



File OF-Fac-Oil-T260-2013-03 02
17 December 2015

Ms. Dyna Tuytel
Authorized Representative
Living Oceans Society and Raincoast Conservation Foundation
Ecojustice
131 Water Street, Suite 214
Vancouver, BC V6B 4M3
Email : dtuytel@ecojustice.ca

Dear Ms. Tuytel:

**Hearing Order OH-001-2014
Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain)
Application for the Trans Mountain Expansion Project (Project)
Living Oceans Society and Raincoast Conservation Foundation (Living Oceans
and Raincoast) – Notice of motion to file late evidence
Ruling No. 105**

On 10 December 2015, the National Energy Board (Board) received a notice of motion from Living Oceans and Raincoast in which they request leave to file late evidence (Motion). The evidence is a pre-publication copy of a report entitled *Spills of Diluted Bitumen from Pipelines: A Comparative Study of Environmental Fate, Effects, and Response* (Report). The Report, which was released on 8 December 2015, was authored by the Committee on the Effects of Diluted Bitumen on the Environment; Board on Chemical Sciences and Technology; Division on Earth and Life Studies; National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine.

In its Motion, Living Oceans and Raincoast seek an order:

1. that Living Oceans and Raincoast be permitted to file the Report as late evidence;
2. that Trans Mountain be given additional time to prepare its written argument or to file an addendum to its written argument in order to address the late evidence; and
3. such other relief as the Board may consider appropriate.

.../2

Decision

For the reasons outlined below, the Board denies Living Oceans and Raincoast's request to file the late evidence on the hearing record. The Board is not persuaded that the probative value of the evidence outweighs the prejudice of the late filing to Trans Mountain at this late stage of the hearing process.

Views of Participants

Living Oceans and Raincoast said they should be permitted to file the Report late because it will be of assistance to the Board, it was not previously available, and it is relevant to the List of Issues. They submitted that, if motion is not granted, the record would be missing an important piece of evidence.

According to Living Oceans and Raincoast, the Report examines issues relevant to the hearing, is an up-to-date outcome of collaboration between researchers from the public, private and non-profit sectors, academia, with input from U.S. government agencies and the benefit of independent review.

Living Oceans and Raincoast acknowledged that the Report became available only one week before Trans Mountain's final written evidence was due on 15 December 2015. However, Living Oceans and Raincoast said that the benefit to the Board of admitting the Report outweighed the prejudice that could result from the late filing of the evidence.

The Board received comments in support of the Motion from:

- [Pro Information Pro Environment People Network](#)
- [Upper Nicola Band](#)
- [Tsawout First Nation](#)
- [City of Vancouver](#)
- [Salmon River Enhancement Society](#)¹

[Trans Mountain](#) said the Motion should be dismissed because it would be prejudicial and procedurally unfair to permit the filing of new evidence, prepared by third parties, on the eve of argument. It said fairness requires that participants have a sufficient opportunity to test new evidence by asking questions to those who prepared it, and there is not enough time to do so in this case.

Trans Mountain noted that each page of the Report contains the following caveat: "Prepublication Copy: Uncorrected Proofs." According to Trans Mountain, it is difficult to discern what portions of the Report contain errors, so the Board cannot rely on it in its present form.

¹ Salmon River Enhancement Society's letter was filed a few hours after the 4 PM Mountain (3 PM Pacific) deadline set by the Board in its 10 December 2015 [letter](#) setting up an abridged comment period for this motion. In this case, given the abridged comment process and that the comments were received ahead of Living Oceans and Raincoast's reply, the Board decided to accept and consider the late letter of support.

Therefore, the low probative value of the Report does not outweigh the prejudice to Trans Mountain that would result from filing the Report. Trans Mountain submitted that since Living Oceans and Raincoast did not author or commission the Report, it would be unable to answer even basic questions about it.

Living Oceans and Raincoast filed a [reply](#) on 14 December 2015 in which it submitted that any delay resulting from the request to file late evidence is likely to be short and that the Board could use its discretion to delay the due date of Trans Mountain's written argument, or by allowing Trans Mountain to file an addendum to its written argument respond to the new evidence. Living Oceans and Raincoast stated that it does not object to the Board setting up a process for information requests on the study. Living Oceans and Raincoast further stated that many parties have filed evidence that they have not authored or commissioned.

On the topic of whether the review of the Report is complete, Living Oceans and Raincoast said the peer review is complete and most other evidence submitted in this hearing has not been peer-reviewed.

Lastly, Living Oceans and Raincoast stated that the Report's findings, conclusions and recommendations will not be revised before final publication and only non-substantive copy editing remains.

Views of the Board

Typically, the Board considers the following when deciding whether to accept a late evidence filing:

1. Whether the evidence is relevant;
2. Whether there is a justifiable reason for the late filing of evidence, or whether the party acted with due diligence;
3. The prejudice suffered by other participants if the motion were granted; and
4. The probative value of the evidence weighted against prejudice to other participants at the current stage of the proceedings.

Relevance

There is no dispute that this evidence is relevant to one or more issues the Board is considering in the List of Issues.

Justifiable Reason for Late Filing

The Report was released on 8 December 2015 and this Motion was filed shortly after that. Given that the Report was only recently released, the Board is of the view that there is a justifiable reason for late filing.

Prejudice

The later in the process participants seek to file evidence, the greater the prejudice is likely to be to other participants.² Here, the Motion was dated 9 December 2015 and received by the Board the following day. In the current hearing, the following hearing deadlines relating to intervenor evidence are relevant to the topic of prejudice to Trans Mountain:

- Intervenor evidence was due on 27 May 2015
- Trans Mountain reply evidence was due on 20 August 2015
- Trans Mountain's replacement evidence was due on 26 September 2015
- Intervenor supplemental written evidence in relation only to the replacement evidence was due on 1 December 2015
- Trans Mountain's revised written argument in-chief due on 15 December 2015
- Trans Mountain's final oral summary argument was heard on 17 December 2015
- Intervenor written final argument in-chief is due 12 January 2016
- Intervenor oral summary argument commences 19 January 2016

As indicated above, intervenor evidence was filed over 6 months ago, and has been subject to Information Requests and responses. Trans Mountain has also filed reply evidence in response and this has been subject to intervenor Information Requests. Trans Mountain's written argument-in-chief was due on 15 December 2015. The Board finds that admitting the evidence at this stage would be highly prejudicial to Trans Mountain. This is because Living Oceans and Raincoast requests that it be accepted as late evidence immediately before Trans Mountain's final argument is due. Living Oceans and Raincoast's suggestions for how to deal with any prejudice associated with the late evidence are non-viable. At a minimum, fairness requires that Trans Mountain would need an opportunity to test the late evidence, file reply evidence, and potentially answer questions about the reply evidence. Trans Mountain would also require an opportunity to provide revised final argument. Such delay in closing the evidentiary record may also negatively impact the Board's ability to prepare its report to the Governor-in-Council within the legislated time limit.

Probative Value versus Prejudice

On the issue of the Report's probative value, the Board accepts that it is relevant to aspects of the List of Issues for the Project. However, Living Oceans and Raincoast did not create the Report and therefore, would not be in a position to adopt or speak to it as proposed evidence. There is already a significant body of evidence on the subject of the Report already on the hearing record. The Report references some reports and studies which are already on the hearing record but conversely, it does not reference other works which are on the record. While the Report does contain the conclusions of its authors, these cannot be probed with questions. As a result, the probative value of the Report is limited.

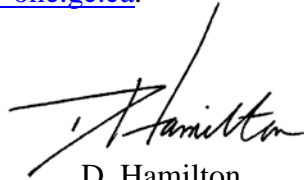
² This is consistent with the Board's approach on past hearings, for instance, see [Ruling No. 153](#) from the Enbridge Northern Gateway Project Joint Review Panel.

There will always be new reports and studies that will come into existence at future time periods. While potential requests to file new evidence must be treated on their own merit, at the late stage of a hearing, the bar for admittance is high.

In this case, the Report only became available on the eve of final argument and, as detailed above, the prejudice that would result from accepting it for the Board's consideration during this hearing is high.

For the above reasons, the Board finds that the probative value of the Report does not outweigh the high degree of prejudice to Trans Mountain. The Board therefore denies the Motion. The Report will not form part of the Board's evidentiary record for this Project. This does not mean, however, that any relevant evidence could not be considered by the Board as a life cycle regulator at a future time in relation to the Project, should it be approved, or by other regulators with jurisdiction over marine shipping.

If you have any questions, please contact the Board's Process Advisor Team for this Project by phone at 403-292-4800 or 1-800-899-1265 (toll-free), or by email at transmountainpipeline.hearing@neb-one.gc.ca.



D. Hamilton
Presiding Member



P. Davies
Member



A. Scott
Member

c.c. Trans Mountain and all intervenors

Office national
de l'énergie



National Energy
Board

Dossier OF-Fac-Oil-T260-2013-03 02
Le 17 décembre 2015

Maître Dyna Tuytel
Représentante autorisée
Living Oceans Society et Raincoast Conservation Foundation
Ecojustice
131, rue Water, bureau 214
Vancouver (Colombie-Britannique) V6B 4M3
Courriel : dtuytel@ecojustice.ca

**Ordonnance d'audience OH-001-2014
Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain)
Demande visant le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (le projet)
Living Oceans Society et Raincoast Conservation Foundation (Living Oceans
et Raincoast) – Avis de requête en vue de déposer une preuve tardivement
Décision n° 105**

Maître,

Le 10 décembre 2015, l'Office national de l'énergie a reçu un avis de requête de Living Oceans et Raincoast demandant l'autorisation de déposer une preuve tardivement (la requête). La preuve en question est la version en prépublication d'un rapport intitulé *Spills of Diluted Bitumen from Pipelines: A Comparative Study of Environmental Fate, Effects, and Response* (le rapport). Le rapport, rendu public le 8 décembre 2015, est le fruit du Committee on the Effects of Diluted Bitumen on the Environment, du Board on Chemical Sciences and Technology, Division on Earth and Life Studies de la National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine.

Dans leur requête, Living Oceans et Raincoast sollicitent une ordonnance visant ce qui suit :

1. autoriser Living Oceans et Raincoast à déposer le rapport comme preuve tardive;
2. accorder à Trans Mountain du temps pour préparer sa plaidoirie écrite ou déposer un addenda à sa plaidoirie écrite afin de traiter de la preuve tardive dans celle-ci;
3. accorder toute autre mesure que l'Office pourrait juger appropriée.

.../2

Décision

Pour les motifs évoqués ci-dessous, l'Office rejette la requête déposée par Living Oceans et Raincoast visant à autoriser le dépôt de la preuve tardive au dossier de l'audience. L'Office n'a pas été convaincu que la valeur probante de la preuve l'emporte sur le préjudice que ferait subir à Trans Mountain le dépôt de cette même preuve à ce stade avancé du processus d'audience.

Opinion des participants

Living Oceans et Raincoast ont fait valoir qu'elles devraient être autorisées à déposer le rapport tardivement parce qu'il serait utile à l'Office, qu'il n'était pas disponible auparavant et qu'il est pertinent en regard de la liste des questions. À leur avis, le rejet de la requête ferait en sorte qu'un élément de preuve important serait exclu du dossier.

Selon elles, le rapport abordent des questions qui sont pertinentes à l'audience; il est le fruit d'une collaboration entre chercheurs des secteurs public et privé et d'organismes sans but lucratif ainsi que de personnes issues du milieu universitaire. En outre, des organismes du gouvernement des États-Unis y ont contribué, et il a fait l'objet d'une évaluation indépendante.

Living Oceans et Raincoast ont admis que le rapport n'a été rendu disponible qu'une semaine avant la date à laquelle Trans Mountain devait déposer sa preuve écrite finale, le 15 décembre 2015. À leur avis, les avantages pour l'Office d'admettre le rapport en preuve l'emportent sur le préjudice que pourrait causer le dépôt tardif de cette preuve.

Les parties suivantes ont déposé des lettres de commentaires appuyant la requête :

- [Pro Information Pro Environment United People Network](#)
- [Bande Upper Nicola](#)
- [Première Nation Tsawout](#)
- [Ville de Vancouver](#)
- [Salmon River Enhancement Society](#)¹

[Trans Mountain](#) a soutenu que la requête devrait être rejetée parce qu'il serait préjudiciable et injuste sur le plan procédural de permettre le dépôt de nouveaux éléments de preuve, préparés par des tierces parties, à la veille de sa plaidoirie. Selon elle, le principe d'équité exige que les participants aient assez de temps pour vérifier l'exactitude d'une nouvelle preuve en posant des questions à ses auteurs, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Trans Mountain a fait remarquer que toutes les pages du rapport comportent la mention suivante : « Prepublication Copy: Uncorrected Proofs. » [Prépublication : épreuves non corrigées]. D'après Trans Mountain, il est difficile de savoir quelles parties du rapport renferment des erreurs et l'Office ne peut donc pas se fier à cette preuve dans sa forme actuelle.

¹ La lettre de la Salmon River Enhancement Society est parvenue à l'Office quelques heures après l'échéance fixée par celui-ci [16 h, heure des Rocheuses (15 h, heure du Pacifique)] dans sa [lettre](#) du 10 décembre 2015, établissant une période écourtée pour le dépôt de commentaires sur la requête. Dans les circonstances et vu la courte période de commentaires établie et le fait que l'Office a reçu la lettre de commentaires avant la réplique de Living Oceans et Raincoast, l'Office a décidé d'admettre la lettre et de la prendre en considération.

En conséquence, la faible valeur probante du rapport ne l'emporte pas sur le préjudice que subirait Trans Mountain par l'admission du rapport. Selon Trans Mountain, comme Living Oceans et Raincoast ne sont pas les auteurs du rapport et qu'elles ne l'ont pas commandé, il leur serait impossible de répondre à des questions, même les plus élémentaires, au sujet de ce rapport.

Living Oceans et Raincoast ont déposé une [réponse](#) le 14 décembre 2015, dans laquelle elles font valoir que l'éventuel retard qu'occasionne la requête de dépôt tardif sera vraisemblablement court, et que l'Office pourrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour repousser la date de dépôt de la plaidoirie écrite de Trans Mountain ou permettre à celle-ci de déposer un addenda à cette même plaidoirie écrite pour donner réplique à la nouvelle preuve. Living Oceans et Raincoast ont déclaré ne pas être opposées à ce que l'Office mette en place un processus de demandes de renseignements à l'égard du rapport. Elles ont ajouté que beaucoup d'autres parties ont déposé des éléments de preuve dont elles n'étaient pas les auteurs ou qu'elles n'avaient pas commandés.

Sur la question de savoir si l'évaluation du rapport est terminée, Living Oceans et Raincoast ont soutenu que l'évaluation par les pairs était complétée et ont ajouté que la majorité des autres preuves déposées durant la présente audience n'avait fait l'objet d'aucune évaluation du genre.

Enfin, Living Oceans et Raincoast ont déclaré que les constatations, conclusions et recommandations du rapport final ne seraient pas modifiées et que les seuls changements seraient d'ordre éditorial et peu importants.

Opinion de l'Office

De façon générale, l'Office prend en compte les facteurs suivants pour déterminer s'il doit admettre une preuve déposée tardivement :

1. la pertinence de la preuve;
2. l'existence d'un motif raisonnable pour le dépôt tardif et la démonstration que la partie a exercé une diligence raisonnable;
3. le préjudice causé aux autres participants s'il acquiesce à la requête;
4. la valeur probante de la preuve en regard du préjudice subi par les autres participants au stade où sont rendues les procédures.

Pertinence

Il ne fait aucun doute que cette preuve est pertinente à un ou plusieurs aspects de la liste des questions faisant l'objet de l'examen de l'Office.

Motif raisonnable pour le dépôt tardif

Le rapport a été rendu public le 8 décembre 2015 et la présente requête a été déposée peu après. Puisque le rapport a été rendu public tout récemment, l'Office estime qu'il y a un motif raisonnable pour le dépôt tardif.

Préjudice

Plus les éléments de preuve sont présentés tardivement dans le processus, plus grand est le risque que les autres participants subissent un préjudice². En l'espèce, la requête est datée du 9 décembre 2015 et l'Office l'a reçue le lendemain. Dans le cas présent, il importe de rappeler les échéances ci-après concernant le dépôt de la preuve des intervenants pour déterminer si Trans Mountain subit un préjudice :

- La preuve des intervenants devait être déposée le 27 mai 2015.
- La contre-preuve de Trans Mountain devait être déposée le 20 août 2015.
- La preuve de remplacement de Trans Mountain était exigée le 26 septembre 2015.
- La preuve écrite supplémentaire des intervenants portant uniquement sur la preuve de remplacement de Trans Mountain était exigée le 1^{er} décembre 2015.
- La plaidoirie principale écrite révisée de Trans Mountain devait être déposée le 15 décembre 2015.
- L'audition de la plaidoirie finale orale de Trans Mountain a eu lieu le 17 décembre 2015.
- La plaidoirie principale finale écrite des intervenants doit être déposée le 12 janvier 2016.
- L'audition de la plaidoirie finale orale des intervenants doit commencer le 19 janvier 2016.

Comme on peut le voir, la preuve des intervenants a été déposée il y a plus de six mois et a fait l'objet d'un processus de demandes de renseignements et de réponses. Trans Mountain a aussi déposé une contre-preuve, qui a également été soumise aux demandes de renseignements des intervenants. La plaidoirie principale écrite de Trans Mountain devait être déposée le 15 décembre 2015. L'Office juge qu'admettre des éléments de preuve à ce stade-ci causerait un grave préjudice à Trans Mountain. Cela tient au fait que les requêtes de Living Oceans et de Raincoast visant à faire admettre une preuve tardive surviennent juste avant la date à laquelle Trans Mountain doit déposer sa plaidoirie finale. Les propositions de Living Oceans et de Raincoast pour atténuer le préjudice causé par le dépôt tardif d'une preuve ne sont pas viables. À tout le moins, le principe d'équité exigerait que Trans Mountain ait la possibilité de vérifier la validité de la preuve déposée tardivement, de déposer une contre-preuve et, éventuellement, de répondre à des questions concernant cette contre-preuve. Il faudrait aussi donner à Trans Mountain la possibilité de déposer une plaidoirie finale révisée. Un tel report de la clôture du dossier de la preuve pourrait également nuire à la capacité de l'Office de respecter les délais imposés par la loi pour rédiger le rapport qu'il doit remettre au gouverneur en conseil.

Valeur probante en regard du préjudice

Sur la question de la valeur probante du rapport, l'Office reconnaît qu'il est pertinent à certains aspects de la liste des questions relative au projet. Cependant, Living Oceans et Raincoast ne sont pas les auteurs du rapport et, de ce fait, ne seraient pas en mesure de l'adopter ni d'en débattre comme si c'était leur preuve. Le dossier de l'audience renferme déjà beaucoup d'éléments de preuve que l'on aborde dans le rapport. Celui-ci fait référence à certains rapports

² Ce principe est fidèle à la démarche préconisée par l'Office dans des audiences passées. Voir, par exemple, la [décision n° 153](#) rendue par la commission d'examen conjoint pour le projet Enbridge Northern Gateway.

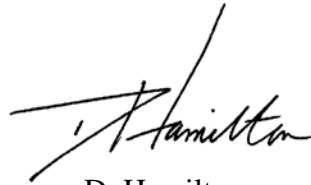
et études déjà au dossier de l'audience, mais pas à tous. Certes, le rapport renferme les conclusions de ses auteurs, mais celles-ci ne peuvent pas être validées en interrogeant ces derniers. De ce fait, la valeur probante du rapport est limitée.

Il y aura toujours de nouveaux rapports et de nouvelles études qui seront publiés avec le temps. Même si les requêtes éventuelles visant à déposer de nouveaux éléments de preuve doivent être examinées sur leur bien-fondé propre, pour admettre de tels éléments à ce stade avancé de l'audience, la preuve doit être très convaincante.

En l'espèce, le rapport a été rendu disponible la veille seulement de la plaidoirie finale et, comme cela est expliqué en détail ci-dessus, le préjudice que causerait l'admission de cette preuve durant la présente audience est grave.

Pour les motifs susmentionnés, l'Office conclut que la valeur probante du rapport ne l'emporte pas sur la gravité du préjudice que subirait Trans Mountain. Par conséquent, l'Office rejette la requête. Le rapport ne fera pas partie du dossier de la preuve de l'Office du présent projet. Cela ne signifie cependant pas que l'Office ne pourrait pas ultérieurement prendre en considération des éléments pertinents du rapport dans sa fonction d'organisme de réglementation agissant sur l'ensemble du cycle de vie du projet si ce rapport est approuvé un jour par lui ou par d'autres organismes de réglementation ayant compétence sur la navigation maritime.

Si vous avez des questions, veuillez communiquer avec l'équipe des conseillers en processus de l'Office, au 403-292-4800, sans frais au 1-800-899-1265 ou à pipelinetransmountain.audience@neb-one.gc.ca.



D. Hamilton
Membre présidant l'audience



P. Davies
Membre



A. Scott
Membre

c.c. : Trans Mountain et tous les intervenants