et le montant des frais à accorder dans les litiges qu'ils sont tenus de trancher aux termes de la LONE. Lorsqu'ils s'acquittent de cette responsabilité, les comités doivent interpréter le par. 99(1) de manière à l'appliquer conformément au mandat que la loi leur confie. Ces considérations entrent toutes dans des catégories qui, d'après l'arrêt *Dunsmuir*, donnent généralement lieu à l'application de la norme de la raisonabilité. Prises globalement, elles indiquent sans l'ombre d'un doute que c'est bien cette norme qui s'applique.

La décision contestée du second comité satisfait à cette norme. Le second comité a raisonnablement conclu que le par. 99(1) de la LONE l'autorisait à rendre les décisions qu'il a prises au sujet des frais et des dépens et qui sont contestées. Le raisonnement qu'a suivi le comité pour interpréter et appliquer cette disposition est cohérent. Il a reconnu qu'il avait accordé à S une indemnité supérieure à quatre-vingt-cinq pour cent de celle offerte par A, ce qui entraînait l'application du par. 99(1). Le caractère raisonnable de la conclusion du second comité suivant laquelle il convient d'interpréter de façon large le par. 99(1) de la LONE s'accorde avec le libellé explicite de cette disposition, ainsi qu'avec son historique législatif, son objet manifeste et son contexte législatif. Qui plus est, cette interprétation est solidement ancrée dans le principe fondamental de l'indemnisation intégrale, lequel imprègne tant la LONE que le droit de l'expropriation en général.

Il est incontestable que S a effectivement engagé tous les frais que le comité a ordonné à la compagnie de lui payer. Le comité a conclu que ces frais avaient été entraînés par l'exercice du recours. Le comité a jugé, là encore de façon raisonnable, que les frais et les dépens engagés par S — tant devant les comités d'arbitrage que devant la Cour du Banc de la Reine — se rapportaient tous à une seule et même demande d'indemnité portant sur une seule et même expropriation effectuée par une seule et même autorité expropriante.

In allowing the appeal and restoring the second committee's decision, S is also awarded his costs throughout, on a solicitor-client basis. In the context of modern expropriation law, where statutes authorize awards of "all legal, appraisal and other costs", Canadian jurisprudence and doctrine demonstrate that costs on a solicitor-and-client basis should generally be given. Awarding costs on a solicitor-client basis accords well with the object and purpose of the *NEBA*. Only this type of award can indemnify S as best one can for the inordinate amount of money — to say nothing of time — he has had to invest in what should have been an expeditious process. Lastly, S should not be made to bear the costs of what is clearly a test case for A.

Per Deschamps J.: While it is agreed that the proper standard of review in this case is reasonableness and that the decision of the second committee in making the costs award to S satisfied that standard, the same cannot be said for the proposition that an administrative decision-maker's interpretation of its home statute, absent indicia of its particular familiarity with the statute, attracts deference unless the question raised is constitutional, of central importance to the legal system or concerned with demarcating one tribunal's authority from another. On the contrary, principles of administrative law, jurisprudence and commentary support the position that according deference to an administrative decision-maker's interpretation of its home statute is anchored in the need to respect legislative intent to leave these interpretative issues to certain decision-makers when there is good reason to do so. Most of the time, the reason is that the decision-maker possesses expertise or experience that puts it in a better position to interpret its home statute relative to a court. There is no presumption of expertise or experience flowing from the mere fact that an administrative decision-maker is interpreting its enabling statute.

In *Dunsmuir*, various categories of question were articulated based on pre-existing jurisprudence in order to assist in resolving the standard of review. *Dunsmuir* does not, however, recognize a broad home statute category, but rather a category grounded in the relative expertise or experience of the decision-maker. According deference to an administrative decision-maker merely for the reason that it is interpreting its home statute and no constitutional question, centrally important legal question, or question about the limits

La décision faisant droit à l'appel et rétablissant la décision du second comité accorde également à S ses dépens devant toutes les juridictions sur la base procureur-client. Dans le contexte du droit de l'expropriation actuel, où la loi permet d'accorder « tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation », il ressort de la jurisprudence et de la doctrine canadiennes qu'il convient en règle générale d'adjuger les dépens sur la base procureur-client. L'adjudication des dépens sur cette base s'accorde bien avec l'objet de la *LONE*. Seule une décision de ce genre est susceptible d'indemniser S aussi intégralement que faire se peut des sommes considérables — sans parler du temps — que ce dernier a dû consacrer à ce qui aurait dû être une procédure expéditive. Enfin, il ne convient pas d'obliger S à supporter les frais d'une affaire qui constitue manifestement une cause-type pour A.

La juge Deschamps : Certes, nous convenons que la norme de contrôle appropriée en l'espèce est celle de la décision raisonnable et que la décision du second comité accordant à S les frais et dépens satisfaisait à cette norme. Or, il n'en va pas de même de la thèse selon laquelle l'interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive — en l'absence d'indices démontrant que ce dernier possède une connaissance approfondie de cette loi — commande la déférence sauf si la question soulevée est d'ordre constitutionnel, si elle revêt une importance capitale pour le système juridique ou si elle vise à délimiter les compétences respectives de tribunaux administratifs. Au contraire, les principes de droit administratif, la jurisprudence et la doctrine appuient l'argument selon lequel la déférence accordée à l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive repose sur la nécessité de respecter l'intention du législateur de laisser certains décideurs administratifs trancher ces questions d'interprétation lorsqu'il existe une bonne raison de le faire. La plupart du temps, c'est parce que le décideur possède une expertise ou une expérience qui le place dans une meilleure position que les tribunaux judiciaires pour interpréter sa loi constitutive. Aucune présomption au sujet de l'expertise ou de l'expérience ne découle du simple fait qu'un décideur administratif interprète sa loi habilitante.

Dans l'arrêt *Dunsmuir*, diverses catégories de questions ont été dégagées de la jurisprudence pour permettre de déterminer la bonne norme de contrôle. Cependant, *Dunsmuir* reconnaît non pas une vaste catégorie de questions relatives à la loi constitutive, mais plutôt une catégorie fondée sur l'expertise ou l'expérience relative du décideur administratif. Faire preuve de déférence envers un décideur administratif simplement parce qu'il interprète sa loi constitutive et qu'il n'est saisi d'aucune question constitutionnelle ou question revêtant une

of its authority *vis-à-vis* another tribunal is incomplete. Such a position is purely formalistic and loses sight of the rationale for according deference to an interpretation of the home statute that has developed in the jurisprudence: namely, that the legislature has manifested an intent to draw on the relative expertise or experience of the administrative body to resolve the interpretative issues before it. Such intent cannot simply be presumed from the creation of an administrative body by the legislature. Provided that no other category of question for resolving the standard of review is engaged and absent indicia of the decision-maker's familiarity with its home statute, courts should move to the second step of *Dunsmuir* and consider the contextual factors.

In the case at bar, there is no indication that Parliament intended the arbitration committee to have particular familiarity with its home statute, the *NEBA*. Arbitration committees are appointed *ad hoc* under the *NEBA* and while they may include practising lawyers, there is nothing to suggest — in the legislative scheme or otherwise — that they hold any sort of expertise or experience relative to a court when it comes to interpreting the *NEBA*. Though decisions of arbitration committees are subject to review on questions of law or jurisdiction, it is notable that Parliament grants a right of appeal from a committee decision to the Federal Court. In this appeal, deference should be accorded to the second committee, not because it interpreted its home statute, but because it exercised its statutorily conferred discretion to make an award of costs. *Dunsmuir* recognized that for matters of discretion, “deference will usually apply automatically”. This, and not the mere fact that the second committee was interpreting its home statute, militates in favour of according deference.

Cases Cited

By Fish J.

Applied: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Canadian Union of Public*

importance capitale pour le système juridique ou visant à délimiter sa compétence par rapport à celle d'un autre tribunal administratif témoigne d'une démarche incomplète. Cette position purement formaliste fait abstraction de la raison énoncée dans la jurisprudence pour justifier la déférence à l'égard de l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive, à savoir l'intention exprimée par le législateur de s'en remettre à l'expertise ou à l'expérience relative de l'organisme administratif en cause pour résoudre les questions d'interprétation soumises à ce dernier. Cette intention ne peut pas être présumée du seul fait que le législateur a créé l'organisme administratif en question. Si aucune autre catégorie de questions ne permet d'arrêter la norme de contrôle et en l'absence d'indices relatifs à la connaissance que possède le décideur de sa loi constitutive, la cour doit alors passer à la seconde étape de l'analyse établie dans l'arrêt *Dunsmuir* et tenir compte de facteurs contextuels.

En l'espèce, rien n'indique que le législateur requérait que le comité d'arbitrage ait une connaissance approfondie de sa loi constitutive, en l'occurrence la *LONE*. Les comités d'arbitrage sont des comités *ad hoc*, constitués en vertu de la *LONE*, et, bien qu'ils puissent y avoir des avocats en exercice dans leurs rangs, rien — dans le régime établi par la loi ou ailleurs — ne tend à indiquer qu'ils possèdent quelque expertise ou expérience particulière par rapport aux tribunaux judiciaires lorsqu'il s'agit d'interpréter la *LONE*. Bien que les décisions des comités d'arbitrage soient susceptibles de contrôle judiciaire sur une question de droit ou de compétence, il convient de signaler que le législateur a prévu la possibilité d'interjeter appel des décisions des comités devant la Cour fédérale. En l'espèce, il convient de faire montre de déférence envers le second comité, non pas parce qu'il interprétait sa loi constitutive, mais parce qu'il exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *LONE* en matière d'adjudication de frais. Il a été reconnu dans *Dunsmuir* qu'en présence d'une question touchant au pouvoir discrétionnaire « la retenue s'impose habituellement d'emblée ». Ces considérations, et non le simple fait que le second comité interprétait sa loi constitutive, militent en faveur de la déférence en l'espèce.

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêt appliqué : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1

Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp., [1979] 2 S.C.R. 227; *Re Conger Lehigh Coal Co. and City of Toronto*, [1934] O.R. 35; *Diggon-Hibben, Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712; *Irving Oil Co. v. The King*, [1946] S.C.R. 551; *Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32; *Ian MacDonald Library Services Ltd. v. P.Z. Resort Systems Inc.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 273; *Christian & Missionary Alliance v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 3 O.R. (2d) 655; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460; *Campbell River Woodworkers' & Builders' Supply (1966) Ltd. v. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 2004 BCCA 27, 22 B.C.L.R. (4th) 210; *Thoreson v. Alberta (Minister of Infrastructure)*, 2007 ABCA 272, 79 Alta. L.R. (4th) 75; *Town of Mahone Bay v. Lohnes* (1983), 59 N.S.R. (2d) 68, aff'd (1983), 59 N.S.R. (2d) 65; *Lohnes v. Town of Mahone Bay* (1983), 28 L.C.R. 338; *McKean v. Ontario (Ministry of Transportation)* (2008), 94 L.C.R. 185; *Bayview Builder's Supply (1972) Ltd. v. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 1999 BCCA 320, 67 B.C.L.R. (3d) 312; *Holdom v. British Columbia Transit*, 2006 BCCA 488, 58 B.C.L.R. (4th) 207; *Hill v. Nova Scotia (Attorney General)(No. 2)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 767 (S.C.C.); *Foulis v. Robinson* (1978), 92 D.L.R. (3d) 134.

By Deschamps J.

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R.

R.C.S. 3; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Re Conger Lehigh Coal Co. and City of Toronto*, [1934] O.R. 35; *Diggon-Hibben, Ltd. c. The King*, [1949] R.C.S. 712; *Irving Oil Co. c. The King*, [1946] R.C.S. 551; *Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32; *Ian MacDonald Library Services Ltd. c. P.Z. Resort Systems Inc.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 273; *Christian & Missionary Alliance c. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 3 O.R. (2d) 655; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460; *Campbell River Woodworkers' & Builders' Supply (1966) Ltd. c. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 2004 BCCA 27, 22 B.C.L.R. (4th) 210; *Thoreson c. Alberta (Minister of Infrastructure)*, 2007 ABCA 272, 79 Alta. L.R. (4th) 75; *Town of Mahone Bay c. Lohnes* (1983), 59 N.S.R. (2d) 68, conf. par (1983), 59 N.S.R. (2d) 65; *Lohnes c. Town of Mahone Bay* (1983), 28 L.C.R. 338; *McKean c. Ontario (Ministry of Transportation)* (2008), 94 L.C.R. 185; *Bayview Builder's Supply (1972) Ltd. c. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 1999 BCCA 320, 67 B.C.L.R. (3d) 312; *Holdom c. British Columbia Transit*, 2006 BCCA 488, 58 B.C.L.R. (4th) 207; *Hill c. Nova Scotia (Attorney General) (No. 2)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 767 (C.S.C.); *Foulis c. Robinson* (1978), 92 D.L.R. (3d) 134.

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., District 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nolan c.*

678; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the National Energy Board Act, S.C. 1980-81-82-83, c. 80.
Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, r. 601(2)(d)(ii).
Financial Services Commission of Ontario Act, 1997, S.O. 1997, c. 28, ss. 6(4), 7(2).
National Energy Board Act, R.S.C. 1970, c. N-6, s. 75.
National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7, ss. 3, 22(1), 23(1), 75, 99(1), 101.
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, ss. 145 to 184, 186.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 47.

Authors Cited

Boyd, Kenneth J. *Expropriation in Canada: A Practitioner's Guide*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VII, 1st Sess., 32nd Parl., March 6, 1981, p. 8006.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 9. *Expropriation*. Ottawa: Information Canada, 1975.
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
 Jacobs, Laverne. "Developments in Administrative Law: The 2007-2008 Term — The Impact of *Dunsmuir*" (2008), 43 S.C.L.R. (2d) 1.
 Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto: Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 8).
 McLachlin, Beverley. "The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law" (1998), 12 C.J.A.L.P. 171.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
 Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Nadon and Pelletier J.J.A.), 2009 FCA 110, 389 N.R. 363, 42 C.E.L.R. (3d) 1, [2009] F.C.J. No. 407 (QL), 2009 CarswellNat 836,

Kerry (Canada) Inc., 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, règle 601(2)(d)(ii).
Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario, L.O. 1997, ch. 28, art. 6(4), 7(2).
Loi modifiant la Loi sur l'Office national de l'énergie, L.C. 1980-81-82-83, ch. 80.
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1970, ch. N-6, art. 75.
Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, ch. N-7, art. 3, 22(1), 23(1), 75, 99(1), 101.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 47.
Loi sur les chemins de fer, L.R.C. 1970, ch. R-2, art. 145 à 184, 186.

Doctrine citée

Boyd, Kenneth J. *Expropriation in Canada: A Practitioner's Guide*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 1^{re} sess., 32^e lég., 6 mars 1981, p. 8006.
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 9. *L'expropriation*. Ottawa: Information Canada, 1975.
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
 Jacobs, Laverne. « Developments in Administrative Law: The 2007-2008 Term — The Impact of *Dunsmuir* » (2008), 43 S.C.L.R. (2d) 1.
 Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto: Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 8).
 McLachlin, Beverley. « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » (1998), 12 C.J.A.L.P. 171.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
 Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Nadon et Pelletier), 2009 CAF 110, 389 N.R. 363, 42 C.E.L.R. (3d) 1, [2009] A.C.F. n° 407 (QL), 2009 CarswellNat 5476, qui

reversing a decision of O’Keefe J., 2008 FC 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138, 318 F.T.R. 100, [2008] F.C.J. No. 28 (QL), 2008 CarswellNat 35, which upheld a decision of the second Pipeline Arbitration Committee. Appeal allowed.

Richard C. Secord, Meaghan M. Conroy and Yuk-Sing Cheng, for the appellant.

Munaf Mohamed and Jillian Strugnell, for the respondent.

No one appeared for the intervener the Arbitration Committee, appointed pursuant to the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, Part V.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

FISH J. —

I

[1] The seeds of this dispute were sown in a thin layer of manure spread by the appellant on a strip of his land that the respondent was obliged to reclaim.

[2] Pursuant to an expropriation agreement, the respondent had obtained a right-of-way over the land in question. The respondent failed to reclaim the land in a timely manner, as required by the agreement, and refused to fully compensate the appellant for having done so in its stead. The appellant turned to statutorily mandated arbitration for what was meant to assure an expeditious resolution of the dispute.

[3] What ensued was anything but: Two Arbitration Committee hearings, one Court of Queen’s Bench action, one judicial review, one appellate review proceeding, and thousands of dollars later, the appellant has only now reached the end of what should have been a short road to full compensation.

a infirmé une décision du juge O’Keefe, 2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138, 318 F.T.R. 100, [2008] F.C.J. No. 28 (QL), 2008 CarswellNat 1427, qui a confirmé une décision du second comité d’arbitrage sur les pipelines. Pourvoi accueilli.

Richard C. Secord, Meaghan M. Conroy et Yuk-Sing Cheng, pour l’appellant.

Munaf Mohamed et Jillian Strugnell, pour l’intimée.

Personne n’a comparu pour l’intervenant le Comité d’arbitrage, nommé en vertu de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.R.C. 1985, ch. N-7, partie V.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

LE JUGE FISH —

I

[1] Le présent litige a germé dans la mince couche de fumier que l’appellant a épandu sur une bande de terrain lui appartenant, que l’intimée avait l’obligation de bonifier.

[2] L’intimée, qui avait obtenu un droit de passage dans le terrain en question aux termes d’un contrat d’expropriation, a fait défaut de bonifier les sols dans les délais prévus, contrairement à ce que stipulait le contrat, et elle a refusé d’indemniser intégralement l’appellant des travaux de bonification effectués par celui-ci à sa place. Ce dernier a recouru à l’arbitrage prescrit par la loi, procédure censée assurer un règlement expéditif du litige.

[3] Les procédures qui ont suivi ont été tout sauf expéditives : deux audiences de comités d’arbitrage, une action devant la Cour du Banc de la Reine, un contrôle judiciaire et un appel. Après avoir englouti des milliers de dollars, l’appellant termine enfin aujourd’hui ce qui aurait dû être une procédure rapide pour obtenir une indemnisation intégrale.

[4] Proceedings before the first Arbitration Committee were aborted and a second Committee was appointed. The second Committee awarded the appellant the costs he had incurred in asserting his claim before it. In addition, it awarded the appellant most of his costs on the proceedings before the first Arbitration Committee and the costs he had incurred in defending related proceedings instituted by the respondent in the Court of Queen's Bench. These awards were upheld by the Federal Court on judicial review, but set aside by the Federal Court of Appeal.

[5] In my view, the decision of the second Arbitration Committee should be restored. As we shall see, it was subject to intervention on judicial review only if it was found to be unreasonable.

[6] I believe, on the contrary, that the Committee's decision is set out coherently and that its conclusions are entirely consistent with the statutory provisions it was bound to apply, notably ss. 75 and 99(1) of the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7 ("*NEBA*"). Section 75 expresses in statutory form the well-established principle that expropriating parties should be made economically whole "for all damage sustained by them by reason of [the expropriation]". In the same vein, s. 99(1) vests in Arbitration Committees a broad discretion in determining the incidental components of full compensation, which include "all legal, appraisal and other costs determined by the Committee to have been reasonably incurred [by the expropriated party] in asserting that person's claim for compensation".

[7] I see no basis for interfering with the Committee's application of these and other relevant provisions of the *NEBA* to the facts as it found them.

[8] For these reasons, and the reasons that follow, I would therefore allow the appeal and restore the

[4] L'instance introduite devant le premier comité n'a pas abouti. Un second comité a été constitué. Ce comité a accordé à l'appellant les frais entraînés par l'exercice de ce recours. Il lui a également accordé la plus grande partie des frais de l'instance qui s'était déroulée devant le premier comité, ainsi que les dépens qu'il avait engagés pour contester l'instance connexe introduite par l'intimée devant la Cour du Banc de la Reine. Ces décisions ont été confirmées par la Cour fédérale au terme d'un contrôle judiciaire, mais annulées par la suite par la Cour d'appel fédérale.

[5] À mon avis, la décision du second comité devrait être rétablie. Comme nous le verrons, cette décision ne pouvait être révisée dans le cadre d'un contrôle judiciaire que si elle était jugée déraisonnable.

[6] J'estime au contraire que le comité a exposé sa décision de façon cohérente et que ses conclusions sont tout à fait compatibles avec les dispositions législatives qu'il était tenu d'appliquer, notamment l'art. 75 et le par. 99(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, ch. N-7 (« *LONE* »). L'article 75 exprime, sous forme de disposition législative, le principe bien établi de common law suivant lequel les propriétaires expropriés ont le droit d'être indemnisés intégralement « [de tous les] dommages qu'ils ont subis en raison de [l'expropriation] ». Dans le même ordre d'idées, le par. 99(1) confère au comité d'arbitrage un vaste pouvoir discrétionnaire pour déterminer les éléments connexes d'une telle indemnisation, lesquels comprennent « tous les frais [de l'exproprié], notamment de procédure et d'évaluation, que le comité estime avoir été entraînés par l'exercice du recours ».

[7] Je ne vois aucune raison d'intervenir dans l'application, par le comité, des dispositions susmentionnées et des autres dispositions pertinentes de la *LONE* aux faits qu'il a constatés.

[8] Pour les motifs qui précèdent, et pour ceux exposés ci-après, je suis par conséquent d'avis de

Arbitration Committee's award, with costs throughout on a solicitor-client basis.

II

[9] In 1998, the respondent, Alliance Pipeline Ltd. ("Alliance"), obtained approval from the National Energy Board to build a pipeline that would cross the farmland of the appellant. As directed by the NEBA, the parties concluded easement agreements, which provided compensation for the expropriated land. They also signed releases which are not in issue before us.

[10] Alliance completed the pipeline in 1999, but failed to perform the agreed-upon reclamation work on the easement the following spring, as Mr. Smith thought necessary. Mr. Smith thus proceeded to do so on his own. He submitted a \$9,829 invoice to Alliance. Alliance offered to pay only \$2,500.

[11] Mr. Smith filed a Notice of Arbitration in August 2001, pursuant to Part V of the NEBA. A hearing took place on May 6, 2003, before a three-member Pipeline Arbitration Committee (the "First Committee") appointed by the Minister of Natural Resources ("Minister"), and the Committee reserved judgment.

[12] In early June 2003, Alliance decided to perform maintenance work on its easement, pursuant to urgent recommendations of an assessment the company had commissioned a year earlier (but whose conclusions it had previously ignored). In order to access its easement, Alliance asked Mr. Smith for permission to use a 100-foot portion of his private property that lay outside the company's right-of-way. Frustrated by the respondent's unwillingness to pay his previous claim, Mr. Smith asked for prior compensation before giving his approval. During the ensuing disagreement, Mr. Smith expressed his exasperation with Alliance employees in angry and threatening terms. A company land agent notified

faire droit à l'appel et de rétablir la décision du comité d'arbitrage, le tout avec dépens sur la base procureur-client devant toutes les juridictions.

II

[9] En 1998, l'intimée, Alliance Pipeline Ltd. (« Alliance »), a obtenu de l'Office national de l'énergie l'autorisation de construire un pipeline traversant les terres agricoles de l'appellant. Conformément à la LONE, les parties ont conclu des accords prévoyant la constitution de servitudes et le versement d'indemnités à l'égard des terrains expropriés. Elles ont également signé des décharges qui ne sont pas en litige dans le présent pourvoi.

[10] Alliance a achevé la construction du pipeline en 1999, mais elle a négligé d'exécuter les travaux de bonification qu'elle s'était engagée à réaliser sur l'emprise le printemps suivant, comme le jugeait nécessaire M. Smith. Celui-ci a en conséquence effectué lui-même les travaux puis soumis une facture de 9 829 \$ à Alliance. Cette dernière ne lui a offert que 2 500 \$.

[11] En août 2001, M. Smith a déposé un avis d'arbitrage en vertu de la partie V de la LONE. Une audience a eu lieu le 6 mai 2003 devant un comité d'arbitrage sur les pipelines composé de trois personnes (le « premier comité ») qui avait été constitué par le ministre des Ressources naturelles (« ministre »). Le premier comité a mis sa décision en délibéré.

[12] Au début de juin 2003, Alliance a décidé de procéder à des travaux d'entretien d'urgence sur l'emprise, pour donner suite aux recommandations que lui avait faites l'entreprise qu'elle avait chargée d'évaluer l'état des terrains en question l'année précédente (recommandations dont elle n'avait jusque-là pas tenu compte). Pour pouvoir accéder à son emprise, Alliance a demandé à M. Smith la permission d'utiliser une parcelle de 100 pieds de la propriété privée de ce dernier qui se trouvait à l'extérieur de l'emprise de la compagnie. Contrarié par la réticence de l'intimée à payer les frais qu'il lui avait déjà réclamés, M. Smith a demandé d'être indemnisé avant de donner son accord. Au cours

the RCMP, but after speaking with Mr. Smith, the police refused to lay charges.

[13] Alliance then instituted proceedings before the Alberta Court of Queen's Bench. In its statement of claim, Alliance sought; (1) unhindered access to Mr. Smith's land; (2) a declaration that Mr. Smith's compensation claim before the First Committee was precluded by the parties' releases; and (3) an order that the First Committee *not* render its decision until the Queen's Bench action was resolved.

[14] On August 7, 2003, Alliance filed a notice of motion seeking two interim injunctions: one to stay the First Committee proceedings, and another to compel Mr. Smith to give Alliance access to the easement. Madam Justice Nason dismissed Alliance's motion in October 2003 (2003 ABQB 843 (CanLII)) and awarded Mr. Smith party and party costs, which Alliance paid (A.R., vol. III, at pp. 59-62).

[15] Alliance waited a year and a half before discontinuing its Queen's Bench action on March 17, 2005, in respect of which it paid Mr. Smith \$4,565.97 in party and party costs, less than one quarter of the \$20,788.54 in fees and disbursements he had by then incurred in defending the action.

[16] Meanwhile, the arbitration proceedings failed to get resolved. On February 1, 2005, almost two years after the hearing but before any decision was rendered, the parties learned that one of the three members of the First Committee, Mr. John Gill, had been elevated to the bench. The First Committee thereby lost its quorum and the proceedings, in this matter and in 19 companion cases against Alliance, were thereupon aborted.

de la mésentente qui s'en est suivie, M. Smith a exprimé son exaspération envers les employés d'Alliance en tenant des propos coléreux et menaçants à leur endroit. Un agent foncier de la compagnie a prévenu la GRC, mais après avoir parlé à M. Smith, les policiers ont refusé de porter des accusations.

[13] Alliance a alors introduit une instance devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Dans sa déclaration, Alliance réclamait : (1) l'accès sans entrave à la terre de M. Smith; (2) un jugement déclaratoire portant que les décharges signées par les parties rendaient irrecevable la demande d'indemnisation dont M. Smith avait saisi le premier comité; et (3) une ordonnance enjoignant au premier comité de *ne pas* rendre de décision tant que l'action intentée devant la Cour du Banc de la Reine ne serait pas tranchée.

[14] Le 7 août 2003, Alliance a déposé un avis de requête dans lequel elle sollicitait deux injonctions provisoires : une première visant à suspendre la procédure se déroulant devant le premier comité, et une seconde obligeant M. Smith à lui donner accès à l'emprise. La juge Nason a rejeté la requête d'Alliance en octobre 2003 (2003 ABQB 843 (CanLII)) et a adjugé à M. Smith les dépens entre parties, qu'Alliance a payés (d.a., vol. III, p. 59-62).

[15] Alliance a attendu un an et demi, c'est-à-dire jusqu'au 17 mars 2005, avant de se désister de l'action qu'elle avait intentée devant la Cour du Banc de la Reine et à l'égard de laquelle elle a payé 4 565,97 \$ à titre de dépens entre parties à M. Smith, soit moins du quart des 20 788,54 \$ en frais et débours que ce dernier avait jusque-là engagés pour contester l'action.

[16] Entre-temps, la procédure d'arbitrage s'est enlisée. Le 1^{er} février 2005, presque deux ans après l'audience mais avant qu'une décision ne soit rendue, les parties ont appris qu'un des trois membres du premier comité, M. John Gill, venait d'être nommé juge. Le premier comité a ainsi perdu son quorum, et les procédures engagées dans la présente affaire ainsi que dans 19 demandes connexes introduites contre Alliance ont de ce fait pris fin.

[17] The Minister appointed a new Arbitration Committee (the "Second Committee") on August 11, 2005. In his amended Notice of Arbitration, Mr. Smith again sought compensation for his reclamation work. However, he added claims for his costs before the First Committee and for \$16,222.57 in solicitor-client costs — the balance of his legal expenses following Justice Nation's ruling.

III

[18] After a five-day hearing, the Second Committee allowed most of Mr. Smith's claims. It also awarded him a portion of his costs from the First Committee proceedings and the balance of his solicitor-client costs on the action and motion before the Court of Queen's Bench.

[19] On an appeal by Alliance to the Federal Court, pursuant to s. 101 of the *NEBA*, Justice O'Keefe concluded that the Second Committee's award of part of the costs incurred by Mr. Smith before the First Committee was *reasonable*. He also found that since Mr. Smith was forced to defend the action in order to preserve his claim before the Committee, his participation in the action was part and parcel of his claim for compensation pursuant to the *NEBA* and it was equally *reasonable* to award him his costs pursuant to s. 99(1) (2008 FC 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138).

[20] On a further appeal by Alliance to the Federal Court of Appeal, the court concluded that the Second Committee had erred in awarding Mr. Smith his costs before the First Committee and on the Queen's Bench action (2009 FCA 110, 389 N.R. 363). Speaking for the court on this point, Nadon J.A. found it unnecessary to determine whether reasonableness or correctness was the appropriate standard of review, since he would have set aside the Second Committee's

[17] Le ministre a constitué un nouveau comité d'arbitrage (le « second comité ») le 11 août 2005. Dans son avis d'arbitrage modifié, M. Smith a de nouveau demandé à être indemnisé des travaux de bonification qu'il avait effectués. Toutefois, il a également réclamé les frais de l'instance qui s'était déroulée devant le premier comité, ainsi que 16 222,57 \$ à titre de dépens procureur-client — soit le reste de ses frais de justice à la suite de la décision de la juge Nation.

III

[18] Au terme de cinq jours d'audience, le second comité a fait droit à la plupart des prétentions de M. Smith. Il lui a également accordé une partie de ses frais afférents à l'instance s'étant déroulée devant le premier comité ainsi que le reste de ses dépens relatifs à l'action et à la requête devant la Cour du Banc de la Reine, et ce, sur la base procureur-client.

[19] Saisi de l'appel interjeté par Alliance à la Cour fédérale en vertu de l'art. 101 de la *LONE*, le juge O'Keefe a conclu que la décision du second comité d'adjuger une partie des frais engagés par M. Smith devant le premier comité était *raisonnable*. Il a également conclu que, comme M. Smith avait été contraint de se défendre contre l'action en Cour du Banc de la Reine pour protéger la demande qu'il avait soumise au comité, sa participation à cette action en justice faisait partie intégrante de sa demande d'indemnisation fondée sur la *LONE*, et qu'il était également *raisonnable* de lui adjuger les dépens en vertu du par. 99(1) (2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138).

[20] Saisie à son tour d'un appel interjeté par Alliance, la Cour d'appel fédérale a conclu que le second comité avait commis une erreur en adjugeant à M. Smith les frais associés à l'instance qui s'était déroulée devant le premier comité ainsi que les dépens de l'action intentée devant la Cour du Banc de la Reine (2009 CAF 110 (CanLII)). S'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale sur cette question, le juge Nadon a estimé qu'il n'était pas nécessaire de déterminer si la norme de

decision no matter which standard of review he applied.

[21] In short concurring reasons, Justice Pelletier reprimanded Alliance for its delaying tactics. He explained disapprovingly that it was Alliance who asked the First Committee “to refrain from deciding Mr. Smith’s claim until the [action was] completed” (para. 70) and who “effectively stonewall[ed] Mr. Smith by reneging on its earlier position and commencing [an action before the Court of Queen’s Bench]” (para. 72). In his opinion, Alliance could and should have left the issue of the releases to be determined by the First Committee.

IV

[22] The overarching question before the Second Committee was whether “costs” in s. 99(1) of the *NEBA* refers solely to expenses incurred by an expropriated owner in the proceedings before it. On Alliance’s appeal to the Federal Court, the reviewing judge was required to determine, as a threshold question, whether to apply the standard of *correctness* or the less demanding standard of *reasonableness* in scrutinizing the Committee’s decision.

[23] In this context, I think it important to reiterate here that the extensive and formulaic inquiries of the past have now been replaced by the broader and less cumbersome approach set out by the Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[24] Pursuant to *Dunsmuir*:

... the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review. [para. 62]

contrôle appropriée était celle de la décision raisonnable ou celle de la décision correcte, puisqu’il aurait annulé la décision du second comité quelle que soit la norme de contrôle qu’il aurait appliquée.

[21] Dans ses brefs motifs concourants, le juge Pelletier a réprimandé Alliance pour ses tactiques dilatoires. Il a reproché à l’entreprise d’avoir demandé au premier comité « de s’abstenir de statuer sur la demande de M. Smith jusqu’à la conclusion de [l’action] » (par. 70) et d’avoir « fait obstruction à M. Smith en revenant à sa position antérieure et en intentant, comme elle l’a fait, une [action] devant la Cour du Banc de la Reine » (par. 72). À son avis, Alliance aurait pu et aurait dû laisser au premier comité le soin de trancher la question des décharges.

IV

[22] La principale question que devait trancher le second comité était celle de savoir si les « frais » visés au par. 99(1) de la *LONE* ne comprennent que les dépenses engagées par l’exproprié au cours de l’instance se déroulant devant le comité d’arbitrage. Le juge saisi de l’appel interjeté à la Cour fédérale par Alliance devait d’abord déterminer s’il fallait appliquer la norme de la *décision correcte* ou celle, moins exigeante, de la *décision raisonnable* dans son analyse de la décision du comité.

[23] Dans cette optique, je crois qu’il est important de réitérer que les longues analyses du passé, qui reposaient sur des formules toutes faites, ont depuis été remplacées par la démarche plus large et moins lourde exposée par notre Cour dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

[24] Suivant l’arrêt *Dunsmuir* :

... le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle. [par. 62]

Even when resort to these factors is required, it may not be necessary to consider them all (para. 64).

[25] Accordingly, reviewing judges can usefully begin their analysis by determining whether the subject matter of the decision before them for review falls within one of the non-exhaustive categories identified by *Dunsmuir*. Under that approach, the first step will suffice to ascertain the standard of review applicable in this case.

[26] Under *Dunsmuir*, the identified categories are subject to review for either correctness or reasonableness. The standard of correctness governs: (1) a constitutional issue; (2) a question of “general law ‘that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise’” (*Dunsmuir*, at para. 60 citing *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 62); (3) the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals; and (4) a “true question of jurisdiction or *vires*” (paras. 58-61). On the other hand, reasonableness is normally the governing standard where the question: (1) relates to the interpretation of the tribunal’s enabling (or “home”) statute or “statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (para. 54); (2) raises issues of fact, discretion or policy; or (3) involves inextricably intertwined legal and factual issues (paras. 51 and 53-54).

[27] Applying this analytical framework here, I am satisfied that the governing standard of review is reasonableness.

[28] In this case, the Committee was interpreting its home statute. Under *Dunsmuir*, this will usually

Même lorsqu’il faut recourir à ces facteurs, il n’est pas nécessaire de tenir compte de chacun d’entre eux (par. 64).

[25] En conséquence, le juge qui procède au contrôle judiciaire peut utilement commencer son analyse en se demandant si l’objet de la décision soumise à son examen appartient à l’une des catégories mentionnées dans la liste non exhaustive figurant dans l’arrêt *Dunsmuir*. Suivant cette approche, la première étape suffira pour déterminer la norme de contrôle applicable en l’espèce.

[26] Selon l’arrêt *Dunsmuir*, les catégories énumérées ci-après sont susceptibles de contrôle judiciaire soit selon la norme de la décision correcte soit selon celle de la décision raisonnable. La norme de la décision correcte s’applique : (1) aux questions constitutionnelles; (2) aux questions de « droit générales [qui sont] “à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère[s] au domaine d’expertise de l’arbitre” » (*Dunsmuir*, par. 60, citant l’arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 62); (3) aux questions portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents; (4) aux « question[s] touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité » (par. 58-61). En revanche, c’est généralement la norme de la décision raisonnable qui s’applique dans les cas suivants : (1) la question se rapporte à l’interprétation de la loi habilitante (ou « constitutive ») du tribunal administratif ou à « une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (par. 54); (2) la question soulève à son tour des questions touchant les faits, le pouvoir discrétionnaire ou des considérations d’intérêt général; (3) la question soulève des questions de droit et de fait intimement liées (par. 51 et 53-54).

[27] Si j’applique ce cadre analytique au cas qui nous occupe, je suis convaincu que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

[28] En l’espèce, le comité interprétait sa loi constitutive. Suivant l’arrêt *Dunsmuir*, ce facteur

attract a reasonableness standard of review (*ibid.* at para. 54). And nothing in these reasons or in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, recently decided, represents a departure from *Dunsmuir*.

[29] Any doubt whether reasonableness is the applicable standard here can be comfortably resolved by other considerations.

[30] First, the Committee was interpreting s. 99(1) of the *NEBA*, a provision of its home statute regarding awards for costs. Awards for costs are invariably fact-sensitive and generally discretionary.

[31] Second, and more specifically, in fixing the costs that must be paid by expropriating parties, the Committee has been expressly endowed by Parliament with a wide “margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions” (*Dunsmuir*, at para. 47): the only costs that must be awarded under s. 99(1) are those “determined by the Committee to have been reasonably incurred”. This statutory language reflects a legislative intention to vest in Arbitration Committees sole responsibility for determining the nature and the amount of the costs to be awarded in the disputes they are bound under the *NEBA* to resolve.

[32] Third, in discharging that responsibility, Committees must interpret s. 99(1) in order to apply it in accordance with their statutory mandate, a process that will frequently raise “questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues” (*Dunsmuir*, at para. 51).

[33] These considerations all fall within categories which according to *Dunsmuir* generally attract the standard of reasonableness. Cumulatively considered, they point unmistakably to that standard.

entraîne généralement l’application de la norme de contrôle de la décision raisonnable (*ibid.* par. 54). Rien dans les présents motifs ou dans l’arrêt récent *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, ne représente une rupture avec les principes énoncés dans *Dunsmuir*.

[29] Tout doute qui pourrait subsister en l’espèce au sujet de l’applicabilité de la norme de la décision raisonnable peut aisément être résolu par d’autres considérations.

[30] Premièrement, le comité interprétait le par. 99(1) de la *LONE*, une disposition de sa loi constitutive portant sur l’adjudication des dépens. Les décisions à cet égard sont invariablement tributaires des faits et ont en règle générale un caractère discrétionnaire.

[31] Deuxièmement, considération plus particulière, le législateur a expressément laissé au comité une grande marge d’appréciation lui permettant « d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables » lorsqu’il est appelé à fixer les frais que les autorités expropriantes doivent payer (*Dunsmuir*, par. 47). Les seuls frais qui peuvent être accordés en vertu du par. 99(1) sont ceux « que le comité estime avoir été entraînés par l’exercice du recours ». Le texte de la loi traduit la volonté du législateur de confier en exclusivité aux comités d’arbitrage la responsabilité de déterminer la nature et le montant des frais à accorder dans les litiges qu’ils sont tenus de trancher aux termes de la *LONE*.

[32] Troisièmement, lorsqu’ils s’acquittent de cette responsabilité, les comités doivent interpréter le par. 99(1) de manière à l’appliquer conformément au mandat que la loi leur confie, un processus qui soulève fréquemment des questions dans lesquelles « le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés » (*Dunsmuir*, par. 51).

[33] Ces considérations entrent toutes dans des catégories qui, d’après l’arrêt *Dunsmuir*, donnent généralement lieu à l’application de la norme de la raisonabilité. Prises globalement, elles indiquent sans l’ombre d’un doute que c’est bien cette norme qui s’applique.

[34] Conversely, it is clear that this case does not fall within any of the categories which, under *Dunsmuir*, attract a standard of correctness. The Committee's decision involved no constitutional matter or issue of general law "of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise" (para. 60, citing *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62), nor did it purport to draw jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals (*Dunsmuir*, at para. 61).

[35] Alliance nonetheless submits that the decision of the Arbitration Committee is subject to review for correctness on two grounds: first, because it involves a true question of jurisdiction; second, because it raises an issue of law to which deference does not apply.

[36] The jurisdictional ground is without merit. NEBA Arbitration Committees doubtless have "the authority to make the inquiry" whether "costs" under s. 99(1) refer solely to costs incurred in the proceedings before them, a determination that plainly falls within their "statutory grant of power" (*Dunsmuir*, at para. 59). I reiterate in this context the caution that courts should not "brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so" (Dickson J. in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233, cited in *Dunsmuir*, at para. 35).

[37] Characterizing the issue before the reviewing judge as a question of law is of no greater assistance to Alliance, since a tribunal's interpretation of its home statute, the issue here, normally attracts the standard of reasonableness (*Dunsmuir*, at para. 54), except where the question raised is constitutional, of central importance to the legal system, or where it demarcates the tribunal's authority from

[34] À l'inverse, il est évident que la présente affaire n'entre dans aucune des catégories qui, selon l'arrêt *Dunsmuir*, demandent l'application de la norme de la décision correcte. La décision du comité ne portait pas sur une question constitutionnelle ou sur une question de droit générale « d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre » (par. 60, citant l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62), et elle ne prétendait pas délimiter les compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents (*Dunsmuir*, par. 61).

[35] Alliance affirme néanmoins que la décision du comité d'arbitrage est assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte, et ce, pour deux raisons : premièrement, parce qu'elle porte sur une véritable question de compétence; deuxièmement, parce qu'elle soulève une question de droit qui ne commande l'application d'aucune déférence.

[36] L'argument fondé sur la compétence est sans valeur. Les comités d'arbitrage constitués sous le régime de la *LONE* ont incontestablement « la faculté [...] de connaître » de la question de savoir si les « frais » visés au par. 99(1) ne comprennent que les frais faits au cours de l'instance qui se déroule devant eux, décision qui relève nettement des « pouvoirs dont le législateur [les] a investi[s] » (*Dunsmuir*, par. 59). À ce propos, je rappelle la mise en garde invitant les tribunaux judiciaires à « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard » (le juge Dickson, dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 233, citée dans l'arrêt *Dunsmuir*, par. 35).

[37] Qualifier de question de droit la question soumise au juge saisi d'une demande de contrôle judiciaire n'aide pas davantage Alliance, étant donné que l'interprétation qu'un tribunal administratif fait de sa loi constitutive — la question en litige en l'espèce — entraîne en principe l'application de la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir*, par. 54), sauf lorsque la question

that of another specialized tribunal — which in this instance was clearly not the case.

[38] Finally, on this branch of the matter, Alliance argues that adoption of the reasonableness standard would offend the rule of law by insulating from review contradictory decisions by Arbitration Committees as to the proper interpretation of s. 99(1) of the *NEBA*. I am unable to share the respondent's concern. In *Dunsmuir*, the Court stated that questions of law that are not of central importance to the legal system "may be compatible with a reasonableness standard" (para. 55), and added that "[t]here is nothing unprincipled in the fact that some questions of law will be decided on [this] basis" (para. 56; see also *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 71).

[39] Indeed, the standard of reasonableness, even prior to *Dunsmuir*, has always been "based on the idea that there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute" such that "courts ought not to interfere where the tribunal's decision is rationally supported" (*Dunsmuir*, at para. 41).

[40] For the reasons explained, the governing standard in this case was reasonableness, not correctness. And I turn now to consider in this light whether the impugned decision of the Second Committee satisfies that standard.

V

[41] As mentioned at the outset, the decisive issue on this appeal is whether the Second Committee could reasonably find that it was entitled under s. 99(1) of the *NEBA* to make the impugned awards on costs.

soulevée est constitutionnelle, revêt une importance capitale pour le système juridique ou délimite la compétence du tribunal concerné par rapport à celle d'un autre tribunal spécialisé, ce qui n'est de toute évidence pas le cas dans le présent pourvoi.

[38] Sur cet aspect de l'affaire, Alliance soutient enfin que l'adoption de la norme de la décision raisonnable irait à l'encontre du principe de la primauté du droit, en mettant à l'abri du contrôle judiciaire les décisions contradictoires des comités d'arbitrage quant à l'interprétation appropriée du par. 99(1) de la *LONE*. Je ne partage pas les craintes de l'intimée. Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour a affirmé qu'une question de droit qui ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique « peut justifier l'application de la norme de la raisonabilité » (par. 55), ajoutant qu'« [i]l n'y a rien d'incohérent dans le fait de trancher certaines questions de droit [en fonction de cette norme] » (par. 56; voir également l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 71).

[39] D'ailleurs, même avant l'arrêt *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable a toujours « [reposé] sur l'idée qu'une disposition législative peut donner lieu à plus d'une interprétation valable, et un litige, à plus d'une solution », de telle sorte que « la cour de révision doit se garder d'intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel » (*Dunsmuir*, par. 41).

[40] Pour les motifs qui ont été exposés, la norme applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable et non celle de la décision correcte. Je vais maintenant examiner sous cet éclairage la question de savoir si la décision contestée du second comité satisfait à cette norme.

V

[41] Comme je l'ai mentionné au départ, la question décisive dans le présent appel est celle de savoir si le second comité pouvait raisonnablement conclure que le par. 99(1) de la *LONE* l'autorisait à rendre les décisions qu'il a prises au sujet des frais et des dépens et qui sont contestées.

[42] Section 99(1) reads:

99. (1) [Costs] Where the amount of compensation awarded to a person by an Arbitration Committee exceeds eighty-five per cent of the amount of compensation offered by the company, the company shall pay all legal, appraisal and other costs determined by the Committee to have been reasonably incurred by that person in asserting that person's claim for compensation.

[43] The Committee's reasoning in interpreting and applying this provision is coherent. In granting Mr. Smith the disputed costs, it first acknowledged that it had awarded Mr. Smith compensation exceeding eighty-five percent of the amount offered by Alliance, thereby triggering the application of s. 99(1). Having identified a proper source of authority, it then assessed whether Mr. Smith had "reasonably incurred" the costs "in asserting [his] claim for compensation".

[44] The Committee first found that the Court of Queen's Bench action was directly related to Mr. Smith's attempt to obtain compensation from Alliance, concluding that Mr. Smith had therefore incurred these costs reasonably. The Committee's conclusion flows logically from its findings of fact.

[45] Second, the Committee decided that the first panel's loss of a quorum resulted in the nullification of some but not all of the original proceedings. On the one hand, it reasoned that the filings and legal work that retained their relevance during the second proceedings, such as the original Notice of Arbitration and reply, were proper bases for an award of costs. On the other hand, the Committee ruled that each party must absorb the costs of actual appearances before and correspondence with the first panel. The Second Committee's logic in awarding Mr. Smith a portion of the costs he incurred during the first arbitral proceedings is consistent with the record. It is not unreasonable.

[42] Le paragraphe 99(1) dispose :

99. (1) [Frais] Si l'indemnité accordée par le comité d'arbitrage est supérieure à quatre-vingt-cinq pour cent de celle qu'elle offre, la compagnie paie tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation, que le comité estime avoir été entraînés par l'exercice du recours.

[43] Le raisonnement qu'a suivi le comité pour interpréter et appliquer cette disposition est cohérent. Pour octroyer à M. Smith les frais contestés, le comité a tout d'abord reconnu qu'il avait accordé à ce dernier une indemnité supérieure à quatre-vingt-cinq pour cent de celle offerte par Alliance, ce qui entraînait l'application du par. 99(1). Après avoir fait état d'une source l'autorisant effectivement à agir ainsi, le comité s'est ensuite demandé si les frais faits par M. Smith avaient été « entraînés par l'exercice du recours ».

[44] Premièrement, le comité a estimé que l'action introduite devant la Cour du Banc de la Reine se rapportait directement aux démarches entreprises par M. Smith en vue de se faire indemniser par Alliance, et il a en conséquence conclu que les frais engagés par M. Smith à cet égard avaient été entraînés par l'exercice du recours. Cette conclusion du comité découle logiquement de ses constatations de fait.

[45] Deuxièmement, le comité a décidé que la perte de quorum du premier groupe n'avait entraîné que l'annulation partielle de la première instance. D'une part, le comité a expliqué que les actes et autres documents déposés ainsi que le travail juridique accompli jusque-là qui demeuraient pertinents à l'égard de la seconde procédure, par exemple le premier avis d'arbitrage et la première réponse, justifiaient d'accorder des frais à l'appelant. D'autre part, le comité a jugé que chacune des parties devait assumer les frais afférents aux comparutions devant le premier comité et à la correspondance échangée avec ce dernier. Le raisonnement qu'a suivi le second comité pour accorder à M. Smith une partie des frais qu'il avait engagés au cours de la première procédure arbitrale s'accorde avec le dossier, et il n'est pas déraisonnable.

[46] The reasonableness of the Second Committee's conclusion that s. 99(1) of the *NEBA* merits a broad reading accords, in my view, with the plain words of the provision, its legislative history, its evident purpose, and its statutory context. Moreover, it rests comfortably on the foundational principle of full compensation that animates both the *NEBA* and expropriation law generally.

[47] The relevant words of s. 99(1) make it plain that the Committee was thus entitled — indeed bound — to order Alliance to pay Mr. Smith “all legal, appraisal and other costs determined by the Committee to have been reasonably incurred by [Mr. Smith] in asserting [his] claim for compensation”.

[48] It is not open to dispute that Mr. Smith, as a matter of fact, incurred all of the costs he was awarded by the Committee. The Committee found those costs to have been reasonably incurred. As mentioned earlier, the Committee concluded, again reasonably, that Mr. Smith's costs before both Arbitration Committees and in the Queen's Bench all related to *a single claim for compensation* in respect of *a single expropriation by a single expropriating party*. On a plain reading of s. 99(1), it was therefore open to the Committee to find that Mr. Smith was entitled to recover “all [of his] legal, appraisal and other costs” in asserting that claim.

[49] The Committee's decision, moreover, is firmly rooted in the legislative evolution and history of the *NEBA*. In modern times, it is generally accepted that this is a relevant consideration in interpreting legislative intent (see R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 280, 577-78, 587-89 and 599-603). A brief overview of the *NEBA*'s statutory antecedents is not only appropriate, but particularly instructive.

[46] Le caractère raisonnable de la conclusion du second comité suivant laquelle il convient d'interpréter de façon large le par. 99(1) de la *LONE* s'accorde, selon moi, avec le libellé explicite de cette disposition, ainsi qu'avec son historique législatif, son objet manifeste et son contexte législatif. Qui plus est, cette interprétation est solidement ancrée dans le principe fondamental de l'indemnisation intégrale, lequel imprègne tant la *LONE* que le droit de l'expropriation en général.

[47] Il ressort des dispositions pertinentes du par. 99(1) que le comité avait par conséquent le droit — en fait, l'obligation — d'ordonner à Alliance de payer à M. Smith « tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation, que le comité estim[ait] avoir été entraînés par l'exercice du recours [de M. Smith] ».

[48] Il est incontestable que M. Smith a effectivement engagé tous les frais que le comité a ordonné à la compagnie de lui payer. Le comité a conclu que ces frais avaient été entraînés par l'exercice du recours. Comme il a été mentionné précédemment, le comité a jugé, là encore de façon raisonnable, que les frais et les dépens engagés par M. Smith — tant devant les comités d'arbitrage que devant la Cour du Banc de la Reine — se rapportaient tous à *une seule et même demande d'indemnité* portant sur *une seule et même expropriation* effectuée par *une seule et même autorité expropriante*. Il ressort clairement du par. 99(1) qu'il était donc loisible au comité de conclure que M. Smith avait le droit de recouvrer « tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation » entraînés par l'exercice de son recours.

[49] En outre, la décision du comité s'enracine fermement dans l'évolution législative et l'historique de la *LONE*. De nos jours, il est généralement admis qu'il s'agit là d'une considération pertinente pour interpréter l'intention du législateur (voir R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 280, 577-578, 587-589 et 599-603). Il est non seulement approprié, mais également particulièrement instructif, d'effectuer un bref survol des textes qui ont précédé la *LONE*.

[50] The goal of complete indemnification first appeared in the *NEBA* in 1981, when Parliament amended the statute to introduce most of what now constitutes Part V (*An Act to amend the National Energy Board Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 80). Prior to these amendments, ss. 145 to 184 and 186 of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, were imported directly into the *NEBA* (R.S.C. 1970, c. N-6, s. 75). Under those provisions, “[t]he costs of the arbitration” were in the discretion of the arbitrator and could be ordered against either party (*Railway Act*, s. 164(1); see *Re Conger Lehigh Coal Co. and City of Toronto*, [1934] O.R. 35 (H.C.J.), at pp. 43-44).

[51] The 1981 amendments to the *NEBA* were inspired by the Law Reform Commission of Canada’s review, in 1975, of expropriation in the federal context in its Working Paper 9, *Expropriation*. This was expressly acknowledged by the Minister who introduced the amendments. The proposed legislation, he told Parliament, “substantially incorporates all the major recommendations of the Law Reform Commission of Canada expressed in its 1975 working paper” (*House of Commons Debates*, vol. VII, 1st Sess., 32nd Parl., March 6, 1981, at p. 8006).

[52] One of the Commission’s recommendations was that owners not be precluded from receiving the compensation to which they were entitled by the financial burden of litigation. Ideally, said the Commission, expropriated owners should receive “full indemnity for all such costs” (p. 73). It also found that the *Railway Act* regime did not provide adequate compensation because “[b]y a quirk in the law, the word ‘costs’ in the *Railway Act*, as in many other acts, does not mean exactly what it says; it does not mean ‘full costs’” (p. 74).

[50] L’objectif d’indemnisation intégrale est apparu pour la première fois dans la *LONE* en 1981, lorsque le législateur fédéral a modifié celle-ci pour y insérer ce qui correspond maintenant en gros à la partie V (*Loi modifiant la Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.C. 1980-81-82-83, ch. 80). Avant ces modifications, les art. 145 à 184 ainsi que l’art. 186 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2, avaient été intégrés directement à la *LONE* (S.R.C. 1970, ch. N-6, art. 75). Suivant ces dispositions, « [l]es frais de l’arbitrage » étaient fixés de façon discrétionnaire par l’arbitre, qui pouvait condamner l’une ou l’autre partie à les payer (*Loi sur les chemins de fer*, par. 164(1); voir *Re Conger Lehigh Coal Co. and City of Toronto*, [1934] O.R. 35 (H.C.J.), p. 43-44).

[51] Les modifications apportées à la *LONE* en 1981 étaient inspirées des recommandations qu’avaient faites la Commission de réforme du droit du Canada en 1975 au sujet de la question de l’expropriation en contexte fédéral, dans son Document de travail n° 9, *L’expropriation*. Ce fait a d’ailleurs été reconnu expressément par le ministre qui a présenté les modifications. Celui-ci a effectivement déclaré devant le Parlement que les mesures législatives proposées reprenaient « la substance de toutes les recommandations principales que la Commission de réforme du droit du Canada avait formulées en 1975 dans son document de travail » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 1^{re} sess., 32^e lég., 6 mars 1981, p. 8006).

[52] Une des recommandations de la Commission était que les propriétaires ne soient pas empêchés, en raison du coût des procédures, de recevoir l’indemnité à laquelle ils avaient droit. Idéalement, d’affirmer la Commission, les propriétaires expropriés devraient « recevoir une indemnisation totale pour tous les frais de ce genre » (p. 82). La Commission concluait également que le régime prévu par la *Loi sur les chemins de fer* ne prévoyait pas une indemnisation suffisante, parce que « [p]ar un subterfuge de la loi, le mot “frais” dans la *Loi sur les chemins de fer*, comme dans plusieurs autres lois, n’est pas pris dans son acception exacte; il ne signifie pas “tous les frais” » (p. 83).

[53] Today, the principle of full indemnification appears explicitly in s. 75 of the *NEBA*, which provides, as I noted earlier, that a company “shall make full compensation . . . for all damage sustained” by the expropriated owner. Parliament adopted this more comprehensive approach to indemnification by broadening the language of s. 99(1) from “costs of the arbitration” to “all legal, appraisal and other costs determined by the Committee to have been reasonably incurred by that person in asserting that person’s claim for compensation”.

[54] This amendment must be presumed to signify a clear and considered decision by Parliament to allow Arbitration Committees to exercise their full discretion in seeking to make expropriated owners whole (Sullivan, at pp. 579-82), and the historical context validates this presumption.

[55] Moreover, the *NEBA* operates within the broader context of expropriation law, both federal and provincial. As early as 1949, this Court acknowledged the vulnerable position of expropriated owners. In *Diggon-Hibben, Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712, at p. 715, Rand J. (Taschereau J. concurring) stated that no one should be “victimized in loss because of the accident that his land [is] required for public purposes”. In the same case, Estey J., citing with approval the earlier reasons of Rand J. in *Irving Oil Co. v. The King*, [1946] S.C.R. 551, affirmed the right of an expropriated person under the relevant clause “to be made economically whole” (p. 717; see K. J. Boyd, *Expropriation in Canada: A Practitioner’s Guide* (1988), at pp. 144-45).

[56] More recently, in *Toronto Area Transit Operating Authority v. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 S.C.R. 32, at paras. 20-22, Cory J. (speaking for six of the seven-member panel) reaffirmed the principle of full compensation. Dealing there with Ontario’s *Expropriations Act*, R.S.O. 1990, c. E.26, Justice Cory held that the Act, a remedial statute,

[53] De nos jours, le principe de l’indemnisation intégrale est expressément consacré à l’art. 75 de la *LONE*, lequel précise, comme il a été mentionné plus tôt, que la compagnie doit « indemniser pleinement [les expropriés] des dommages qu’ils ont subis ». Le législateur fédéral a retenu cette conception plus exhaustive de l’indemnisation en élargissant la portée du par. 99(1), qui ne parle plus seulement des « frais de l’arbitrage » mais de « tous les frais, notamment de procédure et d’évaluation, que le comité estime avoir été entraînés par l’exercice du recours ».

[54] Il faut présumer que cette modification correspond à une décision claire et mûrement réfléchie du législateur autorisant les comités d’arbitrage à exercer pleinement leur pouvoir discrétionnaire en vue de tenter d’indemniser les propriétaires expropriés (Sullivan, p. 579-582). Le contexte historique confirme d’ailleurs cette hypothèse.

[55] De plus, l’application de la *LONE* s’inscrit dans le contexte plus vaste du droit de l’expropriation, tant fédéral que provincial. Dès 1949, notre Cour a reconnu la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouvent les propriétaires expropriés. Dans l’arrêt *Diggon-Hibben, Ltd. c. The King*, [1949] R.C.S. 712, p. 715, le juge Rand a déclaré (avec l’appui du juge Taschereau) que nul ne devrait être [TRADUCTION] « pénalisé parce que sa propriété [. . .] est expropriée pour cause d’utilité publique ». Dans le même arrêt, le juge Estey a cité, en y souscrivant, les motifs qu’avaient prononcés antérieurement le juge Rand dans l’arrêt *Irving Oil Co. c. The King*, [1946] R.C.S. 551, et confirmé le droit de l’exproprié [TRADUCTION] « à une réparation intégrale du préjudice financier » en vertu de la clause pertinente (p. 717; voir K. J. Boyd, *Expropriation in Canada : A Practitioner’s Guide* (1988), p. 144-145).

[56] Plus récemment, dans l’arrêt *Régie des transports en commun de la région de Toronto c. Dell Holdings Ltd.*, [1997] 1 R.C.S. 32, par. 20-22, le juge Cory (qui s’exprimait au nom de six des sept juges qui constituaient la formation de jugement) a réaffirmé le principe de l’indemnisation intégrale. Appelé à statuer sur la loi ontarienne intitulée *Loi*

“should be read in a broad and purposive manner in order to comply with the aim of the Act to fully compensate a land owner whose property has been taken” (para. 23).

[57] Like various provincial expropriation statutes, the *NEBA* is remedial and warrants an equally broad and liberal interpretation. To interpret it narrowly, as the respondent in this case suggests, would in practice transform its purpose of full compensation into an unkept legislative promise.

[58] By interpreting s. 99(1) as it did, the Second Committee can hardly be said to have exercised its statutory mandate unreasonably.

VI

[59] The respondent challenges the reasonableness of the Committee's decision on four grounds. All four fail.

[60] First, relying on *Ian MacDonald Library Services Ltd. v. P.Z. Resort Systems Inc.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), the respondent argues that Mr. Smith is not entitled to costs before the First Committee because at common law a nullified arbitration proceeding cannot form the basis of an award for costs. This submission rests on the mistaken assumption that the principles governing costs on a consensual arbitration likewise apply under the *NEBA*. They do not. Parliament has provided for a comprehensive compensatory scheme. The remedial principles of expropriation law — not the arm's length framework of commercial arbitration — govern the operation of the statute. Accordingly, an expropriating company can reasonably be made to bear the costs of procedural delays even where it is not at fault (see, e.g., *Christian & Missionary Alliance v. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 3 O.R. (2d) 655 (S.C., Taxing Office), at p. 657).

sur l'expropriation, L.R.O. 1990, ch. E.26, le juge Cory a conclu que la loi en question, une loi réparatrice, « devrait recevoir une interprétation large et compatible avec son objet, qui consiste à indemniser pleinement le propriétaire foncier dont le bien a été exproprié » (par. 23).

[57] À l'exemple de diverses lois provinciales sur l'expropriation, la *LONE* est une loi réparatrice qui commande une interprétation tout aussi large et libérale. L'interpréter de façon étroite comme le suggère l'intimée en l'espèce aurait en pratique pour effet de faire de son objet — l'indemnisation intégrale — une promesse législative non tenue.

[58] Il est difficile de prétendre que le second comité a exercé de façon déraisonnable le mandat que lui confie la loi en interprétant le par. 99(1) comme il l'a fait.

VI

[59] L'intimée conteste le caractère raisonnable de la décision du comité en invoquant quatre moyens. Aucun de ces moyens ne peut être retenu.

[60] Premièrement, se fondant sur l'arrêt *Ian MacDonald Library Services Ltd. c. P.Z. Resort Systems Inc.* (1987), 14 B.C.L.R. (2d) 273 (C.A.), l'intimée affirme que M. Smith n'a pas droit aux frais afférents à l'instance tenue devant le premier comité, parce qu'en common law une procédure d'arbitrage annulée ne saurait justifier l'adjudication de frais. Cet argument repose sur l'hypothèse erronée suivant laquelle les principes régissant les frais en cas d'arbitrages consensuels s'appliquent également aux arbitrages fondés sur la *LONE*, ce qui n'est pas le cas. Le législateur a établi un mécanisme d'indemnisation complet. L'application de la loi est régie par les principes réparateurs du droit de l'expropriation et non par le régime indépendant de l'arbitrage commercial. En conséquence, il est raisonnable de faire supporter par la compagnie qui procède à l'expropriation les frais imputables aux délais procéduraux, même lorsqu'elle n'en est pas responsable (voir, p. ex., l'affaire *Christian & Missionary Alliance c. Municipality of Metropolitan Toronto* (1973), 3 O.R. (2d) 655 (C.S., officier taxateur), p. 657).

[61] Second, Alliance submits that its Queen's Bench action was unrelated to Mr. Smith's *assertion* of his "claim for compensation" under the *NEBA* because he was the *defendant* before the Court of Queen's Bench. It was not unreasonable for the Committee to ignore this exercise in semantics, focusing instead on both the substance of the respondent's Queen's Bench action and the purpose of s. 99(1) of the Act.

[62] Third, the respondent submits that the Committee's decision is unreasonable because it amounts to "legislative gap filling". In my view, this submission fails as well. The *NEBA* is not underinclusive on the issue of costs. Section 99(1) is broadly framed because provisions of this sort cannot enumerate exhaustively every cost they are meant to cover. It is therefore sufficient that the costs be found by the Committee, on a justifiable, transparent and intelligible basis (*Dunsmuir*, at para. 47), to have been reasonably incurred in asserting the claims for compensation that it was required to adjudicate. In discharging that duty here, the Second Committee did not "cross[s] the line between judicial interpretation and legislative drafting" (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 51).

[63] Finally, Alliance argues that the Committee should have found that the matter of costs on the action was *res judicata* on a theory of issue estoppel. The company submits that because the Court of Queen's Bench had the power and discretion to award "all or part of the [appellant's] costs . . . on a solicitor and client basis" pursuant to r. 601(2)(d)(ii) of the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, but chose not to do so — in part because Mr. Smith did not ask for them — an arbitral committee does not have the authority to revisit the issue.

[61] Deuxièmement, Alliance soutient que l'action qu'elle a intentée devant la Cour du Banc de la Reine n'avait aucun lien avec l'*introduction* par M. Smith, en vertu de la *LONE*, de son « recours » (« *claim for compensation* »), étant donné qu'il était *défendeur* à l'action devant la Cour du Banc de la Reine. Le comité n'a pas agi de façon déraisonnable en écartant cet argument sémantique et en s'attachant plutôt à la nature fondamentale de l'action intentée par l'intimée devant la Cour du Banc de la Reine, ainsi qu'à l'objet du par. 99(1) de la *LONE*.

[62] Troisièmement, l'intimée prétend que la décision du comité était déraisonnable, parce qu'elle revenait à [TRADUCTION] « combler les lacunes de la loi ». À mon avis, cet argument est également mal fondé. En effet, la *LONE* n'a pas une portée trop limitée en ce qui concerne la question des frais. Le paragraphe 99(1) est libellé de façon large, puisque les dispositions de ce genre ne peuvent énumérer de façon exhaustive tout un chacun des frais censés être visés. Il suffit donc que le comité juge, pour des motifs justifiables, transparents et intelligibles (*Dunsmuir*, par. 47), que les frais ont effectivement été entraînés par l'exercice du recours en indemnisation qu'il est appelé à trancher. En s'acquittant en l'espèce de ce devoir, le second comité n'a pas « franchi la ligne qui sépare l'interprétation judiciaire de la formulation législative » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 51).

[63] Enfin, Alliance plaide que le comité aurait dû conclure que la question des dépens de l'action était chose jugée par application du principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Étant donné que la Cour du Banc de la Reine disposait du pouvoir et de la latitude nécessaires pour [TRADUCTION] « adjuger la totalité ou une partie des dépens [de l'appellant] [. . .] sur la base procureur-client » en vertu du sous-al. 601(2)d(ii) des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, mais qu'elle a choisi de ne pas le faire — en partie parce que M. Smith ne le lui avait pas demandé —, Alliance affirme qu'un comité d'arbitrage n'a pas le pouvoir de réexaminer la question.

[64] The test for issue estoppel was set out this way in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paras. 25 and 33:

The preconditions to the operation of issue estoppel [are]:

- (1) that the same question has been decided;
- (2) that the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and,
- (3) that the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies.

... If successful, the court must still determine whether, as a matter of discretion, issue estoppel *ought* to be applied ... [References omitted; emphasis in original.]

[65] In essence, the Committee concluded that Alliance's argument founders at the first step. The claim before Justice Nason was for litigation costs. The claim before the Second Committee was for costs in the broader sense contemplated by s. 99(1) of its governing statute.

[66] The Second Committee had to assess the reasonableness of costs — legal, appraisal, or other — incurred by Mr. Smith in asserting his claim for compensation. As we have seen, in enacting s. 99(1) of the *NEBA*, Parliament, like provincial legislatures, has expanded the traditional, limited notion of legal costs to encompass "appraisal and other" costs. It is well established that "[a]n owner whose land has been taken involuntarily is entitled to indemnification for the necessary expenses of pursuing his or her statutory rights to compensation", the only limitation being that "these expenses be reasonable" (*Campbell River Woodworkers' & Builders' Supply (1966) Ltd. v. British Columbia*

[64] Le critère régissant la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été formulé comme suit dans l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, par. 25 et 33 :

Les conditions d'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée [sont les suivantes] :

- (1) que la même question ait été décidée;
- (2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la [préclusion] soit finale; et
- (3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la [préclusion] est soulevée, ou leurs ayants droit.

... Dans l'affirmative, la cour doit ensuite se demander, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, si cette forme de préclusion *devrait* être appliquée ... [Références omises; en italique dans l'original.]

[65] Essentiellement, le comité a conclu que l'argument d'Alliance fondé sur la préclusion échouait dès la première étape. En effet, la demande dont la juge Nason était saisie visait à obtenir les dépens de l'action, alors que celle soumise au second comité visait à obtenir des frais au sens plus large envisagé par le par. 99(1) de la loi habilitante du comité.

[66] Le second comité devait se prononcer sur le caractère raisonnable des frais, notamment de procédure et d'évaluation, engagés par M. Smith pour exercer son recours. Comme nous l'avons vu, en édictant le par. 99(1) de la *LONE*, le législateur fédéral, à l'instar des assemblées législatives provinciales, a élargi la notion traditionnelle restreinte de frais de justice en précisant que sont visés tous les frais, « notamment de procédure et d'évaluation ». Il est de jurisprudence constante que [TRADUCTION] « [l]e propriétaire foncier qui est privé contre son gré de sa propriété a le droit d'être indemnisé des dépenses nécessaires pour exercer le droit à compensation que la loi lui reconnaît », à

(*Minister of Transportation & Highways*), 2004 BCCA 27, 22 B.C.L.R. (4th) 210, at para. 11).

[67] In *Thoreson v. Alberta (Minister of Infrastructure)*, 2007 ABCA 272, 79 Alta. L.R. (4th) 75, the Alberta Court of Appeal summarized in these terms the special nature of costs in the expropriation law context:

Thus, a trial judge determining reasonable costs under section 39 [of the *Expropriation Act*, R.S.A. 2000, c. E-13] is not dealing simply with the usual order of civil costs that flow from litigation, nor does the judge have the same discretion with respect to those costs. A statutory right to legal, appraisal and other costs is something quite different from a determination of discretionary litigation costs by a trial judge, and while the judge must address the issue of reasonableness and special circumstances, these issues are addressed within the context of a recognition that the costs are part of the expropriation award. [Emphasis added; para. 23.]

[68] Courts and expropriation tribunals in Nova Scotia and Ontario have adopted the same approach. In *Town of Mahone Bay v. Lohnes* (1983), 59 N.S.R. (2d) 68 (S.C.(T.D.)), in rejecting the Town's claim of title to property it otherwise intended to expropriate, Glube C.J.T.D. underlined the distinction between litigation costs in the civil proceedings before her and costs before the expropriation tribunal. Her order for judgment read in part:

The plaintiff's action is dismissed with costs to the defendants, Philip L. K. Lohnes' Market Limited, to be taxed on a party and party basis, provided, however, that this award of party and party costs shall in no way preclude the defendants, Philip L. K. Lohnes and Lohnes' Market Limited, from seeking compensation before the Expropriation Compensation Board, pursuant to the Expropriation Act, 1973, for costs over

cette seule réserve près que « ces dépenses doivent être raisonnables » (*Campbell River Woodworkers' & Builders' Supply (1966) Ltd. c. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 2004 BCCA 27, 22 B.C.L.R. (4th) 210, par. 11).

[67] Dans l'arrêt *Thoreson c. Alberta (Minister of Infrastructure)*, 2007 ABCA 272, 79 Alta. L.R. (4th) 75, la Cour d'appel de l'Alberta a résumé comme suit le caractère spécial des frais et des dépens dans le contexte du droit de l'expropriation :

[TRADUCTION] En conséquence, le juge de première instance qui décide, en vertu de l'article 39 [de l'*Expropriation Act*, R.S.A. 2000, ch. E-13], si des frais sont raisonnables (« *reasonable* ») ne prépare pas simplement l'ordonnance habituelle concernant les dépens au terme d'une action civile, et il ne dispose pas du même pouvoir discrétionnaire à l'égard des frais en question. Il existe une grande différence entre, d'une part, le droit aux frais, notamment de procédure et d'évaluation, que reconnaît la loi, et, d'autre part, les dépens accordés sur une base discrétionnaire par le juge du procès en matière civile, et bien que le juge doive s'interroger sur le caractère raisonnable des frais et l'existence de circonstances spéciales, il le fait en partant du principe que les frais font partie du montant de l'indemnité accordée au titre de l'expropriation. [Je souligne; par. 23.]

[68] Les cours de justice ainsi que les tribunaux administratifs compétents en matière d'expropriation en Nouvelle-Écosse et en Ontario ont souscrit à cette approche. Dans l'affaire *Town of Mahone Bay c. Lohnes* (1983), 59 N.R.S. (2d) 68 (C.S. (1^{re} inst.)), pour justifier son refus de reconnaître le droit de propriété que la ville revendiquait sur un terrain qu'elle avait par ailleurs l'intention d'exproprier, la juge en chef Glube a souligné dans les termes suivants la distinction entre les dépens de l'instance civile dont elle était saisie et les frais de la procédure devant le tribunal d'expropriation. Voici en partie le texte de son jugement :

[TRADUCTION] L'action de la demanderesse est rejetée et les dépens sont adjugés aux défendeurs, Philip L. K. Lohnes' Market Limited. Les dépens seront taxés sur la base des dépens entre parties, sous réserve toutefois que la présente adjudication de dépens entre parties n'empêche d'aucune façon les défendeurs, Philip L. K. Lohnes et Lohnes' Market Limited, de réclamer une indemnité devant l'Expropriation Compensation Board,

and above the party and party costs awarded herein; and further provided that the defendants, Philip L. K. Lohnes and Lohnes' Market Limited, shall have all reasonable disbursements paid with respect to these proceedings. [Cited in *Town of Mahone Bay v. Lohnes* (1983), 59 N.S.R. (2d) 65 (S.C.(A.D.)), at para. 12; emphasis added.]

An appeal of this decision was dismissed with costs.

[69] When it later heard Mr. Lohnes' claim, the Nova Scotia Expropriations Compensation Board adopted the Chief Justice's reasoning, concluding that the costs incurred to determine title "were necessary for the determination of compensation payable as envisaged by the *Expropriation Act, 1973*" (*Lohnes v. Town of Mahone Bay* (1983), 28 L.C.R. 338 (N.S.E.C.B.), at p. 343).

[70] Similarly, in *McKean v. Ontario (Ministry of Transportation)* (2008), 94 L.C.R. 185 (O.M.B.), the Municipal Board awarded the McKeans the costs they had incurred on a preliminary court action regarding title to land expropriated by the Ministry of Transportation of Ontario. The Board rejected the Ministry's claim of issue estoppel and explained:

No violence has been done to the principle of finality of litigation by virtue of these proceedings. The MTO has not been twice vexed for the same cause. This is because no Court has previously determined what costs were actually incurred by the owner of lands for the purposes of determining the compensation payable as remediation for land expropriation, as required by s. 32(1) of the *Expropriations Act*. [Emphasis added; p. 190.]

[71] Although in that case the Superior Court had not awarded costs to the McKeans, the reasoning remains persuasive. The questions that a superior court answers regarding matters incidental but necessary to expropriation proceedings differ from

en vertu de l'*Expropriation Act, 1973*, pour les frais excédant les dépens entre parties adjugés par les présentes, et sous réserve également du fait que les défendeurs, Philip L. K. Lohnes et Lohnes' Market Limited, ont droit au paiement de tous les débours raisonnables qu'ils ont faits à l'occasion de l'instance devant le tribunal en question. [Cité dans *Town of Mahone Bay c. Lohnes* (1983), 59 N.S.R. (2d) 65 (S.C.(D.A.)), par. 12; je souligne.]

L'appel de cette décision a été rejeté avec dépens.

[69] Lorsqu'il a examiné par la suite la demande de M. Lohnes, le Nova Scotia Expropriations Compensation Board a fait sien le raisonnement de la juge en chef et conclu que les frais engagés pour faire reconnaître le droit de propriété [TRADUCTION] « étaient nécessaires pour fixer l'indemnité à payer en vertu de l'*Expropriation Act, 1973* » (*Lohnes c. Town of Mahone Bay* (1983), 28 L.C.R. 338 (N.S.E.C.B.), p. 343).

[70] De même, dans l'affaire *McKean c. Ontario (Ministry of Transportation)* (2008), 94 L.C.R. 185 (C.A.M.O.), la Commission des affaires municipales a accordé aux McKean les frais qu'ils avaient engagés dans une instance judiciaire préliminaire portant sur le titre de propriété d'un terrain que le ministère des Transports de l'Ontario avait exproprié. La Commission a rejeté l'argument du ministère fondé sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] La présente instance ne constitue pas une entorse au principe de l'autorité de la chose jugée. Le ministère des Transports de l'Ontario n'est pas tracassé une seconde fois pour la même cause d'action. Cette conclusion repose sur le fait qu'aucun tribunal ne s'est encore prononcé sur les frais qui ont été effectivement engagés par le propriétaire foncier en vue de faire fixer l'indemnité qui lui est due pour l'expropriation dont il a fait l'objet, comme l'exige le par. 32(1) de la Loi sur l'expropriation. [Je souligne; p. 190.]

[71] Bien que, dans cette affaire, la Cour supérieure n'ait pas adjugé les dépens aux McKean, le raisonnement qu'elle a suivi n'en demeure pas moins convaincant. Les questions auxquelles une cour supérieure répond en ce qui concerne des

those that a board or committee resolves pursuant to the expropriation statutes by which it is governed (see E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2nd ed. 1992), at pp. 505-6). Consequently, the doctrine of *res judicata* does not apply, and there is, *a fortiori*, no merit to the respondent's claim that Mr. Smith committed an abuse of process by asking for his costs on the action.

VII

[72] For all of these reasons, I would allow the appeal, restore the Second Committee's decision and, in virtue of s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, award the appellant his costs throughout, on a solicitor-client basis.

[73] This award is justified for four reasons.

[74] First, in the context of modern expropriation law, where statutes authorize awards of "all legal, appraisal and other costs", Canadian jurisprudence and doctrine demonstrate that "costs on a solicitor-and-client basis should generally be given" (*Bayview Builder's Supply (1972) Ltd. v. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 1999 BCCA 320, 67 B.C.L.R. (3d) 312, at para. 3, citing Todd, at p. 526; see also *Holdom v. British Columbia Transit*, 2006 BCCA 488, 58 B.C.L.R. (4th) 207, at para. 11, and *Hill v. Nova Scotia (Attorney General) (No. 2)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 767 (S.C.C.)).

[75] Second, awarding costs on a solicitor-client basis accords well with the object and purpose of the *NEBA*, as reflected in s. 75.

[76] Third, this is a case in which "justice can only be done by a complete indemnification for costs" (*Foulis v. Robinson* (1978), 92 D.L.R. (3d)

aspects qui sont accessoires mais par ailleurs nécessaires pour statuer sur l'instance en expropriation — commission, comité ou autre office — tranche en vertu de la loi sur l'expropriation le régissant (voir E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2^e éd. 1992), p. 505-506). En conséquence, le principe de l'autorité de la chose jugée ne s'applique pas, de sorte que, *a fortiori*, l'argument de l'intimée suivant lequel M. Smith a commis un abus de procédure en réclamant les dépens de l'action est mal fondé.

VII

[72] Pour tous ces motifs, je suis d'avis de faire droit à l'appel, de rétablir la décision du second comité et, en vertu de l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, d'accorder à l'appellant ses dépens sur la base procureur-client devant toutes les juridictions.

[73] La présente décision se justifie pour quatre raisons.

[74] En premier lieu, dans le contexte du droit de l'expropriation actuel, où la loi permet d'accorder « tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation », il ressort de la jurisprudence et de la doctrine canadiennes qu'[TRADUCTION] « il convient en règle générale d'adjuger les dépens sur la base procureur-client » (*Bayview Builder's Supply (1972) Ltd. c. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)*, 1999 BCCA 320, 67 B.C.L.R. (3d) 312, par. 3, citant Todd, p. 526; voir également *Holdom c. British Columbia Transit*, 2006 BCCA 488, 58 B.C.L.R. (4th) 207, par. 11, et *Hill c. Nova Scotia (Attorney General) (No. 2)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 767 (C.S.C.)).

[75] En deuxième lieu, l'adjudication des dépens sur la base procureur-client s'accorde bien avec l'objet de la *LONE* figurant à l'art. 75.

[76] En troisième lieu, il s'agit d'une affaire dans laquelle [TRADUCTION] « justice ne peut être rendue qu'au moyen d'une indemnisation complète

134 (Ont. C.A.), at p. 142). Only this type of award can indemnify Mr. Smith as best one can for the inordinate amount of money — to say nothing of time — he has had to invest in what should have been an expeditious process.

[77] Lastly, Mr. Smith should not be made to bear the costs of what is clearly a test case for the respondent. Mr. Justice Gill's appointment to the bench ended 19 other arbitration proceedings against Alliance before the First Committee. Mr. Smith, on the other hand, has sought nothing more than to resolve a decade-old disagreement over reclamation work worth a few thousand dollars.

The following are the reasons delivered by

[78] DESCHAMPS J. — Deference towards administrative bodies raises important issues, both of a political and legal theoretical nature. This Court has not dealt with this topic lightly, sometimes struggling to find a balance between deferring to the expertise or experience of many of these administrative bodies and reviewing the limits to their decision-making authority under the rule of law. A consistent holding of this Court has been, and continues to be, that legislative intent should, within the confines of constitutional principles, ultimately prevail. In the case at bar, the issue of deference is shaped narrowly: Should an administrative decision-maker's interpretation of its "home" statute usually result in a court deferring to that interpretation — through the adoption of a standard of review of reasonableness — based on a presumption that the decision-maker has particular familiarity with its home statute?

[79] I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Fish. I agree with his conclusion that the proper standard of review in this case is reasonableness. I also agree that the decision

des frais » (*Foulis c. Robinson* (1978), 92 D.L.R. (3d) 134 (C.A. Ont.), p. 142). Seule une décision de ce genre est susceptible d'indemniser M. Smith, aussi intégralement que faire se peut, des sommes considérables — sans parler du temps — que ce dernier a dû consacrer à ce qui aurait dû être une procédure expéditive.

[77] Enfin, il ne convient pas d'obliger M. Smith à supporter les frais d'une affaire qui constitue manifestement une cause-type pour l'intimée. L'accession du juge Gill à la magistrature a mis fin à 19 autres demandes d'arbitrage mettant en cause Alliance dont le premier comité était saisi. En revanche, M. Smith ne cherchait rien de plus qu'à régler un différend qui remontait à une dizaine d'années et ne portait que sur des travaux de bonification d'une valeur de quelques milliers de dollars.

Version française des motifs rendus par

[78] LA JUGE DESCHAMPS — La déférence dont il convient de faire montre envers les tribunaux administratifs soulève des questions théoriques importantes, tant sur le plan politique que juridique. La Cour a toujours pris ce sujet au sérieux, cherchant à trouver le juste équilibre entre, d'une part, la nécessité de s'en remettre à l'expertise ou à l'expérience de bon nombre de ces organismes et, d'autre part, celle de contrôler les limites de leurs pouvoirs décisionnels au regard de la primauté du droit. La Cour a constamment jugé que, dans la mesure où elle respecte les limites des principes constitutionnels, c'est l'intention du législateur qui doit prévaloir en dernière analyse. Dans le cas qui nous occupe, la question de la déférence est étroitement circonscrite : l'interprétation que donne un décideur administratif de sa loi « constitutive » commande-t-elle généralement une attitude déférente de la part des tribunaux judiciaires — par l'adoption de la norme de contrôle de la décision raisonnable — en présumant que le décideur possède une connaissance approfondie de cette loi?

[79] J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Fish. Je souscris à sa conclusion que la norme de contrôle appropriée en l'espèce est celle de la décision raisonnable. Je conviens également

of the second Pipeline Arbitration Committee ("Second Committee") in making the costs award to Mr. Smith pursuant to s. 99(1) of the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7 ("NEBA"), satisfied that standard, for the reasons he indicates. I part company with my colleague only with respect to his rationale for finding that the standard of reasonableness applies to the Second Committee's decision, particularly as expressed in paras. 28 and 37 of his reasons.

[80] Respectfully, I do not accept the proposition advanced by Fish J. under the auspices of applying para. 54 of *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, namely that an administrative decision-maker's interpretation of its home statute, absent indicia of its particular familiarity with the statute, attracts deference unless the question raised is constitutional, of central importance to the legal system or concerned with demarcating one tribunal's authority from another. On the contrary, principles of administrative law expressed in jurisprudence and commentary support the position that according deference to an administrative decision-maker's interpretation of its home statute is anchored in the need to respect legislative intent to leave these interpretative issues to certain decision-makers when there is good reason to do so. Most of the time, the reason is that the decision-maker possesses expertise or experience that puts it in a better position to interpret its home statute relative to a court. There is no presumption of expertise or experience flowing from the mere fact that an administrative decision-maker is interpreting its enabling statute. It follows that when a decision-maker does not have particular familiarity with its home statute, and no other precedent-based category of question attracting a standard of reasonableness applies, then a standard of review analysis should be undertaken in order to make a contextually sensitive decision on the proper standard (*Dunsmuir*, at paras. 62-64).

avec lui, pour les motifs qu'il expose, que la décision du second comité d'arbitrage sur les pipelines (« second comité ») accordant à M. Smith les frais visés au par. 99(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, ch. N-7 (« LONE »), satisfaisait à cette norme. Je ne diverge d'opinion avec mon collègue que sur les raisons qui l'amènent à conclure que la décision du second comité est assujettie à la norme de la décision raisonnable, tout particulièrement celles qu'il formule aux par. 28 et 37 de ses motifs.

[80] Avec égards pour l'opinion exprimée par le juge Fish, je ne peux me rallier à la thèse qu'il avance, disant se fonder sur le par. 54 de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, à savoir que l'interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive — en l'absence d'indices démontrant que ce dernier possède une connaissance approfondie de cette loi — commande la déférence sauf si la question soulevée est d'ordre constitutionnel, si elle revêt une importance capitale pour le système juridique ou si elle vise à délimiter les compétences respectives de tribunaux administratifs. Au contraire, les principes de droit administratif énoncés dans la jurisprudence et la doctrine appuient l'argument selon lequel la déférence accordée à l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive repose sur la nécessité de respecter l'intention du législateur de laisser certains décideurs administratifs trancher ces questions d'interprétation lorsqu'il existe une bonne raison de le faire. La plupart du temps, c'est parce que le décideur possède une expertise ou une expérience qui le place dans une meilleure position que les tribunaux judiciaires pour interpréter sa loi constitutive. Aucune présomption au sujet de l'expertise ou de l'expérience ne découle du simple fait qu'un décideur administratif interprète sa loi habilitante. Il s'ensuit que, dans les cas où ce décideur n'a pas une connaissance approfondie de sa loi constitutive et où il ne se soulève aucune autre question relevant d'une catégorie commandant, selon la jurisprudence, l'application de la norme de la décision raisonnable, il convient de procéder à une analyse relative à la norme applicable qui tient compte du contexte (*Dunsmuir*, par. 62-64).

I. Back to *Dunsmuir*

[81] *Dunsmuir* represents this Court's most recent effort to simplify the test for ascertaining the standard of review applicable to administrative decision-making. The test set forth by the majority in that case has two steps:

First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review. [para. 62]

[82] As noted in *Dunsmuir*, "[a]n exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review" (para. 57). Accordingly, various categories of question were articulated based on pre-existing jurisprudence in order to assist in resolving the standard of review at the first step, obviating the need to move to the second step and consider the contextual factors, which are: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of its enabling legislation; (3) the nature of the question at issue; and (4) the expertise of the tribunal (*Dunsmuir*, at para. 64).

[83] It is important that the Court's elaboration of categories of question should not be turned into a blind and formalistic application of words rather than principles. The parties to any adjudication must be able to understand why deference is given to the decision of the administrative body considering their case.

[84] The first-level category of question at issue here relates to an administrative decision-maker's interpretation of its home statute. For ease of reference, I set out the relevant language from para. 54 of *Dunsmuir* more fully:

Guidance with regard to the questions that will be reviewed on a reasonableness standard can be found

I. Retour sur l'arrêt *Dunsmuir*

[81] L'arrêt *Dunsmuir* représente la plus récente tentative de simplification par notre Cour de l'analyse permettant d'arrêter la norme de contrôle applicable aux décisions des tribunaux administratifs. L'analyse énoncée par les juges majoritaires dans cette décision comporte deux étapes :

Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle. [par. 62]

[82] Ainsi que l'a fait remarquer la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir*, « [i]l n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle » (par. 57). En conséquence, diverses catégories de questions ont été dégagées de la jurisprudence pour permettre de déterminer la bonne norme de contrôle dès la première étape, et ainsi obvier à la nécessité de procéder à la seconde étape et d'examiner les facteurs contextuels requis, à savoir : (1) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, (2) la raison d'être du tribunal administratif suivant l'interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l'expertise du tribunal administratif (*Dunsmuir*, par. 64).

[83] Il est important que l'élaboration de catégories de questions par la Cour ne se traduise pas par une application aveugle et formaliste de mots, mais donne lieu plutôt à l'application de principes. Les parties à tout litige doivent être en mesure de comprendre les raisons pour lesquelles la déférence s'impose à l'égard de la décision de l'organisme administratif qui a examiné leur cas.

[84] La question qui se soulève à la première étape en l'espèce concerne l'interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive. Par souci de commodité, je reproduis en entier le passage pertinent du par. 54 de l'arrêt *Dunsmuir* :

La jurisprudence actuelle peut être mise à contribution pour déterminer quelles questions emportent

in the existing case law. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39.

[85] Textually, this language is capable of differing interpretations. On the one hand, the language could be read broadly to capture any instance when the administrative decision-maker is interpreting its home statute; however, this interpretation does not sit well with any of the previous grounds that this Court has advanced for according deference.

[86] On the other hand, the language could be read to capture those instances where the decision-maker actually has particular familiarity with the statute itself. I accept this latter interpretation. It constitutes one iteration of this Court's long-standing recognition of situations where administrative boards are owed deference because of their specific expertise or experience. It rests on a principled basis for deference instead of formalistic dicta unsupported by any good reason (for an additional argument based on textual interpretation of para. 54 of *Dunsmuir*, see R. W. Macaulay and J. L. H. Sprague, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (loose-leaf), vol. 3, at p. 28-40.48).

[87] Indeed, the two examples cited by the *Dunsmuir* majority following its reference to the home statute category at para. 54 clearly indicate that the administrative decision-maker actually needs to have particular expertise or experience in interpreting its home statute or statutes closely connected to its function. Importantly, both cases referred to, *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)* and *Toronto*

l'application de la norme de la raisonnable. Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39.

[85] Analysé textuellement, ce passage est susceptible d'interprétations différentes. D'une part, on pourrait l'interpréter de façon large et considérer qu'il vise toute situation dans laquelle le décideur administratif interprète sa loi constitutive. Toutefois, une telle interprétation ne cadre pas très bien avec les raisons qui, suivant la jurisprudence antérieure de notre Cour, justifient de faire montre de déférence envers les décisions des tribunaux administratifs.

[86] D'autre part, on pourrait considérer que cet énoncé vise les cas où le décideur administratif possède vraiment une connaissance approfondie de la loi concernée. C'est cette dernière interprétation que je retiens. Il s'agit de la réitération par la Cour du genre de situations où elle a, de longue date, reconnu aux tribunaux administratifs le droit à la déférence en raison de leur expertise ou expérience particulière. Cette interprétation s'appuie sur des principes justifiant la déférence plutôt que sur une application formaliste d'un énoncé, application ne reposant sur aucune raison valable (pour un argument supplémentaire fondé sur l'interprétation textuelle du par. 54 de l'arrêt *Dunsmuir*, voir l'ouvrage de R. W. Macaulay et J. L. H. Sprague, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 28-40.48).

[87] D'ailleurs, les deux exemples que citent les juges majoritaires dans l'arrêt *Dunsmuir* pour illustrer la catégorie relative à la loi constitutive au par. 54 font clairement voir que le décideur administratif doit véritablement posséder une expertise ou une expérience approfondie en ce qui concerne l'interprétation de sa loi constitutive ou de lois étroitement liées à son mandat. Fait important, les deux décisions citées, à savoir les arrêts *Société*

(City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15, involved labour boards with specialized expertise or experience.

[88] In *Canadian Broadcasting Corp.*, the majority noted that “[t]he labour relations tribunal, in its federal and provincial manifestations, is a classic example of an administrative body which is both highly specialized and highly insulated from review” (para. 31). In that case, in addition to noting the existence of a broad privative clause, the majority comments that by virtue of the Canada Labour Relations Board’s “specialized expertise, the Board is uniquely suited” (emphasis added) to determine the particular question before it (in that case, whether there had been interference with a trade union) and that this was “a question of law that Parliament intended to be answered by the Board, and not by the courts” (paras. 42-43). As such, the majority’s remark in *Dunsmuir* emanates from a context where the administrative decision-maker was recognized as having specialized expertise in interpreting its home statute.

[89] *Toronto (City) Board of Education* did not pertain to an administrative decision-maker’s interpretation of its home statute — rather, it related to the second segment of the category mentioned in conjunction with the need for particular familiarity in para. 54 of *Dunsmuir*: the interpretation of a statute closely connected to a tribunal’s function. At issue was an interpretation by a board of arbitration of a provision of the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, which arose in the context of a labour grievance made by a teacher under a collective agreement. Significantly, the Court noted that it was unnecessary to even consider whether the arbitration board’s interpretation of the *Education Act* was correct because the only issue related to the arbitration board’s interpretation of “just cause” in the collective agreement (paras. 39-40). Ultimately, the arbitration board’s interpretation

Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail) et *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O.*, district 15, concernaient des commissions du travail qui possédaient une expertise ou une expérience spécialisée.

[88] Dans l’arrêt *Société Radio-Canada*, les juges majoritaires ont souligné que « [l]e tribunal des relations du travail, qu’on trouve aux niveaux fédéral et provincial, est un exemple classique d’organisme administratif qui est à la fois hautement spécialisé et, dans une très grande mesure, à l’abri de tout contrôle » (par. 31). Dans cette affaire, en plus de signaler l’existence d’une clause privative générale, les juges majoritaires ont expliqué que, en raison de ses « connaissances spécialisées, le Conseil [canadien des relations du travail] [était] particulièrement apte » (je souligne) à trancher la question qui lui était soumise (en l’occurrence celle de savoir s’il y avait eu ingérence dans les activités du syndicat), ajoutant qu’il s’agissait d’« une question de droit à laquelle le Parlement a voulu que ce soit le Conseil qui réponde et non pas les cours de justice » (par. 42-43). Ainsi, l’observation des juges majoritaires dans *Dunsmuir* s’inscrit dans le contexte d’une affaire où la Cour a reconnu au décideur une expertise spécialisée relativement à l’interprétation de sa loi constitutive.

[89] L’affaire *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité)* ne concernait pas l’interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive. Elle portait plutôt sur le second élément de la catégorie décrite au par. 54 de *Dunsmuir* et rattachée à la nécessité pour le décideur de posséder une connaissance approfondie : l’interprétation d’une loi étroitement liée au mandat du tribunal administratif. Le débat portait sur l’interprétation par un conseil d’arbitrage d’une disposition de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2, dans le contexte d’un grief en droit du travail déposé par un enseignant en vertu d’une convention collective. Fait important à signaler, la Cour a souligné qu’il n’était même pas nécessaire de se demander si l’interprétation que le conseil avait faite de la *Loi sur l’éducation* était juste, parce que la seule question en litige concernait l’interprétation par le conseil de l’expression

was found to be patently unreasonable on the facts.

[90] The value of *Toronto (City) Board of Education* stems from its pronouncement that “[t]he findings of a board pertaining to the interpretation of a statute or the common law are generally reviewable on a correctness standard” and its reference at para. 39 to *Canadian Broadcasting Corp.* for the proposition that “[a]n exception to this rule may occur where the external statute is intimately connected with the mandate of the tribunal and is encountered frequently as a result.” The Court observed that

[t]here are a great many reasons why curial deference must be observed in such decisions. The field of labour relations is sensitive and volatile. It is essential that there be a means of providing speedy decisions by experts in the field who are sensitive to the situation, and which can be considered by both sides to be final and binding. [Emphasis added; para. 35.]

In sum, as demonstrated by the two examples, para. 54 of *Dunsmuir* does not recognize a broad home statute category of question, but rather a category grounded in the relative expertise or experience of the decision-maker.

[91] But beyond these two examples, neither of which resulted in deference being accorded to the administrative decision-maker for the mere reason that it was interpreting its home statute or a statute closely connected to its function, the result in *Dunsmuir* itself stands against the recognition of a broad “home” statute category of question that the reasons of my colleague would create, one that would not require the relative expertise or experience of the decision-maker. In *Dunsmuir*, the majority noted that the adjudicator, empowered by the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25, was called upon to interpret provisions of its home statute and a related statute, the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1. Reasonableness was not selected by the majority as

« cause juste » dans la convention collective (par. 39-40). En fin de compte, l’interprétation du conseil a été jugée manifestement déraisonnable au vu des faits.

[90] La valeur de cet arrêt repose sur l’affirmation de la Cour selon laquelle « [l]es conclusions d’un conseil sur l’interprétation d’une loi ou de la common law peuvent généralement faire l’objet d’un examen selon la norme de la décision correcte » et sur son renvoi, au par. 39, à l’arrêt *Société Radio-Canada* pour appuyer l’idée qu’« [i]l peut y avoir dérogation à cette règle dans des cas où la loi est intimement liée au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l’examiner. » La Cour a précisé qu’

[i]l existe de nombreuses raisons pour lesquelles il y a lieu de faire preuve de retenue judiciaire dans ces cas. Le domaine des relations de travail est délicat et explosif. Il est essentiel de disposer d’un moyen de pourvoir à la prise de décisions rapides, par des experts du domaine sensibles à la situation, décisions qui peuvent être considérées définitives par les deux parties. [Je souligne; par. 35.]

En somme, comme le démontrent ces deux exemples, le par. 54 de l’arrêt *Dunsmuir* reconnaît non pas une vaste catégorie de questions relatives à la loi constitutive, mais plutôt une catégorie de questions fondée sur l’expertise ou l’expérience relative du décideur administratif.

[91] Mais au-delà de ces deux exemples où la déférence a effectivement été accordée au décideur administratif, mais pas uniquement parce qu’il interprétait sa loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat, l’arrêt *Dunsmuir* lui-même fait obstacle à la reconnaissance d’une vaste catégorie de questions relatives à la loi « constitutive » sans égard à l’expérience ou à l’expertise relative du décideur qu’auraient pour effet de créer les motifs de mon collègue. Dans l’arrêt *Dunsmuir*, les juges majoritaires ont fait observer que l’arbitre, qui tenait ses pouvoirs de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, était appelé à interpréter les dispositions de sa loi constitutive ainsi que celles d’une loi connexe, la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984,

the standard of review on the basis of the first-level category of question stemming from the decision-maker's interpretation of its home statute or a statute closely connected to its function; rather, this standard was selected after a contextual standard of review analysis that included a discussion about the significance of the adjudicator's appointment on an *ad hoc* basis by mutual agreement of the parties (paras. 66-71). In the end, the long-standing recognition of "the relative expertise of labour arbitrators" was only one contextual factor that suggested the application of the standard of review of reasonableness (para. 68); deference was not accorded merely because the home statute was being interpreted.

[92] Ultimately, the development of any category of question that would tend to eliminate the need for a more fulsome analysis of the standard of review has to be grounded in a defensible rationale. As Professor Dyzenhaus aptly phrased it: "In short, formalism without substance is futile" (D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy" in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 298). Where the existence of a category is applied as the basis for adopting a standard of review of reasonableness, the rationale for according curial deference to the administrative decision-maker should be evident. For this reason, I find it helpful to briefly review the development of deference in the context of judicial review of administrative action.

II. Judicial Review and Deference to Administrative Decision-Makers

[93] The expansion of the administrative state and the accompanying proliferation of administrative decision-making bodies have challenged courts to reconcile two duties that are often in tension: first, to faithfully apply the laws enacted by Parliament, and second, to ensure that the administrative bodies created by these laws do not overstep their legal boundaries.

ch. C-5.1. Ils ont retenu la raisonnable comme norme de contrôle, non pas sur la base de la catégorie de questions relevant de la première étape — à savoir l'interprétation par le décideur administratif de sa loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat —, mais plutôt après une analyse contextuelle ayant tenu compte notamment de l'importance du fait que le décideur était un arbitre *ad hoc* — nommé spécialement pour cette affaire — que les parties avaient choisi de concert (par. 66-71). En fin de compte, le fait que la Cour avait maintes fois reconnu « l'expertise relative de l'arbitre dans l'interprétation d'une convention collective » n'était qu'un des facteurs contextuels qui militaient en faveur de la norme de la décision raisonnable (par. 68); la déférence n'a pas été accordée simplement parce qu'une loi constitutive était interprétée.

[92] Au bout du compte, l'établissement de toute catégorie de questions qui écarterait le besoin d'une analyse relative à la norme de contrôle plus poussée doit s'appuyer sur des justifications défendables. Comme l'a si bien dit le professeur Dyzenhaus : [TRADUCTION] « Bref, un formalisme dénué de substance est vide de sens » (D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy » dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 298). Lorsqu'une catégorie sert de fondement pour adopter la norme de la décision raisonnable, les justifications invoquées pour s'en remettre à la décision d'un tribunal administratif doivent être évidentes. C'est pourquoi je trouve utile d'examiner brièvement l'évolution du concept de la déférence dans le contexte du contrôle judiciaire des décisions administratives.

II. Le contrôle judiciaire et la déférence envers les décideurs administratifs

[93] L'expansion de l'Administration et la multiplication des tribunaux administratifs qui en a découlé ont poussé les tribunaux judiciaires à concilier deux obligations qui s'opposent souvent : l'obligation d'appliquer fidèlement les lois adoptées par le législateur et l'obligation de veiller à ce que les organismes administratifs créés par ces lois ne débordent pas le cadre de leurs attributions légales.

[94] Prior to *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*C.U.P.E.*”), courts frequently relied on the broad and somewhat technical notion of jurisdiction to resolve this tension in a manner that gave short shrift to indicators of legislative intent — such as privative clauses — which otherwise would seem to indicate that administrative decision-makers should enjoy some degree of deference (see the Honourable Madam Justice Beverley McLachlin, “The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law” (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 171, at pp. 178-79, and the cases cited at fn. 9).

[95] However, Dickson J.’s (as he then was) admonition in *C.U.P.E.* that courts “should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so” (p. 233), ushered in an era of judicial deference to administrative decision-making. In *C.U.P.E.*, this meant that the Public Service Labour Relations Board was entitled to deference in interpreting its home statute not only because it was protected by a broad privative clause, but because

[t]he labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area. [Emphasis added; pp. 235-36.]

[96] Judicial review of administrative action in the years following *C.U.P.E.* was characterized by the movement away from formalistic notions of jurisdiction and towards a “pragmatic and

[94] Avant l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (« *S.C.F.P.* »), les cours de justice se fondaient sur le concept vaste et assez technique de compétence pour résoudre cette opposition, faisant ainsi peu de cas des indices de l’intention du législateur — par exemple les clauses privatives — qui tendaient par ailleurs à démontrer que les tribunaux administratifs devaient bénéficier d’une certaine déférence (voir l’article de l’honorable Beverley McLachlin, « The Roles of Administrative Tribunals and Courts in Maintaining the Rule of Law » (1998), 12 *C.J.A.L.P.* 171, p. 178-179, ainsi que la jurisprudence citée à la note en bas de page 9).

[95] Toutefois, la mise en garde du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *S.C.F.P.* — qui invitait les tribunaux judiciaires à « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233) — a marqué le début d’une ère de déférence des tribunaux judiciaires envers les tribunaux administratifs. Dans cette affaire, l’application de cette approche s’est traduite par la conclusion qu’il y avait lieu de faire montre de déférence à l’égard de la Commission des relations de travail dans les services publics lorsqu’elle interprétait sa loi constitutive, et ce, non seulement parce qu’elle était protégée par une clause privative générale, mais aussi pour les raisons suivantes :

[l]a commission est un tribunal spécialisé chargé d’appliquer une loi régissant l’ensemble des relations de travail. Aux fins de l’administration de ce régime, une commission n’est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s’est développé à partir du système de négociation collective, tel qu’il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine. [Je souligne; p. 235-236.]

[96] Au cours des années qui ont suivi l’arrêt *S.C.F.P.*, le contrôle judiciaire des décisions administratives a été caractérisé par l’abandon des notions formalistes de compétence et par l’adoption,

functional approach” to the standard of review, which involved consideration of a number of contextual factors (see, e.g., *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048). The goal of this approach was to better focus the concept of deference around legislative intent, namely, “whether the legislator intended the tribunal’s decision on these matters to be binding on the parties to the dispute” (*Bibeault*, at p. 1090) or, put another way, to determine which body Parliament intended to be “best-situated to answer [the] question conclusively — the court or the tribunal?” (McLachlin, at pp. 180-81).

[97] During this time, expertise played a key role in the decision to accord deference to administrative decision-makers. Though formally only one of the contextual factors to be considered, the Court held in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, that expertise “is the most important of the factors that a court must consider in settling on a standard of review” (para. 50). In *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, the majority elaborated on expertise, indicating that it must be understood “as a relative, not an absolute concept” (para. 33), and noted that once the expertise of the administrative decision-maker is established relative to a court, “the Court is sometimes prepared to show considerable deference even in cases of highly generalized statutory interpretation where the instrument being interpreted is the tribunal’s constituent legislation” (para. 34).

[98] In *Dunsmuir* itself, the Court continued to rely on relative expertise — along with the experience of administrative decision-makers — as a key rationale for according deference. The majority in *Dunsmuir*, drawing from Professor Mullan, explained deference in this way:

Deference in the context of the reasonableness standard therefore implies that courts will give due

en matière de norme de contrôle, de l’« analyse pragmatique et fonctionnelle », qui suppose la prise en compte de divers facteurs contextuels (voir, p. ex., l’arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048). Cette méthode visait à rattacher davantage le concept de déférence à l’intention du législateur, c’est-à-dire à déterminer « si [ce dernier entendait] que la décision du tribunal sur ces questions lie les parties au litige » (*Bibeault*, p. 1090) ou, en d’autres termes, à se demander quel tribunal est, selon le législateur, [TRADUCTION] « le mieux placé pour répondre de façon concluante à la question : le tribunal judiciaire ou le tribunal administratif? » (McLachlin, p. 180-181).

[97] Durant cette période, le critère de l’expertise a joué un rôle clé dans la décision par les tribunaux judiciaires de faire preuve ou non de déférence envers les tribunaux administratifs. Bien que, concrètement, l’expertise ne constitue qu’un facteur contextuel parmi ceux qui doivent être considérés, la Cour a jugé dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, qu’elle « est le facteur le plus important qu’une cour doit examiner pour arrêter la norme de contrôle applicable » (par. 50). Dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, les juges majoritaires ont précisé le critère de l’expertise, indiquant que celle-ci devait être tenue « pour une notion relative et non absolue » (par. 33), et signalant que, dès lors que l’expertise du tribunal administratif par rapport à celle du tribunal judiciaire a été établie, « la Cour est parfois disposée à faire preuve de beaucoup de retenue même dans des cas faisant jouer des questions très générales d’interprétation de la loi, si le texte en cause est la loi constitutive du tribunal » (par. 34).

[98] Dans l’arrêt *Dunsmuir* lui-même, la Cour a continué à citer l’expertise relative — ainsi que l’expérience des décideurs administratifs — comme principale raison de faire montre de déférence envers un tel décideur. Se référant aux propos du professeur Mullan, les juges majoritaires ont expliqué ainsi le concept de déférence :

La déférence inhérente à la norme de la raisonnable implique donc que la cour de révision tienne dûment

consideration to the determinations of decision makers. As Mullan explains, a policy of deference “recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime”. . . . In short, deference requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system. [Emphasis added; citation omitted; para. 49.]

[99] *Dunsmuir* retained the multi-pronged standard of review analysis, but it also attempted to simplify the analysis by articulating “categories of question” to resolve the standard of review on the basis of precedent. In my view, the jurisprudence makes clear that with respect to an administrative decision-maker’s interpretation of its home statute, relative expertise or experience of the decision-maker is critical and cannot be overlooked if deference is to be categorically accorded. As noted by the majority in *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, 2003 SCC 28, [2003] 1 S.C.R. 476, at para. 16, “[d]eference to the decision maker is called for only when it is in some way more expert than the court and the question under consideration is one that falls within the scope of its greater expertise” (citing *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 28).

[100] According deference to an administrative decision-maker merely for the reason that it is interpreting its home statute and no constitutional question, centrally important legal question, or question about the limits of its authority *vis-à-vis* another tribunal is incomplete. Such a position is purely formalistic and loses sight of the rationale for according deference to an interpretation of the home statute that has developed in the

compte des conclusions du décideur. Comme l’explique Mullan, le principe de la déférence [TRADUCTION] « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l’application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l’égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause ». [. . .] La déférence commande en somme le respect de la volonté du législateur de s’en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d’une cour de justice et celles d’un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien. [Je souligne; référence omise; par. 49.]

[99] Dans *Dunsmuir*, la Cour a retenu l’analyse relative à la norme de contrôle en plusieurs étapes, mais elle a tenté de simplifier cette analyse en énonçant des « catégories de questions » permettant de dégager la norme applicable sur la base de la jurisprudence existante. À mon avis, il ressort clairement de la jurisprudence qu’en ce qui concerne l’interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive, l’importance de l’expertise ou de l’expérience relative de ce dernier est un facteur crucial qui ne saurait être ignoré si la décision de faire montre ou non de déférence est prise sur la base de catégories. Comme l’ont souligné les juges majoritaires dans l’arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, 2003 CSC 28, [2003] 1 R.C.S. 476, par. 16, la cour de révision « doit faire preuve de retenue uniquement lorsque l’organisme décisionnel possède, de quelque façon, une plus grande expertise qu’elle et que la question visée relève de cette plus grande expertise » (renvoyant à l’arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 28).

[100] Faire preuve de retenue envers un décideur administratif simplement parce qu’il interprète sa loi constitutive et qu’il n’est saisi d’aucune question constitutionnelle ou question revêtant une importance capitale pour le système juridique ou visant à délimiter sa compétence par rapport à celle d’un autre tribunal administratif témoigne d’une démarche incomplète. Cette position purement formaliste fait abstraction de la raison énoncée dans la

jurisprudence including *Dunsmuir*, namely, that the legislature has manifested an intent to draw on the relative expertise or experience of the administrative body to resolve the interpretative issues before it. Such intent cannot simply be presumed from the creation of an administrative body by the legislature. Rather, courts should look to the jurisprudence or to the enabling statute to determine whether it is established in a satisfactory manner that the decision-maker actually has a particular familiarity — or put another way, particular expertise or experience relative to a court — with respect to interpreting its home statute. If it is so established, as it typically is with labour boards, then deference should be accorded on the basis of this category of question. But if there is an absence of indicia of a given decision-maker's particular familiarity with its home statute, then, provided that no other category of question for resolving the standard of review is engaged, courts should move to the second step of *Dunsmuir* and consider the contextual factors.

[101] There does not appear to be any jurisprudence of this Court post-*Dunsmuir* which supports the proposition advanced by my colleague Fish J. that any administrative decision-maker's interpretation of its home statute, without need for particular familiarity on the part of the decision-maker, attracts deference unless the question is constitutional, of central importance to the legal system or concerned with demarcating one tribunal's authority from another.

[102] In *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec v. Proprio Direct inc.*, 2008 SCC 32, [2008] 2 S.C.R. 195, at para. 21, the majority observed that “[w]hat is at issue here is the interpretation by the discipline committee, a body of experts, of its home statute The legislature assigned authority to the Association, through the experience and expertise of its discipline committee, to apply — and necessarily interpret — the statutory mandate” (citations omitted; emphasis

jurisprudence (dont *Dunsmuir*) pour justifier la déférence à l'égard de l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive, à savoir l'intention exprimée par le législateur de s'en remettre à l'expertise ou à l'expérience relative de l'organisme administratif en cause pour résoudre les questions d'interprétation soumises à ce dernier. Cette intention ne peut pas être présumée du seul fait que le législateur a créé l'organisme administratif en question. La cour doit plutôt vérifier si la jurisprudence ou la loi constitutive reconnaît déjà de manière satisfaisante au tribunal administratif une connaissance approfondie — en d'autres termes, une expertise ou une expérience plus approfondie que celle d'une cour de justice — en ce qui concerne l'interprétation de sa loi constitutive. Si une telle connaissance est établie — conclusion habituelle lorsqu'il s'agit de commissions du travail —, la déférence s'impose alors sur la base de cette catégorie de questions. Mais en l'absence d'indices à cet égard et si aucune autre catégorie de questions ne permet d'arrêter la norme de contrôle, la cour doit alors passer à la seconde étape de l'analyse établie dans l'arrêt *Dunsmuir* et tenir compte de facteurs contextuels.

[101] Aucune décision de notre Cour depuis *Dunsmuir* ne semble appuyer la thèse de mon collègue le juge Fish suivant laquelle toute interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive commande la déférence, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier possède une connaissance approfondie de cette loi, sauf si le décideur est saisi d'une question constitutionnelle ou d'une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique ou vise à délimiter les compétences respectives de tribunaux administratifs.

[102] Dans l'arrêt *Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct inc.*, 2008 CSC 32, [2008] 2 R.C.S. 195, par. 21, les juges majoritaires ont précisé que « [e]n l'espèce, la question en litige est l'interprétation, par le comité de discipline, composé d'experts, de sa loi constitutive [. . .] Le législateur a confié à l'Association le mandat d'assurer la protection du public et de statuer sur la conformité des activités de ses membres avec les règles de déontologie, mandat

added). Notably, the dissenting reasons in *Proprio Direct* engage the majority on the very question of the discipline committee's relative expertise: "Although the Act the discipline committee had to apply was its constituting statute, the committee's particular expertise is limited to disciplinary matters. It has not been shown to have general expertise in statutory interpretation" (para. 66, *per* Deschamps J., dissenting (emphasis added)).

[103] Next, in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 44, the majority notes that "*Dunsmuir* (at para. 54), says that if the interpretation of the home statute or a closely related statute by an expert decision-maker is reasonable, there is no error of law justifying intervention" (emphasis added).

[104] In *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, the majority of the Court stated that "[t]he inference to be drawn from paras. 54 and 59 of *Dunsmuir* is that courts should usually defer when the tribunal is interpreting its own statute and will only exceptionally apply a correctness standard when interpretation of that statute raises a broad question of the tribunal's authority" (para. 34). While there is no express mention of the particular familiarity of the decision-maker (the Financial Services Tribunal) with its home statute in this passage, the presence of such familiarity can be readily inferred from the home statute itself, the *Financial Services Commission of Ontario Act, 1997*, S.O. 1997, c. 28. Subsection 6(4) of that Act indicates that the Lieutenant Governor in Council is to appoint members to be a part of the tribunal "who have experience and expertise in the regulated sectors" and when assigning particular tribunal members to a panel to hear a dispute, s. 7(2) directs that the chair of the tribunal "shall take into consideration the requirements, if any,

dont elle s'acquitte en faisant appel à l'expérience et à l'expertise de son comité de discipline et qui suppose forcément l'interprétation des dispositions pertinentes » (références omises; je souligne). Il convient de signaler que, dans l'arrêt *Proprio Direct*, les juges dissidents ont attaqué la position des juges majoritaires sur la question même de l'expertise relative du comité de discipline : « [B]ien que la Loi que le comité de discipline devait appliquer ait été sa loi constitutive, ce dernier ne possède aucune expertise particulière en dehors des questions de discipline. Son expertise générale en matière d'interprétation législative n'est pas démontrée » (par. 66, la juge Deschamps, dissidente (je souligne)).

[103] Par la suite, dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 44, les juges majoritaires ont souligné que, « [s]elon l'arrêt *Dunsmuir* (au par. 54), un décideur spécialisé ne commet pas d'erreur de droit justifiant une intervention si son interprétation de sa loi constitutive ou d'une loi étroitement liée est raisonnable » (je souligne).

[104] Dans l'arrêt *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, la majorité a déclaré que, suivant les « par. 54 et 59 de *Dunsmuir*, la déférence est habituellement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive et [qu']il convient d'appliquer la norme de la décision correcte uniquement dans des cas exceptionnels, c'est-à-dire lorsque l'interprétation de cette loi soulève la question générale de la compétence du tribunal » (par. 34). Bien que ce passage ne mentionne pas expressément que le tribunal administratif (le Tribunal des services financiers) possède une connaissance approfondie de sa loi constitutive, l'existence d'une telle connaissance peut être aisément déduite de la loi constitutive elle-même, la *Loi de 1997 sur la Commission des services financiers de l'Ontario*, L.O. 1997, ch. 28. En effet, aux termes du par. 6(4) de cette loi, le lieutenant-gouverneur en conseil doit nommer à titre de membres du Tribunal des personnes « qui ont de l'expérience et des compétences dans les secteurs réglementés », et le par. 7(2) dispose que,

for experience and expertise to enable the panel to decide the issues raised in any matter before the Tribunal". Moreover, the majority reasons in *Nolan* also cite the exact language from para. 54 of *Dunsmuir*, including the portion of that paragraph referring to "particular familiarity" (para. 31).

[105] Most recently, in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, the Court commented on an interpretation by the Patented Medicine Prices Review Board of the phrase "sold in any market in Canada" found in its home statute, the *Patent Act*. While noting that the parties did not present any argument on the standard of review and proceeded on the basis of a correctness standard, Abella J. questioned that premise and observed at para. 34 that "[t]his specialized tribunal is interpreting its enabling legislation. Deference will usually be accorded in these circumstances: see *Dunsmuir*, at paras. 54 and 59".

[106] Taken together, these cases reflect the imperative that if the standard of review is to be resolved in favour of reasonableness on the basis of a category of question without the need for a contextual standard of review analysis, the category must be firmly grounded in a clear rationale for deference. In the case of an administrative body interpreting its home statute, that rationale must be based upon clear legislative intent revealed by a privative clause (*Dunsmuir*, at para. 55, first factor), or by the discrete regime or question of law in which the decision maker has specialized expertise (*Dunsmuir*, at para. 55, second and third factors). A broad category of question that accords deference solely because the decision-maker is interpreting its home statute, without reference to the particular familiarity of the decision-maker with it pays lip service to legislative intent and creates what Professor Jacobs calls a "detrimental risk of sweeping a wide variety of issues into a single

lorsqu'il affecte des membres à un comité chargé de connaître des affaires dont est saisi le Tribunal, le président « tient compte de l'expérience et des compétences qui sont nécessaires, le cas échéant, au comité pour trancher les questions soulevées dans toute affaire portée devant le Tribunal ». De plus, dans *Nolan*, les juges majoritaires citent textuellement le par. 54 de l'arrêt *Dunsmuir*, y compris le passage où il est question de « connaissance approfondie » (par. 31).

[105] Tout récemment, dans l'arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, la Cour a formulé des observations sur l'interprétation par le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés de l'expression « vente [. . .] sur le marché canadien » figurant dans sa loi constitutive, la *Loi sur les brevets*. Relevant le fait que les parties n'avaient présenté aucun argument sur la norme de contrôle applicable et avaient considéré que celle de la décision correcte s'appliquait, la juge Abella a mis en doute le bien-fondé d'une telle prémisse et fait le commentaire suivant au par. 34 : « Nous sommes en présence d'un tribunal expert qui interprète sa propre loi habilitante. La déférence est habituellement de mise dans de telles circonstances : voir *Dunsmuir*, par. 54 et 59 ».

[106] Ensemble, ces décisions indiquent que, pour que la question de la norme de contrôle applicable puisse être tranchée en faveur de la raisonabilité sur la base de la correspondance à une catégorie de questions, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une analyse contextuelle, il est impératif que cette catégorie soit solidement ancrée sur un raisonnement qui justifie nettement la déférence. Dans le cas d'un organisme administratif qui interprète sa loi constitutive, cette justification doit s'appuyer sur la volonté manifeste exprimée par le législateur au moyen d'une clause privative (*Dunsmuir*, par. 55, premier facteur) ou sur un régime administratif distinct et particulier ou une question de droit à l'égard desquels le tribunal administratif possède une expertise spéciale (*Dunsmuir*, par. 55, deuxième et troisième facteurs). L'établissement d'une vaste catégorie de questions commandant la manifestation de déférence envers le tribunal administratif du seul fait que celui-ci interprète

standard, without analysis of the expertise of the decision-maker” (L. Jacobs, “Developments in Administrative Law: The 2007-2008 Term — The Impact of *Dunsmuir*” (2008), 43 S.C.L.R. (2d) 1, at p. 31).

III. Application to This Appeal

[107] Here, there is no indication that Parliament intended the Second Committee — or any Arbitration Committee — to have particular familiarity with its home statute, the *NEBA*. Indeed, there is no legislative requirement to that effect. Counsel at the hearing before our Court were questioned regarding the appointment of Arbitration Committees, and conflicting answers were given regarding the existence of a list of appointees and their particular expertise on matters subject to arbitration under the *NEBA*.

[108] At best, what can be said is that Arbitration Committees are appointed *ad hoc* under the *NEBA* by the Minister of Natural Resources and while they may include practising lawyers, there is nothing to suggest — in the legislative scheme or otherwise — that they hold any sort of expertise or experience relative to a court when it comes to interpreting the *NEBA*. This *ad hoc* arrangement is quite unlike that of the National Energy Board, also established under the *NEBA*, which the Act requires to consist of not more than nine permanent members who serve renewable terms of seven years (see *NEBA*, s. 3). Though decisions of Arbitration Committees and the National Energy Board are both subject to review on questions of law or jurisdiction, it is notable that Parliament grants a right of appeal from a Committee decision to the Federal Court, whereas an appeal from a decision of the Board lies to the Federal Court of Appeal, upon leave being granted (see *NEBA*, ss. 101 and 22(1)). Given the broad statutory right to

sa loi constitutive, sans examen de la question de savoir s’il possède une connaissance approfondie de cette loi, ne représente pas une adhésion réelle à l’intention du législateur et crée ce que le professeur Jacobs appelle [TRADUCTION] « le risque pernicieux de faire relever une foule de questions d’une seule et même norme, sans analyse des compétences spécialisées que possède le tribunal administratif concerné » (L. Jacobs, « Developments in Administrative Law : The 2007-2008 Term — The Impact of *Dunsmuir* » (2008), 43 S.C.L.R. (2d) 1, p. 31).

III. Application au présent pourvoi

[107] En l’espèce, rien n’indique que le législateur requerrait que le second comité — ou tout comité d’arbitrage — ait une connaissance approfondie de sa loi constitutive, en l’occurrence la *LONE*. On ne trouve d’ailleurs aucune exigence en ce sens dans la loi. À l’audience devant notre Cour, les avocats ont été interrogés au sujet de la constitution des comités et ils ont donné des réponses contradictoires relativement à l’existence d’une liste des personnes nommées et de leur expertise particulière sur des questions arbitrables sous le régime de la *LONE*.

[108] Tout au plus peut-on affirmer que les comités d’arbitrage sont des comités *ad hoc*, constitués par le ministre des Ressources naturelles en vertu de la *LONE*. Et, bien qu’ils puissent y avoir des avocats en exercice dans leurs rangs, rien — dans le régime établi par la loi ou ailleurs — ne tend à indiquer qu’ils possèdent quelque expertise ou expérience particulière par rapport aux tribunaux judiciaires lorsqu’il s’agit d’interpréter la *LONE*. Ces comités sont très différents de l’Office national de l’énergie, aussi constitué en vertu de la *LONE*. Aux termes de celle-ci, l’Office est composé d’au plus neuf membres nommés pour des mandats renouvelables de sept ans (*LONE*, art. 3). Bien que tant les décisions des comités d’arbitrage que celles de l’Office soient susceptibles de contrôle judiciaire sur une question de droit ou de compétence, il convient de signaler que le législateur a prévu la possibilité d’interjeter appel des décisions des comités devant la Cour fédérale, et de celles de l’Office devant la Cour d’appel fédérale,

appeal the decision of an Arbitration Committee, even using the concurring approach advocated by Binnie J. in *Dunsmuir* (at para. 146), there would be no deference presumptively owed to decisions of Arbitration Committees because of the mere fact that the legislature designated them — and not the courts — as the decision-makers of first instance. Moreover, in respect of the Board, s. 23(1) of the *NEBA* states that “[e]xcept as provided in this Act, every decision or order of the Board is final and conclusive.” No similar provision exists with respect to Arbitration Committees.

[109] The difference in the appointment processes for these two administrative bodies created under the same statute would logically result in the National Energy Board, as an institution, possessing greater expertise and experience under the *NEBA* regarding the matters it is directed to decide, as compared to Arbitration Committees. The different avenues by which the decisions of these two bodies may be reviewed also make it evident that Parliament intended decisions of the National Energy Board be shown greater deference than those of Arbitration Committees. This counsels against creating the broad category of question adopted by Fish J. that would accord deference to any administrative decision-maker’s interpretation of its home statute except in a closed category of circumstances. I also reiterate that in *Dunsmuir*, where the adjudicator was selected *ad hoc* by mutual agreement of the parties, the majority did not rely solely on either a presumed or institutional expertise to interpret the home statute as the basis for reasonableness.

[110] In this appeal, deference should be accorded to the Second Committee, not because it interpreted its home statute, but because it exercised its statutorily conferred discretion to make an award of costs. This should be considered along with this Court’s observation in *Nolan* that costs awards are “quintessentially discretionary” (para. 126) and the

avec l’autorisation de celle-ci (*LONE*, art. 101 et par. 22(1)). Compte tenu du fait que la *LONE* prévoit un large droit d’appel des décisions des comités, on ne saurait présumer que les décisions des comités commandent la déférence du seul fait que le législateur a désigné ces derniers — et non les cours de justice — comme décideurs en première instance, et ce, même suivant l’approche préconisée par le juge Binnie dans ses motifs concourants dans *Dunsmuir* (par. 146). Qui plus est, s’agissant de l’Office, le par. 23(1) de la *LONE* précise que : « Sauf exceptions prévues à la présente loi, les décisions ou ordonnances de l’Office sont définitives et sans appel. » Aucune disposition semblable n’est prévue dans le cas des comités d’arbitrage.

[109] Eu égard à la différence qui existe entre les modes de nomination de ces deux entités administratives créées sous le régime de la même loi, l’Office posséderait logiquement une expertise et une expérience supérieures à celles des comités d’arbitrage sur les questions dont il est saisi en vertu de la *LONE*. En outre, il ressort à l’évidence des voies différentes prévues pour le contrôle des décisions de ces deux entités que le législateur entendait que soit accordée une plus grande déférence aux décisions de l’Office qu’à celles des comités. Ces considérations militent à l’encontre de la création de la vaste catégorie de questions — proposée par le juge Fish — commandant la déférence dans tous les cas où un décideur administratif interprète sa loi constitutive, sauf dans certaines circonstances limitées. Je rappelle également que, dans l’arrêt *Dunsmuir*, où le décideur était un arbitre *ad hoc* nommé de concert par les parties, les juges majoritaires ne se sont pas fondés exclusivement sur l’expertise — présumée ou institutionnelle — du décideur en matière d’interprétation de sa loi constitutive pour justifier le choix de la norme de la décision raisonnable.

[110] En l’espèce, il convient de faire montre de déférence envers le second comité, non pas parce qu’il interprétait sa loi constitutive, mais parce qu’il exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *LONE* en matière d’adjudication de frais. Il convient également de tenir compte de l’observation de notre Cour dans *Nolan* selon laquelle l’adjudication des

recognition in *Dunsmuir* that for matters involving discretion, “deference will usually apply automatically” (para. 53). Thus, in the context of s. 99(1) of the *NEBA*, which directs an Arbitration Committee to award to an expropriated party “all legal, appraisal and other costs determined by the Committee to have been reasonably incurred . . . in asserting that person’s claim for compensation”, deference should be paid to the Second Committee’s finding regarding the costs that it determined were reasonably incurred by Mr. Smith in asserting his claim for compensation. Such deference is warranted because of the clear and unequivocal language of s. 99(1). In this respect, I agree with my colleague Fish J. when he notes, at para. 31 of his reasons, that this language “reflects a legislative intention to vest in Arbitration Committees sole responsibility for determining the nature and the amount of the costs to be awarded in the disputes they are bound under the *NEBA* to resolve”. This, and not the mere fact that the Second Committee was interpreting its home statute, militates in favour of according deference.

[111] For these reasons, I would allow the appeal, with costs to Mr. Smith throughout on a solicitor-and-client basis.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Ackroyd, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Bennett Jones, Calgary.

dépens constitue « un exemple typique d’une décision discrétionnaire » (par. 126) et de la reconnaissance par celle-ci, dans *Dunsmuir*, qu’en présence d’une question touchant au pouvoir discrétionnaire « la retenue s’impose habituellement d’emblée » (par. 53). Par conséquent, dans le contexte du par. 99(1) de la *LONE*, qui enjoint au comité d’arbitrage d’accorder à l’exproprié « tous les frais, notamment de procédure et d’évaluation, que le comité estime avoir été entraînés par l’exercice du recours », la déférence s’impose à l’égard de la conclusion du second comité au sujet des frais qu’il a estimé avoir été entraînés par l’exercice du recours en indemnisation de M. Smith. Une telle déférence se justifie par le libellé clair et sans équivoque du par. 99(1). À cet égard, je souscris à l’avis exprimé par mon collègue le juge Fish au par. 31 de ses motifs que ce libellé « traduit la volonté du législateur de confier en exclusivité aux comités d’arbitrage la responsabilité de déterminer la nature et le montant des frais à accorder dans les litiges qu’ils sont tenus de trancher aux termes de la *LONE* ». Ces considérations, et non le simple fait que le second comité interprétait sa loi constitutive, militent en faveur de la déférence en l’espèce.

[111] Pour ces motifs, j’accueillerais le pourvoi et j’adjugerais les frais et dépens à M. Smith sur la base procureur-client devant toutes les juridictions.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelant : Ackroyd, Edmonton.

Procureurs de l’intimée : Bennett Jones, Calgary.

