

A-472-87

A-472-87

In the matter of the *National Energy Board Act***And in the matter of a reference by the National Energy Board pursuant to subsection 28(4) of the *Federal Court Act***

INDEXED AS: NATIONAL ENERGY BOARD (RE)

Court of Appeal, Mahoney, Stone and MacGuigan JJ.—Toronto, November 4 and 5; Ottawa, November 27, 1987.

Constitutional law — Distribution of powers — National Energy Board authorizing construction of proposed bypass pipeline from TransCanada PipeLines' metering station directly to end-user's plant — Board lacking jurisdiction — Erred in drawing analogy between broadcasting systems and pipelines — Not interprovincial "work" as pipeline entirely within Province — CCPI not operating interprovincial undertaking as bypass pipeline not necessary to operation of whole — Constitution Act, s. 92(10)(a) requiring interprovincial undertaking of transportation or communications nature — Necessary nexus test applied — Proposed pipeline not necessary to interprovincial undertaking of TCPL.

Energy — National Energy Board ordering reference to Federal Court to determine whether proposed bypass pipeline within federal legislative competence, hence within Board's jurisdiction — Board authorizing construction of pipeline — Ontario Energy Board holding it had jurisdiction over bypass lines within Province — Ontario Divisional Court upholding provincial jurisdiction over such pipelines — Court decision constituting change of circumstances raising doubt as to correctness of Board's decision — Irrelevant who brings changed circumstances to Board's attention as able of own motion to initiate review of any of its decisions — Board lacking jurisdiction as proposed pipeline not interprovincial "work" or undertaking.

This was a reference by the National Energy Board (NEB) to determine whether a proposed bypass pipeline came under the Board's jurisdiction as being within Parliament's legislative authority. Prior to March 1986, "Cyanamid" purchased gas from "Consumers'", which in turn purchased gas from TransCanada PipeLines Limited ("TCPL"). Subsequently, "CCPI" was incorporated to build and operate a 6.2 km pipeline from TCPL's meter station directly to Cyanamid's plant, bypassing Consumers' pipeline. The NEB authorized the proposed facility, but shortly thereafter the Ontario Energy Board (OEB) held that the Province had jurisdiction over bypass pipelines in

Affaire intéressant la *Loi sur l'Office national de l'énergie***a Et un renvoi effectué par l'Office national de l'énergie conformément au paragraphe 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale***

RÉPERTORIÉ: OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE (RE)

b Cour d'appel, juges Mahoney, Stone et MacGuigan—Toronto, 4 et 5 novembre; Ottawa, 27 novembre 1987.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — L'Office national de l'énergie a autorisé la construction d'un pipeline de dérivation proposé qui relierait directement le poste de comptage de TransCanada PipeLines à l'usine de l'utilisateur ultime du gaz acheminé — L'Office n'a pas la compétence requise pour donner une telle autorisation — Il a commis une erreur en dressant une analogie entre les systèmes de radiodiffusion et les pipelines — Le pipeline en cause ne constituerait pas un «ouvrage» interprovincial puisqu'il se situerait entièrement dans les limites de la province concernée — CCPI n'exploiterait pas une entreprise interprovinciale puisque le conduit de dérivation en question n'est pas nécessaire à l'exploitation de l'ensemble du réseau — L'art. 92(10)(a) de la Loi constitutionnelle exige des entreprises interprovinciales visées qu'elles relèvent des transports ou des communications — Application du critère du lien nécessaire — Le pipeline proposé n'est pas nécessaire à l'entreprise interprovinciale de TCPL.

Énergie — L'Office national de l'énergie a renvoyé devant la Cour fédérale la question de savoir si un pipeline de dérivation proposé relève de la compétence législative fédérale et, de ce fait, de la compétence de l'Office — L'Office a autorisé la construction de ce pipeline — La Commission de l'énergie de l'Ontario a conclu qu'elle avait compétence sur les canalisations de dérivation situées dans cette province — La Cour divisionnaire de l'Ontario a confirmé que la province avait compétence sur de tels pipelines — La décision de la Cour constitue un changement de circonstances soulevant un doute sur l'exactitude de la décision de l'Office — La question de savoir qui a porté le changement intervenu dans les circonstances à la connaissance de l'Office n'est pas pertinente puisque cet organisme est habilité à réviser de sa propre initiative n'importe laquelle de ses décisions — L'Office n'avait pas compétence puisque le pipeline proposé ne constituait pas un «ouvrage» ou une entreprise interprovinciale.

Il s'agit d'un renvoi effectué par l'Office national de l'énergie (ONÉ) au sujet de la question de savoir si un pipeline de dérivation proposé relevait de la compétence de l'Office parce que ressortissant à l'autorité législative du Parlement. Avant mars 1986, «Cyanamid» achetait du gaz de «Consumers'», qui elle-même achetait du gaz de TransCanada PipeLines Limited («TCPL»). Subséquemment, «CCPI» a été constituée en société pour construire et exploiter un pipeline de 6,2 km reliant le poste de comptage de TCPL directement à l'usine de Cyanamid pour court-circuiter le pipeline de Consumers'. L'ONÉ a autorisé les installations proposées mais, peu de temps après, la

Ontario (whereby an end-user of natural gas avoids using the local distribution company by tapping directly into the TCPL system). The Divisional Court upheld that decision. All appeals to this Court against the NEB decision were then withdrawn leaving CCPI with unchallenged NEB orders in its favour, but subject to possible penalties in Ontario if it proceeded to implement these orders. CCPI therefore sought from the NEB a review of the Board's decision through which a reference might be directed to this Court. The Board held that the operational integration of the enterprises was not sufficient to consider the two pipelines as one, indivisible pipeline system. Neither party's operation was under the care, control or direction of the other. However, relying on the Supreme Court of Canada decisions in *Luscar*, *Capital Cities* and *Dionne*, the Board held that the proposed pipeline, although located entirely in the Province, would form a link in a chain for the interprovincial transmission of gas.

Held, the proposed pipeline was not within the NEB's jurisdiction.

A preliminary issue of whether the Board had jurisdiction to order the reference was raised. It is well established that the determination of any question so referred must be required to deal with the matter that is before the tribunal making the reference, and not with a merely academic matter. In ordering the reference the Board correctly held that the Divisional Court's decision, which had the effect of nullifying the Board's orders with respect to the CCPI application, was a sufficient change in circumstances to "raise a doubt" regarding the correctness of the previous orders. The Board was also correct in holding that it did not matter that it was the successful party (CCPI) which brought the altered circumstances to the Board's attention, as the Board had the power to initiate of its own motion, a review of any of its decisions.

On the constitutional question, the Board erred in relying so heavily on the cable-television cases. When the Board saw a close analogy between the purpose served by transmission cables and the proposed pipeline, it should have been comparing broadcasting transmission and pipelines. The Supreme Court of Canada has made it clear that cable transmission was under federal jurisdiction because it was part of a single undertaking (broadcasting), which had already been determined to be within federal competence. If one compares natural gas systems and broadcasting systems, there are few similarities. Radio waves are not confined in space, as gas is confined in a pipeline, and so bear no relationship to territorial boundaries. Their reception is virtually instantaneous. Also, the necessity for allocating space, in the frequency spectrum suggests the need to regulate both the interprovincial and intrapro-

Commission de l'énergie de l'Ontario (CÉO) a conclu que cette province avait compétence relativement aux pipelines de dérivation en Ontario (pipelines par lesquels les utilisateurs ultimes de gaz naturel évitent d'utiliser le pipeline de la compagnie de distribution locale en se raccordant directement au réseau de TCPL). La Cour divisionnaire a maintenu cette décision. Tous les appels interjetés de cette décision de l'ONÉ devant cette Cour ont alors été retirés, de sorte que CCPI s'est trouvée dans une situation où l'exécution d'ordonnances non contestées prononcées en sa faveur par l'ONÉ risquerait de lui faire encourir des pénalités dans la province d'Ontario. CCPI a donc sollicité de l'ONÉ qu'il révise sa décision et prescrive un renvoi devant cette Cour. L'Office a conclu que le degré d'intégration opérationnelle de ces entreprises n'était pas suffisant pour considérer les deux pipelines comme un réseau pipelinier indivisible. Aucune de ces deux sociétés n'exercerait ses activités sous les soins de l'autre; aucune n'aurait la commande ou la direction des activités de l'autre. Toutefois, s'appuyant sur les décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Luscar*, *Capital Cities* et *Dionne*, l'Office a décidé que le pipeline proposé, bien qu'entièrement situé à l'intérieur de la province, constituerait un maillon d'une chaîne permettant le transport interprovincial du gaz.

Arrêt: le pipeline proposé ne relevait pas de la compétence de l'ONÉ.

La question préliminaire de la compétence de l'ONÉ à prononcer l'ordonnance de renvoi en l'espèce a été soulevée. Il est bien établi que le jugement de toute question ainsi renvoyée doit être nécessaire pour pouvoir régler l'affaire pendante devant le tribunal qui fait le renvoi et ne vise pas la solution d'une simple question de droit théorique. En ordonnant le renvoi, l'Office a conclu avec raison que la décision de la Cour divisionnaire, qui avait pour conséquence d'annuler les ordonnances prononcées par l'Office relativement à la demande de CCPI, constituait un changement de circonstances suffisant pour «soulever un doute» quant à l'exactitude de ses ordonnances antérieures. L'Office était également justifié de conclure à la non pertinence du fait que c'était la partie ayant eu gain de cause (CCPI) qui avait porté les circonstances nouvelles à la connaissance de l'Office, puisque cet organisme était habilité à entreprendre la révision de n'importe laquelle de ses décisions de sa propre initiative.

Concernant la question constitutionnelle, l'Office a commis une erreur en s'appuyant aussi fortement qu'il l'a fait sur les arrêts relatifs à la télévision par câble. Alors que l'Office a vu une analogie étroite entre les objets de la transmission par câble et ceux du pipeline proposé, cet organisme aurait dû comparer la transmission par radiodiffusion et la transmission par pipeline. La Cour suprême du Canada a établi clairement que la transmission par câble relevait de la compétence fédérale parce qu'elle faisait partie d'une entreprise intégrée (la radiodiffusion) déjà déclarée de compétence fédérale. La comparaison des systèmes d'acheminement du gaz naturel et des systèmes de radiodiffusion révèle qu'ils ont peu d'aspects communs. Les ondes radio ne sont pas confinées dans un espace clos comme le gaz est confiné dans un pipeline et, en conséquence, de telles ondes ne sont aucunement touchées par les limites territoriales. Leur réception est pratiquement instantanée. De plus, la nécessité qu'un espace soit alloué dans le spectre des fréquences suggère que le pouvoir de réglementer les radiodiffuseurs interprovinciaux doit s'accompagner de celui de réglementer aussi

vincial broadcaster. The broadcasting analogy was inappropriate for natural gas pipelines.

The Board also erred in relying on the *Luscar* decision, because there a railway line constructed and owned by an intraprovincial company was operated by C.N., an interprovincial company. No similar agreement whereby TCPL would operate the proposed pipeline existed here.

In order for a work or undertaking to fall under federal jurisdiction under paragraph 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, it must either be an interprovincial work or undertaking or be joined to an interprovincial work or undertaking through a necessary nexus. In the *Luscar* case, the necessary nexus making the branch line a link in the interprovincial chain was the operating agreement. In the cable-television cases, the necessary nexus was the inseparability of the medium and the message. The only authority which resisted the necessary nexus approach was the *Winner* case, and there the Privy Council limited its holding to the exact facts. The suggestion that there was a "purpose/nature of the undertaking test" whereby jurisdiction was attributed on the basis of the overall purpose of an enterprise was limited to cases where there was a single business undertaking. Failing an application by TCPL to build and operate the bypass pipeline as its own, the necessary nexus test must be met to establish federal jurisdiction under paragraph 92(10)(a).

As the proposed pipeline would be solely within Ontario, it cannot be an interprovincial "work" (defined as "physical things, not services"). Mere physical connection to an interprovincial work is not sufficient to found federal jurisdiction.

The bypass pipeline was not part of an interprovincial undertaking by CCPI because it was not necessary to the operation of the whole. Even if CCPI could be considered to be engaged in an interprovincial undertaking, it would not be of a transportation or communications character such as is required for federal jurisdiction under paragraph 92(10)(a). Although TCPL operated an interprovincial undertaking, the proposed pipeline was not integral or necessary to TCPL's interprovincial transmission of natural gas. The proposed pipeline offered no advantage to TCPL, but served as one end-user's link with the main line.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1), ss. 91(2),(29), 92(10)(a).
[Draft] *NEB Rules of Practice and Procedure*, R. 41.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(4).
National Energy Board Act, R.S.C. 1970, c. N-6, ss.

les radiodiffuseurs intraprovinciaux. La radiodiffusion et les pipelines de gaz naturel ne se prêtaient pas à une analogie.

L'Office a également commis une erreur en s'appuyant sur l'arrêt *Luscar* puisque, dans cette affaire, une ligne de chemin de fer construite et possédée par une société intraprovinciale était exploitée par le C.N., une société interprovinciale. Aucune semblable entente permettant à TCPL d'exploiter le pipeline proposé n'existait en l'espèce.

Un ouvrage ou un entreprise doit, pour relever de la compétence fédérale en vertu de l'alinéa 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit constituer un ouvrage ou une entreprise interprovinciale, soit être attaché à un ouvrage ou une entreprise interprovinciale entretenant avec lui ou elle un lien nécessaire. Dans l'arrêt *Luscar*, le lien nécessaire faisant du tronçon un maillon de la chaîne interprovinciale était l'entente sur la mise en service du chemin de fer. Dans les arrêts relatifs à la télévision par câble, ce lien nécessaire tenait à l'indivisibilité du moyen de communication et du message qu'il transmet. La seule décision s'opposant à l'application du critère du lien nécessaire est l'arrêt *Winner*, dans lequel le Conseil privé a limité sa conclusion aux faits précis de cette espèce. La suggestion qu'il existait un critère appelé «l'objectif/la nature de l'entreprise», suivant lequel la compétence devait être attribuée selon l'objet global de l'entreprise concernée, s'est limitée aux affaires dans lesquelles une seule entreprise commerciale était visée. En l'absence d'une demande de TCPL visant la construction et l'exploitation du pipeline de dérivation pour son propre compte, il doit être satisfait au critère du lien nécessaire pour que la compétence fédérale se trouve établie suivant l'alinéa 92(10)a).

Comme le pipeline proposé serait situé uniquement en Ontario, il ne peut constituer un «ouvrage» (défini comme «des choses matérielles et non des services») interprovinciale. Le seul fait d'être raccordé à un ouvrage interprovinciale ne suffit pas à fonder une compétence fédérale.

Le pipeline de dérivation ne faisait pas partie d'une entreprise interprovinciale de CCPI parce qu'il n'était pas nécessaire à l'exploitation de l'ensemble envisagé. Même si CCPI pouvait être considérée comme se livrant à une entreprise interprovinciale, il ne s'agirait pas d'une entreprise relevant du transport ou des communications conformément aux exigences posées par l'alinéa 92(10)a) pour qu'il y ait compétence fédérale. Même si TCPL exploitait une entreprise interprovinciale, le pipeline proposé ne faisait pas partie intégrante du réseau interprovincial de transport de gaz naturel de TCPL et n'était pas nécessaire à ce transport. Le pipeline proposé n'offrait aucun avantage à TCPL mais servait à relier un utilisateur ultime à la canalisation principale.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1), art. 91(2),(29), 92(10)a).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 28(4).
Loi sur l'Office national de l'énergie, S.R.C. 1970, chap. N-6, art. 17(1), 49 (mod. par S.C. 1980-81-82-83,

17(1), 49 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 116, s. 15), 59(3) (as am. *idem*, s. 17).

chap. 116, art. 15), 59(3) (mod., *idem*, art. 17).
[Projet de] Règles de pratique et de procédure de l'ONÉ,
Règle 41.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

British Columbia Electric Ry. Co. Ltd. et al. v. Canadian National Ry. Co. et al., [1932] S.C.R. 161; *Cannet Freight Cartage Ltd. (In re)*, [1976] 1 F.C. 174; (1976), 11 N.R. 606; (1975), 60 D.L.R. (3d) 473 (C.A.); *Montreal City v. Montreal Street Railway Company*, [1912] A.C. 333 (P.C.); *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (P.C.); *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co. Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 486; 124 D.L.R. (3d) 674 (Div. Ct.).

DISTINGUISHED:

Luscar Collieries v. McDonald, [1927] A.C. 925 (P.C.); *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 541 (P.C.); *Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian Radio-Television Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141; (1978), 18 N.R. 181; (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; *Public Service Board et al. v. Dionne et al.*, [1978] 2 S.C.R. 191; (1978), 18 N.R. 271.

CONSIDERED:

Dome Petroleum Ltd. v. National Energy Board (1987), 73 N.R. 135 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Public Service Staff Relations Act (Reference re), [1973] F.C. 604 (C.A.); *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1974] F.C. 398 (C.A.); *Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1985] 2 F.C. 472; (1984), 17 Admin.L.R. 149 (T.D.); *revd* [1986] 2 F.C. 179; (1985), 17 Admin.L.R. 190 (C.A.); *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529; *Letter Carrier's [sic] Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers et al.*, [1975] 1 S.C.R. 178; *Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 322; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, (#1), [1980] 1 S.C.R. 115; (#2), [1983] 1 S.C.R. 733; *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.).

AUTHORS CITED:

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: The Carswell Company Limited, 1985.

COUNSEL:

H. Soudek and Sandra K. Fraser for National Energy Board.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

British Columbia Electric Ry. Co. Ltd. et al. v. Canadian National Ry. Co. et al., [1932] R.C.S. 161; *Cannet Freight Cartage Ltd. (In re)*, [1976] 1 C.F. 174; (1976), 11 N.R. 606; (1975), 60 D.L.R. (3d) 473 (C.A.); *Montreal City v. Montreal Street Railway Company*, [1912] A.C. 333 (P.C.); *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (P.C.); *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co. Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 486; 124 D.L.R. (3d) 674 (C. div.).

DÉCISIONS DISTINGUÉES:

Luscar Collieries v. McDonald, [1927] A.C. 925 (P.C.); *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 541 (P.C.); *Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; (1978), 18 N.R. 181; (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; *Régie des services publics et autres c. Dionne et autres*, [1978] 2 R.C.S. 191; (1978), 18 N.R. 271.

DÉCISION EXAMINÉE:

Dome Petroleum Ltd. c. Office national de l'énergie (1987), 73 N.R. 135 (C.A.F.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique (In re), [1973] C.F. 604 (C.A.); *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1974] C.F. 398 (C.A.); *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1985] 2 C.F. 472; (1984), 17 Admin.L.R. 149 (1^{re} inst.); *infirmé par* [1986] 2 C.F. 179; (1985), 17 Admin.L.R. 190 (C.A.); *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada et autre*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 322; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, (#1), [1980] 1 R.C.S. 115; (#2), [1983] 1 R.C.S. 733; *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.).

DOCTRINE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2^e ed. Toronto: The Carswell Company Limited, 1985.

AVOCATS:

H. Soudek et Sandra K. Fraser pour l'Office national de l'énergie.

C. Kemm Yates and D. E. Crowther for Cyanamid Canada Pipeline Inc.

Barbara A. McIsaac for Attorney General of Canada.

Michael M. Peterson and M. P. Tunley for C.I.L. Inc. a

Martin Sclisizzi and E. M. Roher for Suncor Inc.

D. O. Sabey, Q.C. for Simplot Chemical Company Ltd. b

Richard Claus van Banning for Nitrochem Inc.

J. H. Farrell and M. S. F. Watson for Consumers' Gas.

B. H. Kellock, Q.C. for Union Gas. c

D. S. Morrilt for I.C.G. Utilities.

B. Wright and M. Helie for Attorney General of Ontario.

Barbara C. Howell for Attorney General of Alberta. d

No one appearing for Attorney General of British Columbia.

N. D. Shende, Q.C. for Attorney General of Manitoba.

No one appearing for Attorney General for Saskatchewan. e

Louis Crête and Ann M. Bigue for Gaz Métropolitain.

T. John Hopwood, Q.C. for Novacorp. f

D. M. Masuhara for Inland Natural Gas.

Stephen T. Goudge, Q.C. for Ontario Energy Board.

C. Kemm Yates et D. E. Crowther pour Cyanamid Canada Pipeline Inc.

Barbara A. McIsaac pour le procureur général du Canada.

Michael M. Peterson et M. P. Tunley pour C.I.L. Inc.

Martin Sclisizzi et E. M. Roher pour Suncor Inc.

D. O. Sabey, c.r. pour Simplot Chemical Company Ltd.

Richard Claus van Banning pour Nitrochem Inc.

J. H. Farrell et M. S. F. Watson pour Consumers' Gas.

B. H. Kellock, c.r. pour Union Gas.

D. S. Morrilt pour I.C.G. Utilities.

B. Wright et M. Helie pour le procureur général de l'Ontario.

Barbara C. Howell pour le procureur général de l'Alberta.

Personne n'a comparu pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

N. D. Shende, c.r. pour le procureur général du Manitoba.

Personne n'a comparu pour le procureur général de la Saskatchewan.

Louis Crête et Ann M. Bigue pour Gaz Métropolitain.

T. John Hopwood, c.r. pour Novacorp. g

D. M. Masuhara pour Inland Natural Gas.

Stephen T. Goudge, c.r. pour la Commission de l'énergie de l'Ontario.

SOLICITORS:

Legal Services, National Energy Board, Ottawa, for National Energy Board.

Fenerty, Robertson, Fraser & Hatch, Calgary, for Cyanamid Canada Pipeline Inc. h

Deputy Attorney General of Canada for Attorney General of Canada.

Tilley, Carson & Findlay, Toronto, for C.I.L. Inc.

Tilley, Carson & Findlay, Toronto, pour Suncor Inc. i

Bennett Jones, Calgary, for Simplot Chemical Company Ltd.

Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto, for Nitrochem Inc.

Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto, for Consumers' Gas. j

PROCUREURS:

Contentieux de l'Office national de l'énergie, Ottawa, pour l'Office national de l'énergie.

Fenerty, Robertson, Fraser & Hatch, Calgary, pour Cyanamid Canada Pipeline Inc.

Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada.

Tilley, Carson & Findlay, Toronto, pour C.I.L. Inc.

Tilley, Carson & Findlay, Toronto, pour Suncor Inc.

Bennett Jones, Calgary, pour Simplot Chemical Company Ltd.

Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto, pour Nitrochem Inc.

Smith, Lyons, Torrance, Stevenson & Mayer, Toronto, pour Consumers' Gas.

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, for Union Gas.

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto, for I.C.G. Utilities.

Ministry of Attorney General, Toronto, for Attorney General of Ontario. ^a

Field & Field, Edmonton, for Attorney General of Alberta.

Ministry of Attorney General, Legal Services Branch, Victoria, for Attorney General of British Columbia. ^b

Legal Services, Winnipeg, for Attorney General of Manitoba.

Legal Services, Regina, for Attorney General of Saskatchewan. ^c

Clarkson, Tétrault, Montréal, for Gaz Métropolitain.

Howard, Mackie, Calgary, for Novacorp.

Legal Services, Inland Natural Gas, Vancouver, for Inland Natural Gas. ^d

Gowling & Henderson, Toronto, for Ontario Energy Board.

Blake, Cassels & Graydon, Toronto, pour Union Gas.

Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto, pour I.C.G. Utilities.

Ministère du procureur général, Toronto, pour le procureur général de l'Ontario.

Field & Field, Edmonton, pour le procureur général de l'Alberta.

Ministère du procureur général, Legal Services Branch, Victoria, pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

Legal Services, Winnipeg, pour le procureur général du Manitoba.

Legal Services, Regina, pour le procureur général de la Saskatchewan.

Clarkson, Tétrault, Montréal, pour Gaz Métropolitain.

Howard, Mackie, Calgary, pour Novacorp.

Contentieux de Inland Natural Gas, Vancouver, pour Inland Natural Gas.

Gowling & Henderson, Toronto, pour la Commission de l'énergie de l'Ontario.

The following are the reasons for judgment rendered in English by ^e

MACGUIGAN J.: This is a reference by the National Energy Board ("the NEB" or "the Board") under subsection 28(4) of the *Federal Court Act* [R.S.C. (2nd Supp.), c. 10]. The question referred is as follows:

Are the pipeline facilities proposed to be constructed and operated by Cyanamid Canada Pipeline Inc. within the jurisdiction of the National Energy Board as being within the legislative authority of the Parliament of Canada pursuant to the *Constitution Act, 1867*?

I

Cyanamid Canada Inc. ("Cyanamid") operates a manufacturing plant for nitrogen fertilizer products near Welland, Ontario, which utilizes natural gas as feedstock and as fuel. Prior to March 1986, Cyanamid purchased its total gas requirement from Consumers' Gas Company Ltd. ("Consumers'"), which in turn purchased system gas from TransCanada PipeLines Limited ("TCPL").

However by the "Western Accord" of March 28, 1985, the Governments of Canada, Alberta,

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par ^e

LE JUGE MACGUIGAN: Il s'agit d'un renvoi effectué par l'Office national de l'énergie («l'ONÉ» ou «l'Office») conformément au paragraphe 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10]. La question renvoyée devant la Cour est la suivante:

[TRADUCTION] Les installations pipelinières que Cyanamid Canada Pipeline Inc. propose de construire et d'exploiter relèvent-elles de la compétence de l'Office national de l'énergie en ce qu'elles ressortiraient à l'autorité législative conférée au Parlement du Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

I

Cyanamid Canada Inc. («Cyanamid») exploite près de Welland, en Ontario, une usine de fabrication d'engrais azotés utilisant le gaz naturel comme charge d'alimentation et comme combustible. Avant mars 1986, Cyanamid achetait tout le gaz dont elle avait besoin de Consumers' Gas Company Ltd. («Consumers'»), qui elle-même achetait du gaz de réseau de TransCanada PipeLines Limited («TCPL»).

Toutefois, dans l'«Accord de l'Ouest», en date du 28 mars 1985, les gouvernements du Canada, de

British Columbia and Saskatchewan agreed on a more market-oriented domestic pricing regime for natural gas, an initiative which was further developed by the so-called "Hallowe'en Agreement" of October 31, 1985.

To take advantage of the new arrangements, Cyanamid incorporated Cyanamid Canada Pipeline Inc. ("CCPI") as a federally-incorporated corporation in 1985. By application dated October 3, 1985, CCPI applied to the NEB for, *inter alia*, an order of the Board under section 49 of the *National Energy Board Act* [R.S.C. 1970, c. N-6 (as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 116, s. 15)] ("the Act") authorizing the construction and operation of a 6.2 km pipeline for the transmission of gas from the Welland plant site of Cyanamid to the Black Horse Meter Station site of TCPL and an order under subsection 59(3) [as am. *idem.*, s. 17] of the Act directing TCPL to construct inter-connecting facilities between the TCPL pipeline system and the applicant's proposed new pipeline at the Black Horse Station. CCPI's proposed pipeline would have the effect of bypassing Consumers' existing pipeline from the Black Horse Station to the Welland plant which presently supplies Cyanamid and a score of other customers, with cost savings for Cyanamid. After holding public hearings the Board granted both requested orders in December 1986 (Order No. XG-13-86 and Order No. MO-63-86 respectively).

In the interim period Cyanamid had entered into a gas purchase agreement with a gas producer in Alberta, had applied for and received an Alberta Energy Removal Permit, had received interim regulatory approval for transmission of that gas on the TCPL and Consumers' systems, and gas flow had commenced in March 1986. Cyanamid had originally intended that all of these arrangements should be made on its behalf by CCPI, but Consumers' insisted that it would deal only with Cyanamid itself. Cyanamid still proposes, however, to assign the gas purchase agreement to

l'Alberta, de la Colombie-Britannique et de la Saskatchewan s'entendaient pour instaurer un régime de fixation des prix intérieurs du gaz naturel qui soit davantage axé sur les conditions du marché; une entente en date du 31 octobre 1985 surnommée [TRADUCTION] «Entente de l'Hallowe'en», développait davantage cette initiative.

Afin de profiter de ces nouveaux arrangements, Cyanamid a constitué la société Cyanamid Canada Pipeline Inc. («CCPI») conformément à la loi fédérale en 1985. Dans une demande en date du 3 octobre 1985, CCPI sollicitait entre autres de l'ONÉ une ordonnance fondée sur l'article 49 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* [S.R.C. 1970, chap. N-6 (mod. par S.C. 1980-81-82-83, chap. 116, art. 15)] («la Loi») autorisant la construction et l'exploitation d'un pipeline de 6,2 km en vue de la transmission du gaz de l'emplacement de l'usine de Welland de Cyanamid à l'emplacement du poste de comptage de Black Horse de TCPL ainsi qu'une ordonnance fondée sur le paragraphe 59(3) de la Loi [mod., *idem.*, art. 17] prescrivant à TCPL de construire des installations de raccordement entre le réseau de canalisation de TCPL et la nouvelle canalisation proposée par la requérante au poste de Black Horse. La canalisation proposée par CCPI se trouverait à court-circuiter le pipeline de Consumers' s'étendant du poste de Black Horse à l'usine de Welland et approvisionnant actuellement Cyanamid ainsi qu'une vingtaine d'autres clients, pour permettre à Cyanamid de réaliser des économies. L'Office, après avoir tenu des audiences publiques, a prononcé les deux ordonnances sollicitées en décembre 1986 (celles-ci portent respectivement les numéros XG-13-86 et MO-63-86).

Cyanamid avait entre temps conclu une entente d'achat de gaz avec un producteur de l'Alberta, demandé et obtenu un permis d'acheminement d'énergie hors de l'Alberta (*Alberta Energy Removal Permit*) et obtenu une approbation réglementaire provisoire relativement à la transmission de ce gaz par les réseaux de TCPL et de Consumers', et l'acheminement du gaz avait commencé en mars 1986. L'intention initiale de Cyanamid était de faire conclure tous ces arrangements pour son compte par CCPI, mais Consumers' a maintenu qu'elle ne traiterait qu'avec Cyanamid elle-

CCPI, with the Alberta Energy Removal Permit to be re-issued in the name of CCPI.

A nomination procedure would be used by CCPI for the purchase of gas. CCPI would nominate, as frequently as daily (by mid-afternoon for the next morning) the volume of gas required by its Welland plant. Nominations would be telecopied both to the Alberta gas producer and to TCPL, and if accepted by both, would be delivered by the producers to the TCPL system at Empress, Alberta, and to CCPI at the Black Horse Station. Delivery would be made on a next-day basis despite the fact that the actual flow-through time for gas from Empress to Welland is several days. Gas delivered by TCPL to CCPI would be metered at the Black Horse Station, and again at the point of sale by CCPI to Cyanamid. Although TCPL would retain the right to isolate the CCPI pipeline from the TCPL system in special circumstances by closing the manually operated valves which connect the two pipelines, CCPI would normally control the flow of gas into its line.

Soon after CCPI's initial application to the NEB, the Ontario Energy Board (the "OEB") called hearings on its own motion to enquire into the issue of bypass, which it defined as the means by which an end-user of natural gas in Ontario, such as Cyanamid, avoids using the local distribution company ("LDC"), such as Consumers', by tapping directly into the TCPL system. On December 10, 1986, the OEB held that the province of Ontario, with the OEB as its delegate, has jurisdiction over bypass lines in Ontario, and stated a case to the Divisional Court of the Supreme Court of Ontario to confirm the OEB's jurisdiction with respect to bypass. The Divisional Court in a decision dated March 26, 1987, (Action No. 1243-86) upheld provincial jurisdiction with respect to the typical bypass which *inter alia* is located entirely within the province and is owned,

même. Cyanamid entend toujours céder l'entente sur l'achat de gaz à CCPI, le permis d'acheminement d'énergie hors de l'Alberta devant alors être délivré au nom de CCPI.

^a Une procédure de désignation serait observée par CCPI dans l'achat de gaz. CCPI désignerait, à des intervalles pouvant être aussi rapprochés qu'une journée (avant le milieu de l'après-midi pour le matin suivant), le volume de gaz nécessaire à son usine de Welland. Ces désignations seraient communiquées à la fois au producteur de gaz albertain et à TCPL par télécopieur; une fois cette commande acceptée par ces deux sociétés, le gaz ^b serait livré par les producteurs au réseau de TCPL ^c à Empress, en Alberta, ainsi qu'à CCPI au poste de Black Horse. La livraison aurait lieu le jour suivant celui de la commande même si l'acheminement du gaz d'Empress à Welland demande en fait ^d plusieurs jours. Le gaz livré par TCPL à CCPI serait mesuré au poste de Black Horse et le serait à nouveau au point de la vente par CCPI à Cyanamid. Bien que TCPL conserverait le droit d'isoler la canalisation de CCPI de son propre réseau dans ^e des circonstances particulières en fermant manuellement les vannes reliant les deux pipelines en cause, CCPI aurait normalement le contrôle de l'acheminement du gaz dans sa canalisation.

^f Peu après la présentation de la demande initiale de CCPI à l'ONÉ, la Commission de l'énergie de l'Ontario («la CÉO») a convoqué des audiences de son propre chef pour faire enquête sur la question de la dérivation, qu'elle a définie comme le moyen ^g par lequel un utilisateur ultime de gaz naturel en Ontario, tel Cyanamid, évite de faire appel aux services de la compagnie de distribution locale («CDL»), comme Consumers', en se raccordant directement au réseau de TCPL. Le 10 décembre ^h 1986, la CÉO a décidé que la province d'Ontario, par son intermédiaire, a compétence sur les canalisations de dérivation de l'Ontario; elle a présenté un exposé de cause à la Cour divisionnaire de la ⁱ Cour suprême de l'Ontario en lui demandant de confirmer la compétence de la CÉO à l'égard de la dérivation. La Cour divisionnaire, dans une décision en date du 26 mars 1987 (action n° 1243-86), a confirmé que la province avait compétence à ^j l'égard de la dérivation typique qui, entre autres choses, est située entièrement dans les limites de la province et est possédée, contrôlée, maintenue et

controlled, maintained, and operated separately from the interprovincial work to which it is linked.

Following this decision of the Divisional Court, all the applications for leave to appeal which had been lodged with this Court by LDC's against the NEB decision were withdrawn, leaving CCPI with unchallenged NEB orders in its favour, but nevertheless subject to possible penalties in the province of Ontario if it proceeded to implement these NEB orders. CCPI therefore sought from the NEB under subsection 17(1) of the Act a review of the Board's decision through which a reference might be directed to this Court under subsection 28(4) of the *Federal Court Act*. This order of reference was granted by the Board on June 11, 1987.

In the meantime the Lieutenant Governor of Ontario, by Order in Council O.C. 1079/87, dated April 30, 1987, referred the question of provincial legislative jurisdiction over typical bypass pipelines for hearing and consideration by the Ontario Court of Appeal. We were informed during argument that the matter had already been argued before that Court and reserved for its decision.

II

A preliminary issue was raised by several parties as to the jurisdiction of the NEB to make this order of reference.

The relevant part of subsection 28(4) of the *Federal Court Act* reads as follows:

28. ...

(4) A federal board ... may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Court of Appeal for hearing and determination.

This Court has held that the determination of any question so referred must be required "for the purpose of dealing with the matter that is before the tribunal making the reference and does not contemplate determination of a question of law expressed in academic terms": *Public Service Staff Relations Act (Reference re)*, [1973] F.C. 604 (C.A.), at page 615; *Martin Service Station Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1974] F.C. 398 (C.A.), at page 400. It was argued that, since there was no proceeding pending before the NEB

exploitée séparément de l'ouvrage interprovincial auquel elle est reliée.

À la suite de cette décision de la Cour divisionnaire, toutes les demandes d'autorisation d'interjeter appel de la décision de l'ONÉ qui avaient été déposées devant cette Cour par les CDL ont été retirées, de sorte que CCPI s'est trouvée dans une situation où l'exécution d'ordonnances non contestées prononcées en sa faveur par l'ONÉ risquerait de lui faire encourir des pénalités dans la province d'Ontario. CCPI a donc, conformément au paragraphe 17(1) de la Loi, sollicité de l'ONÉ qu'il révise sa décision et prescrive un renvoi devant cette Cour conformément au paragraphe 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cette ordonnance de renvoi a été accordée par l'Office le 11 juin 1987.

Entre temps, le lieutenant-gouverneur de l'Ontario, par le décret O.C. 1079/87, en date du 30 avril 1987, a renvoyé la question de la compétence législative provinciale sur les pipelines de dérivation typique devant la Cour d'appel de l'Ontario pour audition et examen. On nous a informés au cours du débat que la question a déjà été plaidée devant cette Cour et que celle-ci l'a prise en délibéré.

II

Plusieurs parties ont soulevé la question préliminaire de la compétence de l'ONÉ à prononcer l'ordonnance de renvoi en l'espèce.

La partie pertinente du paragraphe 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale* est ainsi libellée:

28. ...

(4) Un office, ... fédéral ... peut, à tout stade de ses procédures, renvoyer devant la Cour d'appel pour audition et jugement, toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

Cette Cour a décidé que le jugement de toute question ainsi renvoyée doit être nécessaire «pour pouvoir régler l'affaire pendante devant le tribunal qui fait le renvoi. Il ne vise pas la solution d'une question de droit théorique»: *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique (In re)*, [1973] C.F. 604 (C.A.), à la page 615; *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1974] C.F. 398 (C.A.), à la page 400. Il a été allégué qu'aucune instance ne se trouvant pendante devant l'ONÉ au moment de la présentation

when the review application was made by CCPI, it could not as the successful party seek a review without running afoul of this rule against generalized and speculative references.

Subsection 17(1) of the Act, under which CCPI sought and the Board granted the review reads as follows:

17. (1) Subject to subsection (2), the Board may review, rescind, change, alter or vary any order or decision made by it, or may re-hear any application before deciding it.

Subsection (2) has no application in the instant case.

Section 41 of the [Draft] *NEB Rules of Practice and Procedure*, is as follows:

PART V

APPLICATIONS FOR REVIEW OR REHEARING

Applications

41. (1) An application for review or rehearing pursuant to subsection 17(1) of the Act shall be filed in writing with the Secretary.

(2) An application pursuant to subsection (1) shall contain a clear and concise statement of the facts, the nature of the order or decision applied for, and the grounds that the applicant considers sufficient

(a) in the case of an application for review, to raise a doubt as to the correctness of the order or decision including

- (i) any error of law or jurisdiction;
- (ii) changed circumstances that have arisen since the issuance of the order or decision;
- (iii) new facts that have arisen since the issuance of the order or decision; and
- (iv) facts that were not placed in evidence in the original proceeding and that were not discoverable by reasonable diligence; and

(b) in the case of an application for rehearing, to justify a rehearing including

- (i) any error of law or jurisdiction;
- (ii) changed circumstances that have arisen since the original proceeding;
- (iii) new facts that have arisen since the original proceeding; and
- (iv) facts that were not placed in evidence in the original proceeding and that were not discoverable by reasonable diligence.

(3) The applicant shall serve a copy of his application on every person who was a party to the original proceeding.

de la demande de révision par CCPI, cette dernière, ayant eu gain de cause, ne pouvait solliciter une révision sans enfreindre la règle ci-haut mentionnée qui interdit les renvois à caractère général et spéculatif.

Le paragraphe 17(1) de la Loi, sur lequel se sont appuyés CCPI pour solliciter et l'Office pour accorder la révision, est libellé de la façon suivante:

17. (1) Sous réserve du paragraphe (2), l'Office peut réviser, rescinder, changer ou modifier toute ordonnance ou décision par lui rendue, ou peut procéder à une nouvelle audition d'une demande avant d'en décider.

Le paragraphe (2) de cet article ne s'applique point à la présente espèce.

L'article 41 [Projet de] *Règles de pratique et de procédure de l'ONÉ* est rédigé de la façon suivante:

PARTIE V

DEMANDES DE RÉVISION OU POUR UNE NOUVELLE AUDIENCE

Demandes

41. (1) Toute demande de révision ou pour une nouvelle audience, soumise en vertu du paragraphe 17(1) de la Loi, doit être déposée par écrit auprès du Secrétaire.

(2) Toute demande déposée en vertu du paragraphe (1) doit contenir un exposé clair et concis des faits, la nature de l'ordonnance ou de la décision recherchée, et les raisons que le demandeur juge suffisantes

a) dans le cas d'une demande de révision, pour soulever un doute quant à l'exactitude de l'ordonnance ou de la décision, y compris

- i) toute erreur de droit ou de compétence,
- ii) les nouvelles circonstances survenues depuis que l'ordonnance ou la décision a été rendue,
- iii) les nouveaux faits survenus depuis que l'ordonnance ou la décision a été rendue, et
- iv) les faits qui n'ont pas été mis en preuve à l'instance initiale et qu'on ne pouvait pas découvrir, même en y apportant un soin raisonnable; et

b) dans le cas d'une demande pour une nouvelle audience, afin de justifier la tenue de celle-ci, y compris

- i) toute erreur de droit ou de compétence;
- ii) les nouvelles circonstances survenues depuis l'instance initiale,
- iii) les nouveaux faits survenus depuis l'instance initiale,

iv) les faits qui n'ont pas été mis en preuve à l'instance initiale et qu'on ne pouvait pas découvrir, même en y apportant un soin raisonnable.

(3) Le demandeur doit signifier un exemplaire de sa demande à toutes les parties à l'instance initiale.

In the Board's reasons for decision of May 29, 1987, for its Order No. MO-15-87 of June 11, 1987, it resolved this issue as follows (at pages 4-5):

Section 17 of the Act does not limit the right of review to parties who are aggrieved by a decision of the Board; neither does that section restrict a party applying for a review to requesting that the decision be changed. In point of fact, the Act is silent with respect to these matters. In the Board's view subsection 17(1) of the Act gives it the unfettered discretion to review, rescind, change, alter or vary any order or decision made by it. No caveats are attached to this wide power of review. The Board does not agree with the submission that a review where no change is sought is in effect a re-hearing

It is the Board's view that CCPI has met the test set out in Rule 41. A Court of competent jurisdiction has ruled that "typical" bypasses within Ontario are within the exclusive jurisdiction of the OEB. In the Board's view this decision of the Ontario Divisional Court amounts to changed circumstances that have arisen since the Board issued its jurisdictional decision and this change in circumstances raises a doubt as to the correctness of the Board's decision that it had jurisdiction over the applied-for facilities. In this regard the Board notes the positions taken by certain parties who filed and subsequently withdrew applications to the Federal Court for Leave to Appeal the Cyanamid decision. Statements made by these parties in their letters addressed to the Administrator of the Federal Court of Canada accompanying their Notices of Withdrawal indicate that in the view of these parties, the stated case decision is applicable to the jurisdictional issue which was before this Board in GH-3-86. If these parties are correct then the Board's jurisdictional decision is incorrect.

The fact that the developments, which post-date the Board's jurisdictional decision, and which now cast doubt on that decision have been formally brought to the notice of this Board by a party who does not question the correctness of the Board's original decision on jurisdiction does not, in the Board's view, rob the Board of its jurisdiction to review. It should be noted that the Board has the power, pursuant to section 17, to initiate, of its own motion, a review of any decision made by it.

For all the reasons above-enumerated, the Board has decided to grant the request by CCPI to review the decision on jurisdiction contained in the Cyanamid decision.

In my view, the Board was entirely within its jurisdiction in holding as it did. It has jurisdiction to review on its own motion, which is not subject to the requirements of section 41 of its Rules. But even on the basis of these requirements, the decision by the Divisional Court nullifying by implication the Board's orders with respect to the CCPI application was certainly a sufficient change in

Dans les motifs de décision en date du 29 mai 1987 qu'il a prononcés à l'égard de son ordonnance numéro MO-15-87 du 11 juin 1987, l'Office a résolu cette question de la manière suivante (aux pages 4 et 5):

L'article 17 de la Loi ne limite pas le droit de demander une révision aux seules parties perdantes à une décision et ne prévoit pas non plus qu'une partie qui demande une révision exige que la décision soit changée. En fait, la Loi est muette à ce sujet. L'Office estime que le paragraphe 17(1) de la Loi laisse entièrement libre de réviser, de rescinder, de changer ou de modifier toute ordonnance ou décision qu'il rend. Ce vaste pouvoir de révision n'est assorti d'aucune mise en garde. L'Office ne croit pas qu'une révision qui ne vise pas à modifier une décision soit en fait une nouvelle audience

D'après l'Office, CCPI satisfait aux critères mentionnés à la règle 41. Une cour compétente a jugé que les conduites de déviation «typiques» construites en Ontario relèvent exclusivement de la CÉO. De l'avis de l'Office, cette décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario constitue un changement de circonstances depuis la décision de l'Office sur la compétence, pour soulever un doute quant à l'exactitude de la décision de l'Office selon laquelle les installations faisant l'objet de la demande relèvent de sa compétence. À cet égard, l'Office souligne la position adoptée par certaines parties qui ont demandé la permission d'appeler de la décision relative à Cyanamid devant la Cour fédérale du Canada, mais qui ont ensuite retiré leur demande. Dans les lettres qui accompagnaient leur avis de retrait et qui étaient adressées à l'Administrateur de la Cour fédérale du Canada, les parties déclaraient qu'à leur avis, la décision portant sur l'exposé de cause s'applique à la question de la compétence qui a été étudiée par l'Office lors de l'audience GH-3-86. Si ces parties ont raison, la décision de l'Office en matière de compétence est donc erronée.

Le fait que le[s] changement[s] de circonstances survenus depuis la décision juridictionnelle de l'Office qui mettent en doute l'exactitude de cette décision ont été porté[s] à la connaissance de l'Office par un tiers qui ne conteste pas la justesse de la décision initiale de l'Office en matière de compétence ne prive pas l'Office, de son avis, de son droit de révision. Il est à noter qu'aux termes du paragraphe 17, l'Office peut, de son propre chef, réviser toute décision qu'il rend.

L'Office a donc décidé, pour les raisons données ci-dessus, d'accéder à la demande présentée par CCPI en vue de faire réviser la décision en matière de compétence qui fait partie de la décision relative à Cyanamid.

À mon avis, l'Office était entièrement habilité à prendre la conclusion qu'il a prise. Il possède la compétence voulue pour effectuer une révision de sa propre initiative, et une telle révision ne se trouve pas soumise aux exigences de l'article 41 de ses Règles. Cependant, même en fonction de telles exigences, la décision de la Cour divisionnaire annulant implicitement les ordonnances prononcées par l'Office relativement à la demande de CCPI constituait certainement un changement de

circumstances as to "raise a doubt" regarding the correctness of its previous orders.

III

The NEB found it unnecessary to decide the question of constitutional jurisdiction on the basis of the trade and commerce power (subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1*)), and, as no party relied on that power in argument before this Court, it will therefore be necessary to consider the issue only in the light of subsection 91(29) and paragraph 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*.

Paragraph 92(10)(a) is as follows:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

(a) Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province;

This paragraph must be read in relation with subsection 91(29), which claims for the Federal Parliament such express exceptions from provincial powers under section 92:

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

29. Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

circumstances suffisant pour «soulever un doute» quant à l'exactitude de ses ordonnances antérieures.

III

L'ONÉ a conclu qu'il n'était pas nécessaire de trancher la question de la compétence constitutionnelle sur le fondement de la compétence sur les échanges et le commerce (le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*)); aucune des parties n'ayant allégué un tel pouvoir dans sa plaidoirie devant cette Cour, l'aspect constitutionnel ne devra être examiné qu'à la lumière du paragraphe 91(29) et de l'alinéa 92(10)(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'alinéa 92(10)(a) est ainsi libellé:

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

10. Les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux qui sont énumérés dans les catégories suivantes:

a) lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

Cet alinéa doit être lu concurremment avec le paragraphe 91(29), qui attribue au Parlement du Canada les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets assignés aux législatures des provinces à l'article 92:

91. Il sera loisible à la Reine, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignés aux législatures des provinces par la présente loi mais, pour plus de certitude, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

29. les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

The Board regarded the two principal jurisdictional questions before it as follows (reasons for decision of December 1986 on Board Orders XG-13-86 and MO-63-86, at page 5):

Do the proposed facilities come within the legislative authority of the parliament of Canada pursuant to the *Constitution Act, 1867* (or the *British North America Act* as it then was)?

If jurisdiction lies with the Government of Canada, do such facilities constitute a "pipeline" as that word is defined in Section 2 of the *NEB Act*?

Only the first of these jurisdictional questions is constitutional in nature.

With respect to the constitutional question the Board was of the view that it should be stated as follows (decisions, *ibid.*, at page 16):

It is the Board's view that, if jurisdiction in respect of the proposed facilities does lie with Parliament and with this Board, it is because the CCPI pipeline is an integral part of an interprovincial undertaking.

The Board approached this question under the so-called "purpose" and "link-in-the-chain" categories, but distinguished the "vital, essential or integral to the undertaking" test. It relied on the following cases: *Luscar Collieries v. McDonald*, [1927] A.C. 925 (P.C.); *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 541 (P.C.); *Capital Cities Communications Inc. et al. v. Canadian Radio-Television Commn.*, [1978] 2 S.C.R. 141; (1978), 18 N.R. 181; (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; *Public Service Board et al. v. Dionne et al.*, [1978] 2 S.C.R. 191; (1978), 18 N.R. 271; *Alberta Government Telephones v. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, [1985] 2 F.C. 472; (1984), 17 Admin.L.R. 149 (T.D.); revd [1986] 2 F.C. 179; (1985), 17 Admin.L.R. 190 (C.A.).

The Board decided that the operational integration of the enterprises is not sufficient to found federal jurisdiction, but that their functional integration is (reasons for decision, *ibid.*, at pages 18-21, footnotes omitted):

The Board is not convinced that the degree of operational integration which will exist between CCPI and TCPL is suffi-

L'Office considérait que les deux principales questions qui lui étaient soumises relativement à la compétence étaient les suivantes (motifs de décision en date de décembre 1986 accompagnant les ordonnances XG-13-86 et MO-63-86 de l'Office, à la page 5):

a Les installations proposées relèvent-elles de l'autorité législative du Parlement du Canada en vertu de la *Loi constitutionnelle, 1867* (ou de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, comme on l'appelait alors)?

b Si les installations relèvent de la compétence du gouvernement du Canada, constituent-elles un «pipe-line» au sens de l'article 2 de la *Loi sur l'ONÉ*?

c Seule la première de ces questions de compétence est de nature constitutionnelle.

En ce qui a trait à la question constitutionnelle, l'Office était d'opinion qu'elle devait être énoncée de la manière suivante (motifs de décision précités, à la page 16):

d L'Office est d'avis que, si la compétence à l'égard des installations proposées incombe au Parlement et par conséquent, à l'Office, c'est parce que la canalisation de CCPI fait partie intégrante d'une entreprise interprovinciale.

e L'Office a envisagé cette question sous l'angle des catégories dites de l'«objectif» et du «maillon de la chaîne», mais a distingué de celles de l'espèce les circonstances d'application du critère du caractère «fondamental, essentiel ou vital de l'entreprise». Il s'est appuyé sur les décisions suivantes: *Luscar Collieries v. McDonald*, [1927] A.C. 925 (P.C.); *Attorney-General for Ontario v. Israel Winner*, [1954] A.C. 541 (P.C.); *Capital Cities Communications Inc. et autre c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141; (1978), 18 N.R. 181; (1977), 81 D.L.R. (3d) 609; *Régie des services publics et autres c. Dionne et autres*, [1978] 2 R.C.S. 191; (1978), 18 N.R. 271; *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1985] 2 C.F. 472; (1984), 17 Admin.L.R. 149 (1^{re} inst.); infirmé par [1986] 2 C.F. 179; (1985), 17 Admin. L.R. 190 (C.A.).

i L'Office a décidé que l'intégration opérationnelle des entreprises concernées n'était pas suffisante pour fonder une compétence fédérale mais que leur intégration fonctionnelle était à cet égard suffisante (motifs de décision, *ibid.*, aux pages 18 à 21, notes de bas de pages non reproduites):

j L'Office n'est pas convaincu que le degré d'intégration opérationnelle qui existe entre CCPI et TCPL soit suffisant pour

cient to consider the two pipelines as one, indivisible pipeline system. CCPI's operation would not be under the care, control or direction of TCPL; the converse is also true. The CCPI facilities would not significantly affect the operation of the TCPL line. Operational integration must, in the Board's view, involve more than mere cooperation and agreement with respect to daily deliveries of gas. In this regard, the Board notes the excerpt from an article entitled "The Federal Case", which was referred to by CCPI's counsel during his final argument. That article noted that there are vital differences between the features of railways and pipelines because, in the case of pipelines, once there is a physical connection, coordinated management and control follow as a matter of course. No doubt, counsel for CCPI intended this article to support his submission that the centralized and coordinated operations, common to any system of interconnecting pipelines, is indicative, in this case, of the high degree of operational integration which will be required as between TCPL and the proposed CCPI facilities. In the Board's view, the very nature of gas transmission facilities dictates that there be cooperation and coordination between interconnecting lines. This, in and of itself, is not determinative.

5.3.5. Functional Integration

It appears to the Board that the characterization of an undertaking involves answering a fundamental question: what is the undertaking which is in fact being carried on; is there one undertaking or are there two? This question has been posed, in one form or another, in many of the cases which involved the characterization of an undertaking as "local" or "interprovincial" and was first asked by the Privy Council in respect of a bus service in the *Winner* case. In the *AGT* case, Madam Justice Reed, at page 175, noted that "the crucial feature then is the nature of the enterprise itself, not the physical equipment it uses". In the *Dionne* case, the Supreme Court referred to a "functionally inter-related system". When courts refer to the "essential nature" or to the degree of "functional integration" of an undertaking, what they have really considered is the overall purpose or function of the undertaking.

Parties who argued in favour of provincial jurisdiction in this case submitted that the purpose of the CCPI facilities was simply to transport natural gas between two points within Ontario. Analogy was made between the proposed CCPI facilities and other gas distribution systems in Ontario which buy system gas from TransCanada and then distribute the gas to industrial, commercial and residential users within Ontario. The purpose of these gas distribution systems was contrasted with the TCPL system, whose purpose, it was submitted, is to transport natural gas from the western producing provinces to eastern Canada. It was submitted that the fact that CCPI purchased its gas in Alberta and that, unlike provincial gas distributors, it did not rely on system gas, was irrelevant in respect of the characterization of the CCPI facilities.

Parties who advanced the federal argument suggested that the true purpose of the CCPI facility was to complete the direct and continuous interprovincial transmission of natural gas,

considérer les deux pipelines comme un réseau pipelinier indivisible. L'activité de CCPI ne se ferait pas sous les soins de TCPL, qui n'en aurait d'ailleurs ni la commande ni la direction; l'inverse est également vrai. Les installations de CCPI ne toucheraient pas de façon sensible à l'exploitation de la canalisation de TCPL. L'intégration opérationnelle doit, de l'avis de l'Office, impliquer davantage qu'une simple collaboration et une simple entente en ce qui concerne les livraisons de gaz journalières. À cet égard, l'Office note l'extrait d'un article intitulé «The Federal Case», auquel a fait allusion l'avocat de CCPI pendant sa plaidoirie finale. Cet article signalait qu'il existe des différences essentielles entre les caractéristiques des chemins de fer et des pipelines parce que, dans le cas des pipelines, une fois qu'il y a un lien matériel, il s'ensuit évidemment une gestion et une commande coordonnées. Il ne fait aucun doute que l'avocat de CCPI a présenté cet article pour appuyer son argument selon lequel les activités centralisées et coordonnées, communes à n'importe quel réseau de pipeline interconnecté, indiquent, en l'espèce, le degré élevé d'intégration opérationnelle qui sera requis entre TCPL et les installations proposées de CCPI. De l'avis de l'Office, la nature même des installations de transport de gaz exige qu'il y ait collaboration et coordination entre les canalisations interconnectées. Il ne s'agit pas, en soi, d'un facteur déterminant.

5.3.5 Intégration fonctionnelle

L'Office juge que pour déterminer le caractère d'une entreprise, il faut répondre à une question fondamentale: quelle est l'entreprise qui est effectivement menée; s'agit-il d'une seule entreprise ou de deux? Cette question a été posée, sous une forme ou sous une autre, dans bon nombre d'affaires qui impliquaient la détermination du caractère «local» ou «interprovincial» d'une entreprise; le Conseil privé se l'est posée pour la première fois à l'égard d'un service d'autocars dans l'affaire *Winner*. Dans l'affaire *AGT*, le juge Reed a noté, à la page 175, que la «caractéristique qui s'avère cruciale donc, c'est la nature de l'entreprise elle-même, non le matériel qu'elle emploie». Dans l'affaire *Dionne*, la Cour suprême s'en est rapportée à «ce qui est, fonctionnellement, une combinaison de systèmes intimement liés». Lorsque les tribunaux s'en réfèrent à la «nature essentielle» ou au degré de «d'intégration fonctionnelle» d'une entreprise, ce qu'ils considèrent réellement, c'est l'objectif global ou la fonction globale de l'entreprise.

Les parties qui s'étaient déclarées en faveur de la compétence provinciale, en l'espèce, ont fait valoir que l'objectif des installations de CCPI consistait simplement à transporter le gaz naturel entre deux points situés en Ontario. Une analogie a été faite entre les installations proposées de CCPI et celles d'autres réseaux de distribution de gaz en Ontario qui achètent du gaz de réseau à TransCanada puis le distribuent à des utilisateurs industriels, commerciaux et résidentiels en Ontario. L'objectif de ces réseaux de distribution de gaz a été mis en opposition à celui du réseau de TCPL qui, a-t-on fait valoir, consiste à transporter du gaz naturel des provinces productrices de l'Ouest jusqu'à l'Est du Canada. On a fait valoir que le fait pour CCPI d'acheter son gaz en Alberta et, au contraire des distributeurs provinciaux de gaz, de ne pas compter sur le gaz de réseau, n'était pas pertinent en ce qui concerne la détermination du caractère des installations de CCPI.

Les parties qui ont avancé l'argument en faveur de la compétence fédérale ont laissé entendre que le véritable objectif des installations de CCPI consiste à compléter le transport inter-

purchased by CCPI in Alberta, to the proposed terminus of the CCPI pipeline in Welland, Ontario.

It was argued that the CCPI line was essential in order to effect that purpose and that the TCPL and CCPI pipeline systems would form an integral, indivisible and necessarily cooperative whole for the direct and continuous flow of natural gas from Alberta to the Cyanamid plant.

In examining what overall purpose the proposed facilities would serve, reference must be made to three important cases: the Luscar Collieries case, the Capital Cities case, and the Dionne case. The facts in these cases have been set out in Chapter 4 and there is no need to restate them here. In the Board's view, these cases are important because they closely parallel the facts before the Board in this case.

Parties who argued that the CCPI facilities would be a "local" work or undertaking made much of the fact that these facilities would be operated by CCPI and not by TCPL, the operator of an existing interprovincial undertaking. It was submitted that the Luscar case, unlike in the case now before the Board, the line in question was operated, pursuant to certain agreements, by CNR, which also operated a railway system extending from British Columbia to the rest of Canada.

In the Board's view, the mere fact that the Luscar line was operated by CNR is not significant in and of itself. What is important is the fact that, by virtue of such operation, the Luscar line became an upstream "link in a chain", which chain enabled traffic to pass to such parts of Canada as were served by the CNR system. The Luscar line itself was, in essence, a work whose purpose was to, *inter alia*, facilitate interprovincial traffic. In the present case, common operational agreements, as between TCPL and CCPI, are not required to enable traffic to pass over the TCPL system, through the CCPI system, to the ultimate consumer. TCPL is required, by virtue of orders issued by the Board, pursuant to subsection 59(2) of the NEB Act to transport and deliver gas offered by CCPI over the TCPL system to the point of connection with the proposed CCPI line. It is clear, therefore, that even without common operation as between CCPI and TCPL, the CCPI line is, as the Luscar line was, a "link in a chain", albeit a downstream link, which chain facilitates the direct and continuous interprovincial transmission of gas from its point of origin in Alberta to the Welland plant gate.

The Capital Cities and Dionne decisions relied on the "link in the chain" analogy as well. These cases involved the distribution by cable of "off-air" signals, which signals originated outside the province but which were received within the province and then distributed to an end-user. In both of these cases, the Supreme Court emphasized that the Court was not deciding which level of government had jurisdiction over "local programs". The distinction between "local programs" and "off-air" programs is that the local programs are not received by the head-end as broadcast signals. So far as "local programs" are concerned, the cable system cannot be characterized as a "conduit for signals from a telecast" and does not constitute a

provincial direct et continu de gaz naturel, acheté par CCPI en Alberta, jusqu'au terminal proposé du gazoduc de CCPI à Welland, en Ontario.

On a soutenu que la canalisation de CCPI était essentielle pour concrétiser cet objectif et que les réseaux pipeliniers de TCPL et de CCPI formeraient un ensemble unique, indivisible et nécessairement caractérisé par la collaboration, pour l'acheminement direct et continu du gaz naturel de l'Alberta jusqu'à l'usine de Cyanamid.

Pour examiner quel objectif global les installations proposées serviraient, il faut se reporter à trois affaires importantes: l'affaire Luscar Collieries, l'affaire Capital Cities et l'affaire Dionne. Les faits de ces trois affaires ont été exposés au chapitre 4 et il est inutile de les énoncer ici à nouveau. De l'avis de l'Office, ces affaires sont importantes parce qu'elles ressemblent étroitement aux faits dont l'Office est saisi en l'espèce.

Les parties d'après qui les installations de CCPI seraient une entreprise ou un ouvrage «local» ont beaucoup insisté sur le fait que ces installations seraient exploitées par CCPI et non par TCPL, exploitant d'une entreprise interprovinciale existante. Ces parties ont soutenu que dans l'affaire Luscar, conformément à l'affaire dont est maintenant saisi l'Office, la ligne en question était, conformément à certaines ententes, exploitée par le CN, qui exploitait aussi un réseau ferroviaire qui s'étendait de la Colombie-Britannique jusqu'au reste du Canada.

De l'avis de l'Office, le simple fait que la ligne de Luscar fût exploitée par le CN n'est pas important en soi. Ce qui importe c'est que, du fait d'une telle exploitation, la ligne de Luscar fut devenue un «maillon d'une chaîne» en amont, laquelle chaîne permettait au trafic de traverser ces parties du Canada qui étaient desservies par le réseau du CN. La ligne de Luscar était essentiellement un ouvrage qui avait pour objectif, entre autres, de faciliter la circulation des marchandises entre les provinces. En l'espèce, les ententes opérationnelles communes, comme celle qui existe entre TCPL et CCPI, ne sont pas nécessaires pour permettre l'acheminement des marchandises par le réseau de TCPL jusqu'au consommateur ultime, en passant par le réseau de CCPI. TCPL est tenue, en vertu d'ordonnances délivrées par l'Office, conformément au paragraphe 59(2) de la Loi sur l'ONÉ, de transporter et de livrer du gaz offert par CCPI au moyen du réseau de TCPL jusqu'au point de raccordement avec la canalisation proposée de CCPI. Il est clair, par conséquent, que même sans l'activité commune qui existe entre CCPI et TCPL, la canalisation de CCPI est, comme l'était la ligne de Luscar, un «maillon de la chaîne», bien qu'il s'agisse d'un maillon en aval, laquelle chaîne facilite le transport interprovincial direct et continu de gaz, de son point d'origine en Alberta jusqu'à l'usine Welland.

Les arrêts Capital Cities et Dionne se fondaient également sur l'analogie du «maillon de la chaîne». Ces affaires impliquaient la distribution par câble de signaux transmis dans les airs; ces signaux provenaient de l'extérieur de la province mais étaient captés dans la province puis distribués à un utilisateur ultime. Dans ces deux affaires, la Cour suprême du Canada a souligné le fait que la Cour ne décidait pas quel palier de gouvernement avait compétence sur les «émissions locales». La distinction entre «émissions locales» et émissions de l'extérieur, c'est que les émissions locales ne sont pas captées par la tête de ligne comme les signaux radiodiffusés. En ce qui concerne les «émissions locales», le réseau de câblodistribution ne peut être

“link in the chain” of transmission from the transmitter to the end-user as is the case with “off-air” signals . . .

Despite the recognition of “local” characteristics, the Supreme Court, in both the Capital Cities and the Dionne cases, refused to sever the cable component from the transmission and receiver portions of the broadcasting system . . .

In coming to its decision in Capital Cities, the Supreme Court relied on, *inter alia*, the decision in the Winner case. Reference to the Winner case suggests to the Board that the Supreme Court drew parallels between the test that should be used for transportation cases and that which should be used in communication cases, where such cases involve a characterization pursuant to paragraph 92(1)(a) of the Constitution Act, 1867.

The Board recognizes that it is not bound by the decisions in the Luscar, Capital Cities and the Dionne cases; however, given the similarities between the facts before the Board in this case and the facts before the Court in Luscar, Capital Cities and Dionne, the Board is of the view that it must be guided by the reasoning set out in those three decisions . . .

Although the CCPI facility will be located entirely within the Province of Ontario, the Board cannot but conclude that these facilities will indeed form a downstream “link in a chain” which chain will facilitate the interprovincial transmission of gas from Alberta to the Welland plant. The fact that the Consumers’ facilities currently serve the same purpose as the facilities proposed by the Applicant is, in the Board’s view, immaterial to the characterization of the proposed facilities themselves.

5.3.6 Conclusion

The Board finds that the proposed facilities of CCPI are within the legislative authority of Parliament pursuant to subsection 91(29) and paragraph 92(10)(a) of the Constitution Act, 1867. In reaching this conclusion, the Board notes that while none of the characterization factors discussed above were, in and of themselves, sufficient to attract federal jurisdiction to the CCPI facilities, their combined effect persuades the Board that jurisdiction properly lies with Parliament.

Finally, the Board decided that its non-constitutional jurisdiction is consequent upon the decision it had already arrived at regarding the constitutional question (Reasons for Decision, *ibid.*, at page 21):

5.5 Jurisdiction of the Board

The Board finds that the proposed CCPI facilities constitute a pipeline within the meaning of Section 2 of the NEB Act, and are, for this reason, under the jurisdiction of the Board, Section 2 of the NEB Act defines “pipeline” as:

“a line for the transmission of gas or oil connecting a province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of a province or the offshore area as defined in section 87, and includes all branches, extensions,

qualifié de «conduit pour les signaux provenant d’une émission télévisée» et ne constitue pas un «maillon de la chaîne» de transmission qui existe entre l’émetteur et l’utilisateur ultime, comme c’est le cas avec les signaux provenant de l’extérieur . . .

^a Malgré la reconnaissance des caractéristiques «locales», la Cour suprême a refusé, aussi bien dans l’affaire Capital Cities que dans l’affaire Dionne, de séparer la composante câble des composantes d’émission et de réception du réseau de radiodiffusion . . .

^b Pour en arriver à sa décision dans l’affaire Capital Cities, la Cour suprême s’est appuyée, entre autres, sur la décision rendue dans l’affaire Winner. D’après le renvoi à l’affaire Winner, l’Office croit comprendre que la Cour suprême a établi des parallèles entre le critère qui devrait être utilisé pour les affaires associées aux transports et celui qui devrait l’être dans les affaires associées aux communications, lorsque de telles affaires impliquent la détermination du caractère conformément à l’alinéa 92(10)a) de la Loi constitutionnelle, 1867.

^c L’Office reconnaît qu’il n’est pas lié par les arrêts Luscar, Capital Cities et Dionne, cependant, étant donné la similitude qui existe entre les faits dont il est saisi en l’espèce et les faits dont avait été saisie la Cour dans les affaires Luscar, Capital Cities et Dionne, l’Office est d’avis qu’il doit se laisser guider par le raisonnement établi dans ces trois décisions . . .

^d Bien que les installations de CCPI doivent être implantées entièrement en Ontario, l’Office ne peut que conclure que ces installations constitueront en fait un «maillon d’une chaîne», en aval, et que cette chaîne facilitera le transport interprovincial de gaz de l’Alberta jusqu’à l’usine Welland. Le fait que les installations de Consumers’ aient actuellement le même objectif que les installations proposées par le demandeur n’a, de l’avis de l’Office, aucun rapport avec le fait de déterminer le caractère des installations proposées.

^e 5.3.6 Conclusion

^e L’Office conclut que les installations proposées relèvent de la compétence législative du Parlement conformément au paragraphe 91(29) et à l’alinéa 92(10)a) de la Loi constitutionnelle, 1867. En tirant cette conclusion, l’Office fait observer que bien qu’aucun des facteurs susmentionnés permettant de déterminer le caractère de l’entreprise ne suffise à lui seul à établir que les installations de CCPI sont de compétence fédérale, leur effet combiné convainc l’Office que la compétence en jeu est bien celle du Parlement.

^f Finalement, l’Office a décidé que sa compétence non constitutionnelle était tributaire de la décision qu’elle avait déjà prise relativement à la question constitutionnelle (motifs de décision, *ibid.*, aux pages 21 et 22):

^g 5.5. Compétence de l’Office

^g L’Office juge que les installations proposées de CCPI constituent un pipe-line au sens de l’article 2 de la Loi sur l’ONÉ et relèvent donc de la compétence de l’Office. L’article 2 de la Loi sur l’ONÉ définit le terme «pipe-line» comme étant:

^h «une canalisation pour la transmission de gaz ou du pétrole, reliant une province à une autre ou à d’autres provinces, ou s’étendant au-delà des limites d’une province ou d’un endroit au large des côtes, selon la définition donnée à cette expres-

tanks, reservoirs, storage facilities, pumps, racks, compressors, loading facilities, interstation systems of communication by telephone, telegraph or radio, and real and personal property and works connected therewith;"

The definition of pipeline "tracks" the wording in paragraph 92(10)(a) of the Constitution Act, 1867. The board has found that the proposed CCPI facilities are part of an interprovincial undertaking connecting a province with any other or others of the provinces and fall within the exception enunciated in paragraph 92(10)(a). It follows, therefore, that the facilities also constitute a pipeline within the meaning of Section 2 of the NEB Act.

IV

Counsel for Union Gas Limited urged that the whole issue in this case ought to be resolved on the basis that the bypass pipeline in question is not a pipeline within the meaning of section 2 of the Act, since the Act contemplates only interprovincial works, and this pipeline, if within federal jurisdiction at all, could be only an interprovincial undertaking and not a work. There would therefore be no constitutional question to be answered.

This would in my opinion be at best a clumsily backhanded way of coming at the problem, since one of the very questions to be decided is whether the bypass line can be, constitutionally speaking, classed as an interprovincial work. Moreover, it is certainly not immediately evident that the correct interpretation of the section 2 definition is that it includes only works, and not undertakings. Further, it is, after all, only the constitutional issue which this Court has been requested to answer. If the Board were to misinterpret its Act, it would commit an error of law, which might be subject to review by this Court in another proceeding. But I do not find it necessary to answer this hypothetical question in order to dispose of the matter before the Court at the present time.

Turning, then, to the main issue, I believe it is best to begin with the cable-television analogy on which the Board placed so much emphasis. The *Capital Cities* and *Dionne* decisions of the Supreme Court of Canada, *supra*, involved the distribution by cable of "off-air" signals originating outside the province which were received

sion à l'article 87, et comprend tous les branchements, extensions, citernes, réservoirs, installations d'emmagasinage, pompes, rampes de chargement, compresseurs, moyens de chargement, systèmes de communication entre stations par téléphone, télégraphe ou radio, ainsi que les biens immeubles ou meubles et les ouvrages connexes;»

^a La définition du terme pipeline va dans le même sens que le libellé de l'alinéa 92(10)a) de la Loi constitutionnelle, 1867. L'Office juge que les installations proposées de CCPI font partie intégrante d'une entreprise interprovinciale reliant une province à une autre ou à d'autres provinces et que l'exception énoncée au même alinéa s'applique à elles. Il en résulte donc que les installations constituent aussi un pipe-line au sens de l'article 2 de la Loi sur l'ONÉ.

IV

^c L'avocat de Union Gas Limited a soutenu qu'en réglant le litige en l'espèce, il fallait tenir pour acquis que le conduit de dérivation en l'espèce ne constitue pas un pipeline au sens de l'article 2 de la ^d Loi puisque celle-ci ne vise que les ouvrages interprovinciaux et que ce pipeline, à supposer qu'il relève de la compétence fédérale, ne pourrait être qu'une entreprise interprovinciale et ne pourrait constituer un ouvrage. Il n'y aurait en conséquence ^e aucune question constitutionnelle à trancher.

J'estime que cette manière d'aborder le problème constitue tout au mieux un escamotage maladroit de celui-ci. En effet, l'une des questions mêmes à trancher consiste à savoir si le pipeline de dérivation en cause peut, sur le plan constitutionnel, être classé comme un ouvrage interprovincial. Qui plus est, il ne ressort certainement pas de toute évidence de la définition de l'article 2 qu'elle comprend uniquement les ouvrages et non les entreprises. De plus, seule la question constitutionnelle a après tout été soumise à cette Cour. L'Office, s'il interprétait sa Loi incorrectement, commettrait ^h une erreur de droit pouvant être assujettie à l'examen de cette Cour dans une autre instance. Je ne considère toutefois pas qu'il soit nécessaire de trancher cette question hypothétique pour régler le litige actuellement soumis à la Cour.

ⁱ Je procéderai donc à l'examen de la question principale, examen qu'il convient selon moi d'entamer par une analyse de l'analogie entre les circonstances de l'espèce et celles de la télévision par câble, sur laquelle l'Office a beaucoup insisté. Les arrêts *Capital Cities* et *Dionne* de la Cour suprême du Canada, cités plus haut, concernaient la distri-

within the province and distributed to an end-user. The Board saw a close analogy between the purpose served by the transmission cables in these cases and the proposed CCPI facilities. In its own words (*supra*, at page 19):

Both the cable system and the CCPI pipeline are dependent on the extraprovincial supply of a product. Neither delivery system, however, is necessary to the receipt, by end-users, of that product. Broadcast signals can be received directly by an antenna. Similarly, gas transported by TCPL to the Black Horse Station can be delivered to the Welland plant by means of an existing pipeline system. As well, in both instances, the consumers of the product are all located within one province; both the cable system and the proposed CCPI pipeline have a local character.

Superficially, the Board's comparison is correct. But in fact it should be made between pipeline and broadcasting transmission, not between pipeline and cable transmission, since the Supreme Court made it clear in the *Capital Cities* case, *supra*, that federal jurisdiction over the latter is a mere consequence of its jurisdiction over broadcasting. Chief Justice Laskin rejected the contention for provincial jurisdiction over cable transmission in these words, at pages 159 (S.C.R.); 198 (N.R.); 621 (D.L.R.):

The fallacy in the contention ... is in their reliance on the technology of transmission as a ground for shifting constitutional competence when the entire undertaking relates to and is dependent on extra-provincial signals which the cable system receives and sends on to subscribers ... The system depends upon a telecast for its operation, and is no more than a conduit for signals from the telecast, interposing itself through a different technology to bring the telecast to paying subscribers.

Cable transmission was thus held to be under federal jurisdiction as a part of a single undertaking, which had already been determined to be within federal competence. In the instant reference, no party even argued that the pipelines bypassed (those of the LDC's) were under federal jurisdiction.

Taking the broader comparison, then, between natural gas systems and broadcasting systems, I

bution par câble de signaux transmis dans les airs, qui provenaient de l'extérieur de la province mais étaient captés dans la province puis distribués à un utilisateur ultime. L'Office a considéré qu'il existait une analogie très étroite entre l'objet des câbles de transmission visés dans ces affaires et les installations projetées de CCPI. Selon ses termes mêmes (*ibid.*, à la page 20):

Le réseau de câblodistribution et le gazoduc de CCPI dépendent de l'approvisionnement en un produit provenant de l'extérieur de la province. Cependant, aucun des deux réseaux de distribution n'est nécessaire pour la réception, par les utilisateurs ultimes, de ce produit. Les signaux radiodiffusés peuvent être directement captés par une antenne. De la même façon, le gaz transporté par TCPL jusqu'à la station de Black Horse peut être livré à l'usine de Welland au moyen d'un réseau pipelinier existant. De même, dans les deux cas, les consommateurs du produit sont tous situés dans une seule province; le réseau de câblodistribution et le gazoduc proposé de CCPI sont de caractère local.

La comparaison établie par l'Office est superficiellement exacte. Elle devrait cependant mettre en parallèle la transmission par pipeline et la transmission par radiodiffusion plutôt que la transmission par pipeline et la transmission par câble, puisque la Cour suprême a dit clairement, dans l'arrêt *Capital Cities*, cité plus haut, que la compétence fédérale sur cette dernière catégorie de transmission est simplement une conséquence de sa compétence sur la radiodiffusion. Le juge en chef Laskin a rejeté la prétention à une compétence provinciale sur la transmission par câble dans les termes suivants, aux pages 159 (R.C.S.); 198 (N.R.); 621 (D.L.R.):

Les arguments avancés ... sont erronés en ce qu'ils s'appuient sur la technique de transmission pour justifier un changement de compétence constitutionnelle, alors que l'ensemble de l'entreprise dépend de signaux provenant de l'extérieur de la province que le STAC reçoit et distribue à ses abonnés ... Pour fonctionner, le système doit recevoir des émissions de télévision et il n'est donc rien de plus qu'un conduit qui permet d'acheminer les signaux provenant de ces émissions aux abonnés qui, par son intermédiaire, bénéficient de techniques nouvelles.

Il a donc été décidé que la transmission par câble était de compétence fédérale parce que faisant partie d'une entreprise intégrée déjà déclarée de compétence fédérale. Dans le renvoi en l'espèce, aucune partie n'a soutenu que les canalisations court-circuitées (celles des CDL) relevaient de la compétence fédérale.

Si je prends la comparaison plus large entre les systèmes d'acheminement du gaz naturel et les

am more struck by the differences than by the similarities. As was rightly contended by counsel for Consumers', radio waves, when transmitted other than by cable, are not confined in space as gas is confined in a pipeline and so bear no relationship to territorial boundaries. Their reception, too, is virtually instantaneous. Professor Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed., at page 501, puts the reason for not dividing broadcasting on a territorial basis this way:

[R]adio is different from all of these other modes of transportation or communication in that all radio broadcasters must use the same kind of radio waves in the same frequency spectrum The need to allocate space in the frequency spectrum in order to avoid interference suggests that the power to regulate the interprovincial broadcaster must carry with it the power to regulate the intraprovincial broadcaster as well.

In the result, I find the broadcasting analogy singularly inapposite for natural gas pipelines.

Besides the *Capital Cities* and *Dionne* cases, the Board relied on a railway analogy based on the *Luscar* decision by the Judicial Committee of the Privy Council, *supra*. In the *Luscar* case the railway line in question, although constructed and owned by an intraprovincial company, was operated on its behalf by the Canadian National Railway. The Judicial Committee said, at pages 932-933:

Their Lordships agree with the opinion of Duff J. that the Mountain Park Railway and the Luscar Branch are, under the circumstances hereinbefore set forth, a part of a continuous system of railways operated together by the Canadian National Railway Company, and connecting the Province of Alberta with other Provinces of the Dominion. It is, in their view, impossible to hold as to any section of that system which does not reach the boundary of a Province that it does not connect that Province with another. If it connects with a line which itself connects with one in another Province, then it would be a link in the chain of connection, and would properly be said to connect the Province in which it is situated with other Provinces.

In the present case, having regard to the way in which the railway is operated, their Lordships are of opinion that it is in

systèmes de radiodiffusion, je suis davantage frappé par leurs différences que par leurs aspects communs. L'avocat de Consumers' a prétendu avec raison que les ondes radio ne sont pas confinées dans un espace clos comme le gaz est confiné dans un pipeline lorsqu'elles sont transmises autrement que par câble et que, en conséquence, de telles ondes ne sont aucunement touchées par les limites territoriales. Leur réception, également, est pratiquement instantanée. Le professeur Peter W. Hogg, dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., à la page 501, avance les motifs suivants à l'appui de son assertion que la radiodiffusion ne doit pas être attribuée sur une base territoriale:

[TRADUCTION] La radio diffère de tous ces autres moyens de transport ou de communication en ce que tous les radiodiffuseurs sont tenus d'utiliser le même type d'ondes radio dans le même spectre des fréquences La nécessité qu'un espace soit alloué dans le spectre des fréquences de façon à éviter les interférences suggère que le pouvoir de réglementer les radiodiffuseurs interprovinciaux doit s'accompagner du pouvoir de réglementer aussi les radiodiffuseurs intraprovinciaux.

En conséquence, je considère que la radiodiffusion et les pipelines de gaz naturel se prêtent particulièrement mal à une analogie.

L'Office, outre les arrêts *Capital Cities* et *Dionne*, s'est appuyé sur l'analogie qu'il a établie entre les circonstances de l'espèce et celles des chemins de fer en se fondant sur la décision rendue dans l'affaire *Luscar* par le Comité judiciaire du Conseil privé, citée plus haut. La ligne de chemin de fer visée dans l'affaire *Luscar*, bien qu'elle fût construite et possédée par une société intraprovinciale, se trouvait exploitée pour le compte de celle-ci par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada. Le Comité judiciaire a dit, aux pages 932 et 933:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries souscrivent à l'opinion du juge Duff que le chemin de fer Mountain Park et l'embranchement Luscar font, dans les circonstances susmentionnées, partie d'un réseau de chemin de fer continu, qu'ils sont exploités ensemble par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et qu'ils relient la province de l'Alberta aux autres provinces du Canada. Il est impossible, à leur avis, de dire d'une section quelconque de ce réseau qui ne s'étend pas jusqu'à la frontière de la province, qu'elle ne relie pas cette province à une autre. Si elle est reliée à une ligne qui est elle-même reliée à une ligne dans une autre province, alors elle constitue un maillon de la chaîne, et on peut dire à bon droit qu'elle relie la province dans laquelle elle est située avec d'autres provinces.

Dans la présente affaire, considérant le mode d'exploitation du chemin de fer, leurs Seigneuries sont d'avis qu'il s'agit en

fact a railway connecting the Province of Alberta with others of the Provinces, and therefore falls within s. 92, head 10 (a), of the Act of 1867. There is a continuous connection by railway between the point of the Luscar Branch farthest from its junction with the Mountain Park Branch and parts of Canada outside the Province of Alberta. If under the agreements hereinbefore mentioned the Canadian National Railway Company should cease to operate the Luscar Branch, the question whether under such altered circumstances the railway ceases to be within s. 92, head 10 (a), may have to be determined, but that question does not now arise.

Luscar has been authoritatively interpreted by the Supreme Court in the *British Columbia Electric Ry. Co. Ltd. et al. v. Canadian National Ry. Co. et al.*, [1932] S.C.R. 161, at pages 169-170, where the Court said of the *Luscar* decision, in the course of arriving at a decision in favour of provincial jurisdiction over an electric railway line:

It was held that the Board had jurisdiction over the appellant's lines constructed under provincial authority, because the line was part of a continuous system of railways operated together by the Canadian National Railway Company and connecting one province with another.

The decision is expressly put upon the way in which the railway is operated by the Canadian National Railway Company under the agreements, and it is intimated that if that company should cease to operate the appellant's branch, the question whether, under such altered circumstances, that branch ceases to be within s. 92, head 10 (a), might have to be determined. The question thus left undetermined is the very question that arises in the present case, because the Park line is not operated by the Canadian National Railway Company, nor by the appellant, the British Columbia Electric Railway Company, as the operator of the Vancouver & Lulu Island Railway, on behalf of the Canadian Pacific railway.

The mere fact that the Central Park line makes physical connection with two lines of railway under Dominion jurisdiction would not seem to be of itself sufficient to bring the Central Park line, or the portion of it connecting the two federal lines, within Dominion jurisdiction.

With respect to a natural gas pipeline, a parallel situation would exist if TCPL had a similar agreement to operate the CCPI pipeline. This would approximate the situation of the pipeline terminaling facilities in *Dome Petroleum Ltd. v. National Energy Board* (1987), 73 N.R. 135 (F.C.A.), which this Court held to fall under

fait d'un chemin de fer reliant la province de l'Alberta avec d'autres provinces et, par conséquent, visé par l'alinéa 92(10)a) de l'Acte de 1867. Il existe une liaison continue par chemin de fer entre ce point de l'embranchement Luscar qui est le plus éloigné du point de raccordement avec l'embranchement Mountain Park et les régions du Canada situées à l'extérieur de la province d'Alberta. Si, en vertu des accords susmentionnés, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada devait cesser d'exploiter l'embranchement Luscar, il se peut que, dans cette nouvelle situation, la question de savoir si le chemin de fer n'est plus visé par l'alinéa 92(10)a) doit être décidée, mais cette question ne se pose pas maintenant.

La Cour suprême a interprété l'arrêt *Luscar* de façon décisive dans l'arrêt *British Columbia Electric Ry. Co. Ltd. et al. v. Canadian National Ry. Co. et al.*, [1932] R.C.S. 161, aux pages 169 et 170, dans le cadre du cheminement qui l'a conduite à décider qu'une ligne de chemin de fer électrique relevait de la compétence provinciale, cette Cour a dit au sujet de l'arrêt *Luscar*:

[TRADUCTION] Il a été statué que la Commission avait compétence sur les lignes de l'appelante qui étaient construites en vertu de la loi provinciale, parce que la ligne faisait partie d'un réseau de chemins de fer continu exploité en commun par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et reliant une province à une autre.

La décision repose expressément sur la façon dont le chemin de fer était mis en service par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada en vertu des traités, et il est signalé que si cette compagnie devait cesser la mise en service de l'embranchement de l'appelante, alors pourrait devoir être décidée la question de savoir si, dans la nouvelle situation, cet embranchement n'est plus visé par l'alinéa 92(10)a). Ainsi la question qui n'a pas été décidée est la question même qui est soulevée dans la présente affaire parce que la ligne Park n'est pas exploitée par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et ne l'est pas non plus par l'appelante British Columbia Electric Railway Company, exploitante de Vancouver & Lulu Island Railway pour le compte de la Compagnie du chemin de fer Canadien du Pacifique.

Le simple fait que la ligne Central Park soit physiquement reliée à deux lignes de chemin de fer relevant de la compétence fédérale ne semblerait pas suffire en lui-même à placer la ligne Central Park, ou la partie de celle-ci qui relie les deux lignes fédérales, sous la compétence fédérale.

Pour qu'un pipeline de gaz naturel comme celui en l'espèce se trouve dans une situation analogue à celle décrite ci-haut, il faudrait que TCPL ait conclu une entente semblable lui accordant l'exploitation du pipeline de CCPI. De telles circonstances seraient très approchantes de celles des installations d'un terminal de pipeline dans l'affaire *Dome Petroleum Ltd. c. Office national de l'énergie* (1987), 73 N.R. 135 (C.A.F.), installations que cette Cour a déclaré relever de la compé-

federal jurisdiction. The *Luscar* case must therefore be distinguished.

Rather than trying to pick and choose among analogies, I believe a far sounder approach is to seek governing principles. In this context it is immediately apparent that in the vast majority of cases under paragraph 92(10)(a) the courts have explicitly required the parties alleging federal jurisdiction to meet what the NEB initially termed the "vital, essential or integral to the undertaking" test, and then shortened to the "essential test", (*supra*, at pages 9-10). The Board itself cited the principal authorities for this test: *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] S.C.R. 529 (the Stevedoring Reference); *Letter Carrier's [sic] Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers et al.*, [1975] 1 S.C.R. 178; *Cannet Freight Cartage Ltd. (In re)*, [1976] 1 F.C. 174; (1976), 11 N.R. 606; (1975), 60 D.L.R. (3d) 473 (C.A.); *Canadian National Railway Co. v. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 322; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, (#1), [1980] 1 S.C.R. 115; (#2), [1983] 1 S.C.R. 733. Whatever the terminology adopted, the courts say again and again in these cases that for a work or undertaking to fall under federal jurisdiction under paragraph 92(10)(a), it must either be an interprovincial work or undertaking (the primary instance) or be joined to an interprovincial work or undertaking through a necessary nexus (the secondary instance).

Indeed, I believe that even the cases which do not explicitly acknowledge this test affirm it implicitly. In the *Luscar* case the necessary nexus is the operating agreement; that is what makes the branch line a link in the interprovincial chain. In the cable television cases the necessary nexus is the inseparability of the medium and the message. As Chief Justice Laskin put it, in the *Capital Cities*

tence fédérale. Les circonstances de l'affaire *Luscar* doivent donc être distinguées de celles de l'espèce.

Je crois qu'il est beaucoup plus valable de tenter de trouver des principes applicables aux circonstances de l'espèce que de chercher à exercer un choix parmi différentes analogies. Dans un tel contexte, il apparaît immédiatement que, dans la grande majorité des affaires mettant en jeu l'alinéa 92(10)(a), les tribunaux ont expressément exigé des parties alléguant l'existence d'une compétence fédérale qu'elles satisfassent au critère que l'ONÉ a initialement appelé le critère «fondamental, essentiel ou vital de l'entreprise», pour le raccourcir par la suite en le qualifiant de critère «essentiel» (plus haut, aux pages 9 et 10). L'Office lui-même a cité les principaux précédents applicables à un tel critère: *Reference re Industrial Relations and Disputes Act*, [1955] R.C.S. 529 (le renvoi des débardeurs); *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada et autre*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Cannet Freight Cartage Ltd. (In re)*, [1976] 1 C.F. 174; (1976), 11 N.R. 606; (1975), 60 D.L.R. (3d) 473 (C.A.); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Nor-Min Supplies Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 322; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, (#1), [1980] 1 R.C.S. 115; (#2), [1983] 1 R.C.S. 733. Quelque langage qu'ils adoptent, les tribunaux affirment de façon répétée dans ces décisions qu'un ouvrage ou une entreprise, pour relever de la compétence fédérale selon l'alinéa 92(10)(a), doit soit constituer un ouvrage ou une entreprise interprovinciale (la catégorie des ouvrages et entreprises principales) ou être attaché à un ouvrage ou une entreprise interprovinciale entretenant avec lui ou avec elle un lien nécessaire (la catégorie des ouvrages et entreprises accessoires).

En fait, j'estime que même les arrêts qui n'affirment pas appliquer ce critère l'acceptent implicitement. Dans l'arrêt *Luscar*, le lien nécessaire est l'entente sur la mise en service du chemin de fer; tel est l'élément faisant de l'embranchement visé un maillon de la chaîne interprovinciale. Dans les arrêts relatifs à la télévision par câble, ce lien nécessaire tient à l'indivisibilité du moyen de com-

case, *supra*, at pages 162 (S.C.R.); 200 (N.R.); 623 (D.L.R.):

Programme content regulation is inseparable from regulating the undertaking through which programmes are received and sent on as part of the total enterprise.

The only authority which seems to resist the necessary nexus approach is the *Winner* case, *supra*. There an interprovincial (indeed, international) bus system operating between Boston and Glace Bay, in addition to embussing and debussing extraprovincial passengers, also transported passengers between points entirely within New Brunswick. In upholding federal jurisdiction over the whole undertaking, the Judicial Committee of the Privy Council said, at page 581:

The question is not what portions of the undertaking can be stripped from it without interfering with the activity altogether; it is rather what is the undertaking which is in fact being carried on. Is there one undertaking, and as part of that one undertaking does the respondent carry passengers between two points both within the province, or are there two?

Since the Privy Council found the enterprise as actually carried on in *Winner* to be a primary instance of an interprovincial undertaking, that is, one having but a single participant with a single business, no question of a nexus arose, and the Supreme Court of Canada was declared wrong in having tried to strip away the incidental from the essential.

The Privy Council was, however, very careful to limit its holding to the exact facts, going so far as to say, at page 583:

Their Lordships express no opinion whether Mr. Winner could initiate a purely provincial bus service even though it was under the aegis of and managed by his present organization.

In such a further case it would seem that the issue of a nexus would loom large, even though only one organization was in question. The case of a primarily intraprovincial carrier, which is even farther removed from the facts in *Winner*, drew a more negative response from the Privy Council, at

munication et du message qu'il transmet. Comme le dit le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Capital Cities*, cité plus haut, aux pages 162 (R.C.S.); 200 (N.R.); 623 (D.L.R.):

a La réglementation du contenu des émissions est inséparable de la réglementation de l'entreprise qui les reçoit et transmet, comme partie intégrante d'une opération globale.

La seule décision qui semble s'opposer à l'application du critère du lien nécessaire est l'arrêt *b Winner*, cité plus haut. Dans cette affaire, un système interprovincial (en fait, international) de transport par autocars établi entre Boston et Glace Bay en plus de véhiculer des passagers extraprovinciaux, assurait aussi le transport de personnes prises en charge et déposées au Nouveau-Brunswick. En confirmant que l'entreprise dans son entier relevait de la compétence fédérale, le Comité judiciaire du Conseil privé a dit à la page *c* 581:

d [TRADUCTION] La question n'est pas de savoir de laquelle de ses parties on peut dépouiller l'entreprise sans affecter l'ensemble de ses activités; c'est au contraire de savoir quelle est la nature de l'entreprise que l'on exploite. Y a-t-il une seule entreprise, et une partie de cette entreprise de l'intimé consiste-t-elle à transporter des voyageurs entre deux points qui se trouvent tous deux dans les limites de la province, ou y a-t-il deux entreprises?

Comme le Conseil privé a conclu au sujet de l'entreprise menée dans l'affaire *Winner* qu'elle appartenait à la catégorie des entreprises principales à caractère interprovincial, c'est-à-dire qu'elle constituait une unique entreprise menée par un seul entrepreneur, la question d'un lien ne s'est pas posée et le Conseil a statué que la Cour suprême *e* du Canada avait commis une erreur en tentant de détacher l'accessoire de l'essentiel.

Le Conseil privé a toutefois bien pris soin de limiter sa conclusion aux faits précis de cette espèce, allant jusqu'à dire, à la page 583:

h [TRADUCTION] Leurs Seigneuries n'expriment aucune opinion sur le point de savoir si Winner pourrait lancer un service d'autobus purement provincial, sous l'égide de son entreprise actuelle et dans le cadre de celle-ci. Toutefois, cette question ne se pose pas et elle n'a pas été soulevée.

Dans une telle hypothèse, il semblerait que la question d'un lien occuperait le premier plan malgré qu'une seule entreprise serait en cause. La situation du transporteur dont l'activité est exercée *j* essentiellement dans les limites d'une province, qui est encore plus éloignée des faits de l'affaire

page 582, with presumably even less possibility that a nexus could be established:

[T]heir Lordships must not be supposed to lend any countenance to the suggestion that a carrier who is substantially an internal carrier can put himself outside provincial jurisdiction by starting his activities a few miles over the border. Such a subterfuge would not avail him. The question is whether in truth and in fact there is an internal activity prolonged over the border in order to enable the owner to evade provincial jurisdiction or whether in pith and substance it is inter-provincial.

In the instant reference the NEB suggested that *Winner* and other cases gave rise to a so-called "purpose/nature of the undertaking" test, which attributed jurisdiction on the basis of the overall purpose of an enterprise. The typical case of this kind where federal jurisdiction was found is, however, one where there is a single business undertaking: *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.).

In fact, the closest parallel to the *Winner* situation in the instant reference would be an application by TCPL to build and operate the bypass pipeline as its own. Failing that situation, it seems to me that the bypass line must meet the necessary nexus test in order to establish federal jurisdiction under 92(10)(a).

V

Counsel for CCPI cast his net in the broadest way by proposing in the alternative that the bypass pipeline was an interprovincial work and/or undertaking of TCPL, or an interprovincial work and/or undertaking of CCPI.

In the *Montreal City v. Montreal Street Railway Company*, [1912] A.C. 333 (P.C.), at page 342, works were said to be "physical things, not services." An undertaking, on the other hand, was defined *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (P.C.), at page 315, as "not a physical thing, but

Winner, a été envisagée plus négativement par le Comité judiciaire qui, à la page 582, laisse présumer que, dans de telles circonstances, la possibilité d'établir un lien serait encore moindre:

a [TRADUCTION] [I]l ne faut pas penser que leurs Seigneuries veulent, en arrivant à la présente conclusion, accorder un appui quelconque à la proposition selon laquelle un transporteur dont l'activité est d'une nature essentiellement interne peut se placer en dehors de la compétence provinciale en plaçant le point de départ de son activité à quelques milles au-delà de la frontière.

b Un tel subterfuge ne servirait à rien. La question est de savoir si réellement et en fait il existe une activité interne qui se prolonge au-delà de la frontière dans le seul but de permettre au propriétaire d'échapper à la compétence provinciale ou si le caractère véritable de l'entreprise est interprovinciale.

c Dans le renvoi en l'espèce, l'ONÉ a suggéré que l'arrêt *Winner* ainsi que d'autres arrêts avaient établi un critère appelé «l'objectif/la nature de l'entreprise», critère selon lequel la compétence devait être attribuée suivant l'objet global de l'entreprise concernée.

d L'arrêt type concluant à l'existence d'une compétence fédérale par l'application de ce critère concerne toutefois une affaire dans laquelle une unique entreprise commerciale est visée: *Toronto Corporation v. Bell Telephone Company of Canada*, [1905] A.C. 52 (P.C.).

e

En fait, pour pouvoir établir une analogie convaincante entre le renvoi actuel et l'arrêt *Winner*, il faudrait que TCPL ait déposé une demande visant la construction et l'exploitation du pipeline de dérivation pour son propre compte. En l'absence d'une telle situation, j'estime que le pipeline de dérivation doit satisfaire au critère du lien nécessaire pour que la compétence fédérale se trouve établie suivant l'alinéa 92(10)(a).

f

g

V

L'avocat de CCPI a voulu mettre toutes les chances de son côté en soutenant subsidiairement que le pipeline de dérivation constituait une entreprise et/ou un ouvrage interprovincial de TCPL ou une entreprise et/ou un ouvrage interprovincial de CCPI.

h

i Dans l'arrêt *Montreal City v. Montreal Street Railway Company*, [1912] A.C. 333 (P.C.), à la page 342, il a été déclaré que les ouvrages constituaient [TRADUCTION] «des choses matérielles et non des services». D'autre part, dans *In re Regulation and Control of Radio Communication in Canada*, [1932] A.C. 304 (P.C.), à la page 315,

j

In my view, the only interprovincial undertaking involved here is the Canadian National interprovincial railway. Clearly, a shipper on that railway from one province to another does not, by virtue of being such a shipper, become the operator of an interprovincial undertaking.

The interprovincial undertaking here is just as surely that of TCPL. An Ontario Divisional Court recently reached the same kind of conclusion in *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co. Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 486; 124 D.L.R. (3d) 674, where the parent company of the company in the *Cannet* case, also involved in the assembly, consolidation and shipping of freight, was held to be under provincial jurisdiction. Steele J. said for the Court, at pages 492 (O.R.); 679-680 (D.L.R.):

The shipment is merely part of an over-all contract and a person who has no tangible or physical property under its [sic] control to operate an undertaking cannot, by contract, make himself a person carrying on an undertaking within the meaning of s. 92(10)(a) of the *British North America Act, 1867*. Cottrell is not carrying on an undertaking or operation but is merely providing a service by contract.

Even if CCPI could be considered to be engaged in an interprovincial undertaking as understood in general commercial terms, it would not be an interprovincial undertaking of a transportation or communications character such as is required for federal jurisdiction under paragraph 92(10)(a). Professor Hogg, *supra*, at page 486, notes that this provision has never been held applicable to any work or undertaking which is not of a transportation or communications character, and argues that the phrase "other works and undertakings" should be read *ejusdem generis* with the specific examples which precede it, which are in every case modes of transportation or communication. I agree with this interpretation and with the conclusion of the NEB on this point. This was also the view of the Ontario Divisional Court on the OEB's stated case, *supra*, at pages 8-9.

On the other hand, the question whether the proposed pipeline is an integral part of the undertaking of TCPL, for the reasons I have already

A mon sens, la seule entreprise interprovinciale impliquée en l'espèce est le chemin de fer interprovincial du Canadien National. Indubitablement, l'expéditeur utilisant le chemin de fer pour le transport de marchandises d'une province à une autre ne devient pas, de ce fait, l'exploitant d'une entreprise interprovinciale.

L'entreprise interprovinciale en l'espèce peut tout aussi bien être attribuée à TCPL. Un tribunal de la Cour divisionnaire de l'Ontario a récemment tiré une conclusion de ce genre dans l'affaire *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co. Ltd.* (1981), 33 O.R. (2d) 486; 124 D.L.R. (3d) 674, où la société mère de la société visée dans l'affaire *Cannet*, qui exerçait également des activités d'assemblage, de regroupement et d'expédition du fret, a été déclarée relever de la compétence provinciale. Le juge Steel a dit au nom de la Cour, aux pages 492 (O.R.); 679 et 680 (D.L.R.):

[TRADUCTION] L'expédition constitue simplement une partie d'un contrat global, et une personne n'ayant le contrôle d'aucun bien matériel pour les fins de l'exploitation d'une entreprise ne peut, par contrat, devenir une personne exerçant une entreprise au sens donné à ce terme à l'alinéa 92(10)a de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique (1867)*. Cottrell n'exerce pas une entreprise mais fournit simplement un service conformément à un contrat.

Même si CCPI pouvait être considérée comme se livrant à une entreprise interprovinciale au sens commercial général, il ne s'agirait pas d'une entreprise interprovinciale relevant du transport ou des communications conformément aux exigences posées par l'alinéa 92(10)a pour qu'il y ait compétence fédérale. Le professeur Hogg, dans l'ouvrage cité plus haut, à la page 486, observe que cette disposition n'a jamais été déclarée applicable à un ouvrage ou à une entreprise ne relevant pas du transport ou des communications, et il soutient que le membre de phrase «autres ouvrages et entreprises» devrait être interprété comme désignant des ouvrages et entreprises de même nature (*ejusdem generis*) que les exemples qui le précèdent, exemples qui tous visent des moyens de transport ou de communication. Je souscris à cette interprétation ainsi qu'à la conclusion prise par l'ONÉ sur ce point. Telle était également l'opinion de la Cour divisionnaire de l'Ontario concernant l'exposé de cause de l'ONÉ (voir le document cité plus haut, aux pages 8 et 9).

En ce qui a trait à la question de savoir si le pipeline proposé fait partie intégrante de l'entreprise de TCPL, pour les motifs qui précèdent, il est

given it is impossible to evade the necessary nexus test as the Board did. Applying that test, I can find no such necessary connection. Far from being vital, essential, integral or necessary to TCPL, the proposed bypass is unnecessary and redundant.

TCPL already has an effectively functioning system which transports gas not only to the province of Ontario but (with the aid of an LDC) to Cyanamid's Welland plant. TCPL has no need for anything more. The fact that it might be economically advantageous for an end-user to have its own pipeline has no corresponding advantage for TCPL, let alone any necessity.

The short (i.e. 6.2 kilometre) proposed pipeline has in fact more of the character of an individual connection than of an interprovincial undertaking. It would be one end-user's link with the main line, built for its own purposes. It is no more necessary to TCPL's function as an interprovincial transporter than any other end-user's connection to its supply line.

It was argued that CCPI's proposed commercial links with Alberta producers could be thought of as enlarging CCPI's nexus with TCPL's interprovincial undertaking. But even if CCPI's two aspects (as purchaser and as transporter) could be conceptualized as a single undertaking, then TCPL would have to be considered from the same twofold point of view—selling its own system gas (which it presently sells to LDC's) as well as transporting others' gas. In this enlarged perspective CCPI's proposed activities can appear only as even less necessary to TCPL's well-being.

Any argument beyond one based on the interprovincial undertaking of TCPL, i.e. one resting, for example, on any perceived exigencies of national policy, would have to be cast in terms of the trade and commerce power, or the general power over peace, order and good government, arguments which the proponents of federal jurisdiction

impossible d'éviter l'application du critère du lien nécessaire comme l'a fait l'Office. Appliquant ce critère, je ne puis trouver tel lien. Loin d'être vital, essentiel ou nécessaire à TCPL ou de faire partie intégrante de son entreprise, le conduit de dérivation proposé est inutile et superflu.

TCPL possède déjà un réseau qui, fonctionnant effectivement, assure le transport du gaz non seulement jusqu'à la province d'Ontario mais encore (avec l'aide d'une CDL) à l'usine de Welland de Cyanamid. TCPL n'a besoin de rien de plus. S'il peut être économiquement profitable pour l'utilisateur ultime d'avoir son propre pipeline, celui-ci ne représente aucun avantage pour TCPL, et encore moins lui est-il nécessaire.

Le court pipeline proposé (il s'étendrait sur 6,2 kilomètres) a davantage le caractère d'un embranchement individuel que d'une entreprise interprovinciale. Ce pipeline, qui relierait un utilisateur ultime à la canalisation principale, serait construit pour l'usage propre de cet utilisateur. Il n'est pas plus nécessaire à TCPL dans l'exercice de son rôle de transporteur interprovincial que ne le serait tout autre embranchement reliant un utilisateur ultime à sa canalisation d'approvisionnement.

Il a été soutenu que les relations commerciales que CCPI proposait de nouer avec les producteurs albertains pouvaient être considérés comme accroissant le lien entre CCPI et l'entreprise interprovinciale de TCPL. Cependant, en supposant que ces deux aspects de l'activité de CCPI (l'achat et le transport) puissent être considérés comme s'intégrant dans une unique entreprise, TCPL devrait elle-même être considérée comme ayant deux aspects distincts: la vente de son propre gaz de réseau (elle vend actuellement ce gaz aux CDL) d'une part, et le transport de gaz ne lui appartenant pas d'autre part. Dans cette perspective élargie, les activités projetées par CCPI peuvent seulement apparaître encore moins nécessaires au bon fonctionnement de TCPL.

Toute prétention allant au-delà de celles qui s'appuient sur le caractère interprovincial de l'entreprise de TCPL, comme par exemple la prétention fondée sur des exigences que dicterait l'intérêt national, devrait procéder de la compétence sur les échanges et le commerce ou du pouvoir général de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouver-

expressly refrained from making on the present reference.

The Federal Parliament also, of course, retains the option of acquiring jurisdiction over any pipeline by declaring it to be a work for the general advantage of Canada under paragraph 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*, but it has not chosen to exercise that power.

VI

I would therefore answer the question referred as follows:

The pipeline facilities proposed to be constructed and operated by Cyanamid Pipeline Inc. are not within the jurisdiction of the National Energy Board as not being within the legislative authority of the Parliament of Canada pursuant to subsection 91(27) and paragraph 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*.

MAHONEY J.: I agree.

STONE J.: I agree.

nement, et les tenants de la compétence fédérale se sont expressément abstenus de présenter de tels arguments dans le cadre du présent renvoi.

Il demeure évidemment loisible au Parlement ^a fédéral d'acquérir la compétence sur tout pipeline en déclarant que celui-ci constitue un ouvrage à l'avantage général du Canada conformément à l'alinéa 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais cette autorité n'a pas choisi d'exercer ^b ce pouvoir concernant l'ouvrage en l'espèce.

VI

Je répondrais donc à la question renvoyée devant ^c cette Cour de la manière suivante:

Les installations pipelinières dont la construction et l'exploitation sont projetées par Cyanamid Pipeline Inc. ne ressortissent pas à la compétence de l'Office national de l'énergie parce qu'elles ne relèvent pas de l'autorité législative conférée au ^d Parlement du Canada en vertu du paragraphe 91(27) ainsi que de l'alinéa 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

LE JUGE MAHONEY: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE STONE: Je souscris à ces motifs.