

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2003-49

R-3496-2002

7 mars 2003

PRÉSENTS :

M^e Lise Lambert, LL.L., présidente

M. Normand Bergeron, M.A.P., vice-président

M^{me} Anita Côté-Verhaaf, M. Sc. (Écon.)

Régisseurs

Hydro-Québec

Demanderesse

et

Liste des intervenants apparaissant à la page suivante

Intervenants

*Décision concernant la demande partielle de révision de la
décision D-2002-95*

LISTE DES INTERVENANTS :

Tous les intervenants au dossier R-3401-98 ont été informés de la demande en révision et sont intervenus dans ce dossier de révision :

- PG&E National Energy Group Inc. (PG&E NEG);
- Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ);
- Stratégies énergétiques et Groupe STOP (S.É./G.S.);
- Union des consommateurs (UC).

1. INTRODUCTION

Le 3 octobre 2002, Hydro-Québec dans ses activités de transport d'électricité (le Transporteur) introduit à la Régie de l'énergie (la Régie) une demande partielle de révision de la décision D-2002-95 relative à la modification des tarifs de transport d'électricité.

Le 13 novembre 2002, la Régie informe la demanderesse et les intervenants au dossier R-3401-98 qu'elle entendra la demande de révision du Transporteur en audience publique le 18 décembre 2002 et que cette audience portera à la fois sur la recevabilité de la demande et sur le fond. La Régie demande au Transporteur et aux parties intéressées de déposer, au plus tard le 9 décembre 2002, leur plan d'argumentation accompagné de la jurisprudence à leur soutien.

La Régie reçoit le plan d'argumentation du Transporteur et des intervenants suivants : PG&E National Energy Group Inc. (PG&E NEG), Regroupement national des conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ), Stratégies énergétiques et Groupe STOP (S.É./G.S.) et Union des consommateurs (UC).

La Régie entend les parties en audience publique le 18 décembre 2002.

2. DEMANDE EN RÉVISION

La demande du Transporteur, présentée en vertu de l'article 37(3) de la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹ (la Loi) comporte les conclusions suivantes :

« PAR CES MOTIFS, PLAISE À LA RÉGIE :

ACCUEILLIR la présente requête;

RÉEXAMINER certains aspects de ses décisions D-2002-95 et D-2002-168;

RÉVISER les demandes, prescriptions ou conditions énoncées dans la décision D-2002-95 à l'égard du code de conduite du Transporteur et du dépôt d'informations lors du prochain dossier tarifaire du Transporteur de manière à ce que « **l'accès par la Régie aux livres et registres des entités non réglementées** » ne soit plus un élément d'une ordonnance ou d'une décision émise à l'endroit du Transporteur, et de manière à ce que ne soit plus exigé le dépôt, lors du prochain dossier tarifaire de TransÉnergie, des données financières suivantes concernant les affiliés : revenus, dépenses, bénéfice net, actif total, total de la dette, garanties de financement, événements extraordinaires et exceptionnels. »

¹ L.R.Q., c. R-6.01.

3. ARGUMENTATION DES PARTIES

3.1 ARGUMENTATION DU TRANSPORTEUR

3.1.1 DÉLAI DE LA DEMANDE DE RÉVISION

Le Transporteur mentionne respecter un délai raisonnable compte tenu des circonstances. La nature du dossier, le fait qu'il était la première cause tarifaire du Transporteur, ayant donné lieu à une décision de plus de 400 pages, qui s'adresse à plus d'un aspect du service de transport, a requis de la part du Transporteur une période assez longue et intense pour prendre connaissance de tous les aspects et détails de la décision.

Le Transporteur soumet que le délai était raccourci du fait qu'il y a eu d'autres décisions de la Régie qui l'ont forcé à établir ses priorités de façon à répondre aux diverses attentes de celle-ci.

Le Transporteur plaide qu'il n'y avait pas urgence et que le délai ne cause aucun préjudice à la clientèle, à la population, aux payeurs de tarifs ou aux justiciables qui s'attendent à une grande stabilité dans les décisions de la Régie².

Finalement, le Transporteur cite des extraits du volume *Les tribunaux administratifs au Canada* où le professeur Ouellette mentionne qu'un organisme qui prendrait sur lui d'adopter une politique rigide d'imposer systématiquement un délai fixe, sans égard à toutes les circonstances, se tromperait lourdement car il limiterait ainsi arbitrairement sa propre compétence de réexamen et, ce faisant, modifierait aussi la loi³.

3.1.2 ACCÈS AUX LIVRES ET REGISTRES DES ENTITÉS NON RÉGLEMENTÉES

En ce qui a trait à l'accès aux livres et registres des entités non réglementées, le Transporteur soumet que la Loi s'applique à la fourniture, au transport et à la distribution d'électricité et la compétence de la Régie s'exerce à l'égard du Transporteur et du Distributeur d'électricité définis à l'article 2 de la Loi. Les activités d'Hydro-Québec autres que le transport et la distribution d'électricité ne sont pas régies par la Loi et aucune juridiction à leur égard n'est attribuée à la Régie en vertu de la Loi ou autrement.

² Notes sténographiques (NS) de l'audience du 18 décembre 2002, pages 109 à 112.

³ NS, pages 114 et 115.

La Loi n'attribue à la Régie aucun pouvoir exprès pour approuver un code de conduite en général, encore moins sur les relations du Transporteur avec tous les affiliés d'Hydro-Québec.

En prenant comme hypothèse que le pouvoir d'imposer un code de conduite au Transporteur soit un accessoire à la compétence générale tarifaire de la Régie, le Transporteur soumet qu'un tel pouvoir, qui n'est qu'incident et implicite, se doit d'être limité aux compétences prévues à la Loi, à son économie et à son objet.

Tout code de conduite imposé en vertu d'un tel pouvoir accessoire et implicite, s'il en est, doit nécessairement porter sur des sujets à l'égard desquels la Régie peut exercer des compétences qui lui sont attribuées par la Loi. Or, les entités visées par l'ordonnance ne sont pas sous la juridiction de la Régie.

En outre, le Transporteur, en tant qu'entité se rapprochant le plus possible du concept d'entreprise autonome distincte et traitant ses affiliés comme s'ils étaient des tiers, ne possède et ne contrôle que ses propres données financières et ne peut, pratiquement, par son code de conduite ou autrement, donner accès à quiconque aux livres et registres des filiales d'Hydro-Québec, des autres divisions qui ne sont pas des entités juridiques ou des entités d'Hydro-Québec de qui il doit être séparé fonctionnellement.

Le Transporteur insiste sur le fait que la décision de la Régie vise tous les affiliés :

« [...] en ce sens que la décision ne vise pas uniquement les affiliés tels que définis par la Régie ou tels qu'entendus par la Régie dans sa décision D-2002-95, soit les affiliés qui font affaire avec le Transporteur, mais tous les affiliés tels que définis sans distinction entre les affiliés avec qui le Transporteur n'a aucune interface avec lesquels il ne mène aucune activité. »⁴

3.1.3 DÉPÔT DES DONNÉES FINANCIÈRES

À l'égard du dépôt, lors du prochain dossier tarifaire du Transporteur, des données financières concernant les affiliés, le Transporteur soumet que la Régie n'a pas les pouvoirs requis, en vertu des attributions que lui confère sa Loi, d'exiger du Transporteur le dépôt auprès d'elle de données financières appartenant à des filiales d'Hydro-Québec ou à d'autres divisions et entités d'Hydro-Québec qui ne sont pas sous sa juridiction.

Le Transporteur soutient que, légalement, la Régie ne peut faire indirectement ce qui ne lui est pas permis de faire directement, et, par le biais d'un dépôt d'informations exigé dans le

⁴ NS, page 10.

cadre d'un dossier tarifaire du Transporteur, étendre sa juridiction à des entités non réglementées.

Pratiquement, le Transporteur, en tant qu'entité se rapprochant le plus possible du concept d'entreprise autonome distincte et traitant ses affiliés comme s'ils étaient des tiers, ne possède et ne contrôle que ses propres données financières alors que celles des autres filiales, divisions ou entités d'Hydro-Québec sont fonctionnellement séparées des siennes.

Le Transporteur allègue que, contrairement à Société en commandite Gaz Métropolitain (SCGM) à laquelle la Régie a fait référence dans sa décision D-2002-95, comme division, il n'a pas de filiales qu'il contrôle directement.

Le Transporteur considère que la demande de la Régie est trop grande :

« Encore là, pour les fins de la détermination de tarifs justes et raisonnables, ces données ne sont pas nécessaires ou utiles à la Régie, elles ne sont tout probablement pas disponibles au Transporteur et le Transporteur n'a pas non plus l'obligation dans sa prochaine cause tarifaire ou dans toute cause tarifaire ultérieure de démontrer que ces rapports, ces échanges, ces activités commerciales ou autres avec des filiales d'Hydro-Québec avec qui il n'a jamais fait affaire ou ne fera pas affaire, de démontrer que ces rapports sont justes et raisonnables, il n'y en a pas. Encore là, les demandes de la Régie sont beaucoup trop grandes. »⁵

Le Transporteur dit être en mesure de fournir à la Régie, lors de son prochain dossier tarifaire, les autres informations mentionnées à la page 51 de la décision D-2002-95 puisqu'elles se rapportent aux activités du Transporteur et aux transactions qui l'impliquent lui-même. Selon lui, ces informations permettraient à la Régie de s'assurer que les relations du Transporteur avec ses affiliés sont adéquatement encadrées pour que ses activités ne soient pas interfinancées, que ses tarifs soient justes et raisonnables et que ses conditions de service ne soient pas indûment discriminatoires.

Le Transporteur est conscient du fardeau de sa preuve :

« Le Transporteur aura toujours l'obligation de démontrer qu'effectivement, ses transactions avec d'autres divisions d'Hydro-Québec ou avec des filiales d'Hydro-Québec devront se faire d'une façon qui n'interfinance pas, qui ne porte pas préjudice à sa clientèle, qui n'augmente pas indûment ses coûts, qui n'interfinance pas les opérations des autres divisions ou des filiales qu'elles soient réglementées ou non, ça sera toujours son fardeau et le Transporteur le fera. »⁶

⁵ NS, page 40.

⁶ NS, pages 121 et 122.

3.2 POSITION DES INTERVENANTS

Les intervenants soumettent que cette demande de révision est irrecevable, car elle ne répond à aucun des critères prescrits par l'article 37 de la Loi, qu'elle est à la fois tardive et prématurée selon les aspects analysés.

Les intervenants soumettent que la demande de révision est hors délai et que, en l'absence de motifs sérieux expliquant le délai entre la décision et l'introduction de la présente demande en révision, la Régie doit rejeter la demande de révision.

Ils soumettent que la demande de révision est prématurée car la Régie n'a pas encore approuvé un code de conduite. La Régie, dans sa décision D-2002-95, ne demande au Transporteur que d'aborder, dans son code de conduite, le sujet de l'accès de la Régie aux livres et registres des entités non réglementées. La Régie n'ayant pas encore exercé son pouvoir, il est impossible de conclure à l'excès de compétence dans l'exercice de ce pouvoir.

Ils soutiennent que la présente demande est en fait un appel déguisé, la question de la compétence de la Régie sur les sujets dont traite la demande de révision n'ayant pas été soulevée par Hydro-Québec lors de l'audience ni dans sa preuve, son argumentation non plus que dans sa réplique.

Les intervenants prétendent que l'argument d'Hydro-Québec selon lequel la Régie n'a pas juridiction pour lui ordonner l'accès aux livres et registres des entités non réglementées et qu'elle n'a pas l'autorité nécessaire pour forcer le dépôt des données financières concernant ses sociétés affiliées est sans fondement; les divisions d'Hydro-Québec n'ayant aucune existence sur le plan légal, Hydro-Québec est une seule personne morale à toutes fins que de droit.

Les intervenants allèguent que la Régie a agi dans le cadre de sa juridiction qui lui confère des pouvoirs assez étendus afin qu'elle puisse remplir son mandat. La Régie ne cherche pas à réglementer les entités qui ne sont pas sous sa juridiction, elle demande les informations pertinentes, nécessaires et utiles qui vont lui permettre de rendre ses décisions sur le secteur réglementé. Ils soumettent qu'accepter la proposition de la demanderesse reviendrait à empêcher la Régie d'accomplir adéquatement sa mission de régulation économique. Selon eux, la décision D-2002-95 est présentée de façon telle qu'il est tout à fait impossible de procéder à la correction demandée par le Transporteur sans que plusieurs autres composantes de la structure tarifaire ne soient touchées, dont la séparation fonctionnelle d'Hydro-Québec.

4. OPINION DE LA RÉGIE

4.1 DÉLAI DE LA DEMANDE DE RÉVISION

La demande de révision a été déposée plus de deux mois après la décision D-2002-168. Cette période dépasse le délai raisonnable d'introduction du pourvoi en révision généralement observé, soit 30 jours⁷. Pour l'ensemble des motifs exposés par le Transporteur, la Régie est d'avis qu'il s'agit de circonstances exceptionnelles lui permettant, en conséquence, d'étudier le dossier.

Il s'agit pour le Transporteur du premier dossier tarifaire et celui-ci a été de grande ampleur ainsi que d'une complexité réelle. Ce dossier a ainsi mené, après un processus d'audience de plus de un an, à une décision de près de 400 pages dont il a fallu mesurer le sens et la portée. Confronté à cette approche encore jamais éprouvée, le Transporteur a d'ailleurs déposé, dans ce dossier, une demande de précision sur les questions soulevées dans la présente demande de révision. Il devait également exécuter, de façon simultanée, un grand nombre d'ordonnances contenues dans la décision D-2002-95.

Ainsi, les circonstances très exceptionnelles du dossier, telles que son ampleur et sa nouveauté, l'existence de dossiers parallèles à traiter ainsi que la multiplication des urgences ont placé le Transporteur devant des choix dont la Régie saisit la difficulté. Plus particulièrement, le fait qu'aucun effet préjudiciable sur la tarification applicable aux consommateurs ne résulte de la présente demande constitue une considération importante pour apprécier le caractère raisonnable du délai. La stabilité juridique n'étant donc pas mise en péril dans ce dossier, la Régie accepte les justifications mentionnées par le Transporteur⁸.

4.2 OUVERTURE À LA RÉVISION EN VERTU DE L'ARTICLE 37(3) DE LA LOI

En matière de révision, la Régie doit, pour donner ouverture à la demande de révision, constater l'existence d'un vice sérieux et fondamental de nature à invalider la décision⁹. Il est également de jurisprudence constante que la révision ne peut être le moyen déguisé d'un appel par lequel la seconde formation substituerait sa propre appréciation des faits. Toutefois, l'erreur de droit suffit dès lors qu'elle soulève une question juridictionnelle.

⁷ Décision D-2000-120, dossier R-3442-2000, 22 juin 2000; décision D-2000-51, dossier R-3434-99, 30 mars 2000.

⁸ NS, pages 105 à 112.

⁹ Voir les décisions D-2002-219, dossier R-3486-2002, 21 octobre 2002, pages 7 à 9; D-2002-220, dossier R-3487-2002, 21 octobre 2002, pages 7 à 9 et D-2002-229, dossier R-3493-2002, pages 6 à 9.

Il appartient donc au Transporteur de faire la preuve d'un tel vice affectant la décision D-2002-95. Pour les trois moyens de révision soulevés par le Transporteur, soit l'approbation d'un code de conduite, l'accès aux documents des entités non réglementées et le dépôt de certaines données financières relatives aux affiliés, l'excès de juridiction constitue l'unique motif au soutien de sa demande. L'absence de juridiction est une erreur en soi suffisamment grave pour être qualifiée de vice de fond de nature à invalider la décision. La Régie doit donc s'interroger sur l'existence de sa juridiction à l'égard des trois points soumis par le Transporteur.

Le dossier soulève une problématique aussi délicate que fondamentale car non seulement porte-t-elle sur les limites juridictionnelles de la Régie, mais également met-elle en jeu l'efficacité de l'action réglementaire.

CONTEXTE RÉGLEMENTAIRE PARTICULIER

En premier lieu, il importe de souligner la particularité d'Hydro-Québec sur le plan réglementaire. Le législateur n'a assujéti que les activités de transport et de distribution à la juridiction de la Régie tout en soustrayant les activités de production. Hydro-Québec a, pour sa part, adapté sa structure corporative en établissant des divisions administratives correspondant à certaines de ses activités¹⁰, aucune d'entre elles ne constituant une entité juridique distincte. Cette donnée est fondamentale pour la compréhension du dossier.

En second lieu, la Régie a déjà exigé que toutes les transactions du Transporteur avec ses affiliés se fassent à un prix reflétant le coût complet¹¹ et a approuvé l'utilisation de la méthodologie de facturation interne d'Hydro-Québec présentée par le Transporteur¹². Cette ordonnance n'a, par ailleurs, pas été contestée par le Transporteur.

Enfin, la presque totalité des charges portées au coût de service du Transporteur est extraite des livres et registres d'Hydro-Québec corporatif et non des transactions avec les autres affiliés.

Les paramètres du dossier étant posés, l'enjeu de l'action réglementaire se dessine ainsi : les états financiers réglementaires du Transporteur ne rendent pas compte directement de la source des charges portées à son coût de service. Or, les montants imputés ou les prix payés par le Transporteur et portés à son coût de service sont des informations importantes aux fins d'établir le caractère raisonnable de ses tarifs. En effet, tant que les données portées au coût

¹⁰ Hydro-Québec Production, Hydro-Québec Transport, Hydro-Québec Distribution, Hydro-Québec Équipement, les services corporatifs n'ayant toutefois pas été constitués de divisions administratives.

¹¹ Décision D-2002-95, dossier R-3401-98, 30 avril 2002, page 59.

¹² Décision D-2002-95, dossier R-3401-98, 30 avril 2002, page 93.

de service ne peuvent être validées comme résultant d'une imputation correcte des charges ou d'un calcul méthodique du coût complet, l'établissement de tarifs justes et raisonnables présente des difficultés certaines.

La juridiction de la Régie est ici contestée. Seuls le Transporteur et le Distributeur d'électricité sont soumis à la juridiction de la Régie¹³. Cependant, les affiliés peuvent avoir à subir les effets de l'exercice par la Régie de sa juridiction dans la mesure où il est nécessaire aux fonctions du régulateur d'avoir accès à certaines données les concernant et dans la mesure également où l'exercice de ces fonctions poursuit une finalité conforme aux objectifs de la Loi.

Certes, ces affiliés ne sont aucunement soumis à la juridiction de la Régie pour autant que leurs activités n'interfèrent pas avec l'action réglementaire, c'est-à-dire avec les activités de l'assujetti. Mais dans la mesure où leurs activités ou transactions sont susceptibles d'incidence sur les activités du Transporteur, l'accès à des données concernant ces affiliés peut s'avérer non seulement pertinent mais nécessaire. L'accès devient alors un accessoire à la finalité de l'exercice de la compétence de la Régie eu égard aux objectifs de la Loi.

L'idée maîtresse de toute action du régulateur agissant ainsi aux confins de sa juridiction est donc cette mesure qualitative avec laquelle il s'adresse à cette problématique. L'enjeu étant de taille, il fait l'objet de nombreuses réflexions au sein des organismes de régulation économique qui étudient différentes avenues pour examiner les livres des affiliés non réglementés.

*« The only real controversy related to this proposed standard of conduct is the degree to which commissions should be permitted to examine the books of non regulated affiliates. »*¹⁴

Concrètement, cela implique que la Régie doit agir alors avec prudence, circonspection, au cas par cas et avec les motifs pertinents, et toujours en conformité avec l'objectif et la finalité poursuivis. La notion de mesure fait également appel à un examen de la proportionnalité de l'outil réglementaire. Il doit ainsi y avoir adéquation et pondération entre le moyen retenu et l'objectif recherché.

Dans ces conditions, la Régie est d'avis que des ordonnances pouvant affecter les affiliés sans distinction ni conditions excéderaient sa juridiction. Toutefois, elle détient

¹³ Interprétation *a contrario* de l'article 2 de la Loi.

¹⁴ *Codes of Conduct Governing Competitive Market Developments in the Energy Industry: an Analysis Of Regulatory Actions*, Year 2000: Resolutions and Policy Positions (Finance and Technology Committee, NARUC), Separate books and records and access to affiliate books and records, page 30.

implicitement et nécessairement le pouvoir de s'y adresser dès lors que son action et les moyens qui la supportent se justifient au regard de l'objectif poursuivi.

4.2.1 POUVOIR D'APPROUVER UN CODE DE CONDUITE

Quoique non explicitement mentionné dans sa loi constitutive au chapitre IV portant sur la tarification, le pouvoir d'approuver un code de conduite constitue un pouvoir implicite et dont l'exercice est balisé par la finalité de la Loi.

La notion même de pouvoir implicite au sein des tribunaux à compétence liée est reconnue par la Cour suprême qui écrit :

« Les pouvoirs d'un tribunal administratif doivent évidemment être énoncés dans la loi habilitante, mais ils peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet [...] »¹⁵

Les articles 74.1 et 74.2 sont significatifs à cet égard puisque le législateur a lui-même reconnu la nécessité d'instaurer un mécanisme de contrôle qualitatif quant à certains liens que l'assujetti, le Distributeur, entretient notamment avec le non-assujetti, le Producteur : il s'agit d'un code d'éthique. Toutefois, la portée et l'objet de ce code d'éthique diffèrent du code de conduite. Il a été adopté dans le cadre de la modification législative à la Loi visant l'ajout de l'article 74.1 et 74.2. Il n'y a pas lieu d'y voir une volonté législative d'exclure tout autre moyen non expressément dicté par la Loi. En effet, la doctrine reconnaît que :

« L'ajout d'une compétence générale de surveillance a pour effet d'élargir l'autorité de l'organisme et de lui permettre de rendre des ordonnances sur des sujets omis ou non expressément prévus par la loi, sous réserve de l'obligation de l'organisme d'exercer sa discrétion conformément à la finalité de la loi. En vertu d'une longue tradition jurisprudentielle remontant aux années 20, la compétence générale de surveillance, interprétée largement, a permis à des organismes d'exercer leur mandat de régulation même en l'absence de textes spécifiques et de rendre des ordonnances sur diverses questions reliées à leur mandat, mais qu'il était difficile pour le législateur de prévoir dans l'abstrait. »¹⁶ (nous soulignons)

En l'espèce, la Régie, dans sa décision D-2002-95, motive ainsi son exigence d'imposer un code de conduite au Transporteur :

« La tâche de la Régie est de mettre en place les outils réglementaires assurant l'efficacité de la séparation fonctionnelle, de manière à protéger la clientèle du service réglementé contre

¹⁵ *Bell Canada c. C.R.T.C.*, [1989] 1 R.C.S. 1722, p. 1756.

¹⁶ Yves Ouellette, *Les tribunaux administratifs au Canada*, Éd.Thémis, 1997, page 46.

les risques d'interfinancement, et à permettre un accès non discriminatoire aux services. Les outils privilégiés sont le code de conduite, [...]. »¹⁷

Elle ajoute :

« Le code de conduite est un outil utilisé par plusieurs organismes de régulation dans le cadre de leur mandat de protection de la clientèle du service réglementé. Par exemple, il est mentionné à l'article 4 du Règlement 659 et est l'un des objets de l'Ordonnance 889 de FERC. Un code de conduite vise à prévenir toute forme de traitement préférentiel en faveur des autres unités et affiliés de l'entreprise intégrée en régissant les comportements, les échanges d'employés et d'informations. Il vise aussi à prévenir l'interfinancement en encadrant les transactions avec le Transporteur qui ont des impacts financiers pour ce dernier. »¹⁸

La protection des consommateurs est un élément essentiel du mandat de la Régie. Explicite à l'article 5, cet objectif est également présent dans l'ensemble des dispositions figurant aux chapitres III et IV de la Loi.

Plus particulièrement, l'article 31(1) mentionne la compétence exclusive de la Régie de fixer les conditions auxquelles l'électricité est transportée et la Régie considère que le code de conduite s'inscrit dans cette perspective. L'article 31(2.1) confère à la Régie un rôle de surveillance des opérations du Transporteur afin d'assurer le maintien de tarifs justes et raisonnables. En outre, les articles 49(2), 49(4), 49(6) et 49(7) sont autant de dispositions dont l'économie générale impose à la Régie de vérifier non seulement le caractère raisonnable des tarifs mais également celui des autres conditions applicables à la prestation du service.

La Régie est d'avis que l'exercice de ces compétences implique qu'elle puisse faire appel à un certain nombre d'outils de contrôle réglementaire, tant préventifs que curatifs, dont celui d'approuver un code de conduite.

Enfin, l'ensemble des dispositions énoncées ci-dessus recèle une dimension préventive dont l'efficacité de la régulation dépend largement et dont, avec justesse, la décision D-2002-95 fait état pour motiver son exigence d'un tel code.

En conclusion sur ce premier moyen, la Régie est d'avis que l'ordonnance faite au Transporteur de déposer un code de conduite pour approbation finale relève d'un pouvoir implicite de la Loi et que les exigences de la décision D-2002-95 sont conformes à la finalité

¹⁷ Décision D-2002-95, dossier R-3401-98, 30 avril 2002, page 36.

¹⁸ Décision D-2002-95, dossier R-3401-98, 30 avril 2002, page 42.

et à l'économie générale de la Loi. En conséquence, il ne s'agit pas d'un excès de juridiction. En l'absence d'un vice de fond de nature à invalider la décision, la Régie rejette ce premier moyen.

4.2.2 ACCÈS PAR LA RÉGIE AUX LIVRES ET REGISTRES DES ENTITÉS NON RÉGLEMENTÉES

Les motifs de la décision D-2002-95 se lisent comme suit :

« Le document est, selon la Régie, incomplet. Les responsabilités de la Régie vont au-delà de la portée actuelle du code et ce dernier ne régit pas spécifiquement les interfaces entre le Transporteur et l'ensemble des autres affiliés d'Hydro-Québec.

De plus, selon la Régie, le code présenté ne fait pas état de l'objectif de protéger le client du service réglementé, à l'exception des transactions sur le marché de gros de l'électricité, et ne détaille pas les normes s'appliquant aux relations avec les autres affiliés [...]. La Régie considère qu'une référence aux principes énoncés dans la présente décision concernant la politique de prix de cession permettra de faciliter l'application du code et ainsi de prévenir toute forme d'interfinancement. »¹⁹

En conséquence, la Régie ordonne le dépôt, pour approbation finale, d'un code de conduite « amendé portant spécifiquement sur les relations du Transporteur avec tous les affiliés d'Hydro-Québec [...] » et qui devra « porter sur l'interface avec toutes les activités, qu'elles soient réglementées ou non, et non uniquement sur les activités de commerce de gros » et « aborder, notamment, les sujets mentionnés ci-dessous : [...] - l'accès par la Régie aux livres et registres des entités non réglementées; [...]. »²⁰

Dans son dispositif final, la Régie « **ORDONNE** au transporteur de se conformer à chacune des ordonnances, demandes, prescriptions et conditions énoncées dans la présente décision, selon les délais fixés; [...]. »²¹

Les objectifs poursuivis par la Régie dans cette ordonnance spécifique visent la protection du client du service réglementé ainsi que la transparence des transactions du Transporteur. Cette protection du consommateur nécessite un contrôle des coûts assumés par le Transporteur pour l'ensemble de ses transactions. Ce contrôle peut requérir un examen de certaines données financières ainsi qu'une validation de la qualité et de l'intégralité des données. Or, l'évidence dicte qu'il ne peut y avoir examen rigoureux sans accès à l'information pertinente. L'accès ne constitue donc pas en soi un exercice déraisonnable ni

¹⁹ Décision D-2002-95, dossier R-3401-98, 30 avril 2002, page 43.

²⁰ Décision D-2002-95, dossier R-3401-98, 30 avril 2002, page 43.

²¹ Décision D-2002-95, dossier R-3401-98, 30 avril 2002, page 384.

illégal de compétence par la Régie. Il est destiné à faire respecter les principes de tarification mentionnés au chapitre IV de sa Loi tels que les articles 49(2), 49(4), 49(6) et 49(7) et l'accès aux livres et registres des entités non réglementées s'inscrit ainsi dans l'économie générale de la Loi. Ce pouvoir de la Régie, d'obtenir les informations nécessaires et pertinentes à l'exercice de ses fonctions, ne peut donc être contesté, étant conforme aux objectifs de sa loi constitutive.

Toutefois, ce pouvoir doit être exercé en conformité avec la finalité de la Loi et se justifier par la nature même du dossier ainsi qu'en considération des impératifs relatifs à l'administration de la preuve.

En ordonnant au Transporteur d'« aborder », dans le cadre d'un code de conduite, la question d'un accès aux livres et registres des entités non réglementées, la Régie n'a pas précisé le contenu ni les modalités de cet accès. Elle n'a pas non plus déterminé les circonstances selon lesquelles cet accès s'avèrerait utile. Le Transporteur est donc confronté à une ordonnance dont il ne peut mesurer la portée ni même appréhender les limites. Or, il est clair qu'un accès illimité, inconditionnel, systématique et non balisé constituerait un excès de compétence.

Toutefois, il se peut que l'accès envisagé par la première formation soit indirect, ténu, ponctuel, non systématique ou encore strictement limité aux entités, réglementées ou non, avec lesquelles le Transporteur transige. Il s'agit là d'une déduction possible du contexte énoncé aux pages 42 et 43 de l'ordonnance de la décision D-2002-95 qui a conduit la Régie à ordonner le dépôt d'un code de conduite amendé. Ces considérations sont toutefois importantes car elles constituent autant de circonstances ou de paramètres qui pourraient influencer sur la détermination du caractère *ultra vires* ou non de l'ordonnance. Or, il est impossible à la présente formation de procéder à cette qualification de l'ordonnance. En ce sens, la Régie est d'avis que le problème relève plus de l'imprécision et d'une certaine prématurité que d'un réel vice de fond. En effet, si vice de fond il y a, il n'est pas encore réalisé puisque la première formation n'a pas concrétisé ses exigences relativement aux modalités de cet accès ainsi qu'à son caractère systématique ou non.

Il n'y a donc pas eu de décision quant à la façon dont le Transporteur devra aborder, dans sa proposition de code de conduite amendé, les sujets que la Régie lui a ordonné d'y inclure, y compris l'accès aux livres et registres des entités non réglementées.

La première formation chargée d'approuver le contenu du code pourra apporter de telles précisions lorsqu'elle aura été saisie de la proposition de texte du Transporteur sur ce sujet. Par exemple, on peut concevoir que le Transporteur puisse s'engager à effectuer des

démarches auprès des affiliés pour obtenir leur collaboration ou encore conclure des ententes à cette fin. Le Transporteur pourrait également proposer, par exemple, un mode d'accès permettant d'assurer l'accessibilité ou le repérage des transactions avec l'entité réglementée, si besoin est.

Les allégations du Transporteur selon lesquelles il ne peut avoir lui-même accès aux livres et registres de ces entités constituent des questions de fait dont il n'a pas fait la preuve de façon satisfaisante devant la présente formation. En effet, compte tenu de la finalité de la séparation fonctionnelle, et compte tenu également de la définition de « Transporteur » à l'article 2 de la Loi (« Hydro-Québec dans ses activités de transport »), il n'est pas certain qu'un tel accès ne puisse pas être assuré par Hydro-Québec, en tant qu'entité juridique corporative ayant des droits et obligations de façon générale en vertu de la *Loi sur Hydro-Québec*²².

Enfin, la Régie rappelle que ses pouvoirs d'enquête ne se limitent pas à ceux prévus à l'article 44 de sa loi constitutive mais s'appuient également sur son article 35.

En conclusion, si vice il y a, la Régie considère qu'il ne s'agit toutefois pas d'un vice de nature à invalider la décision, puisque le vice appréhendé par le Transporteur n'est ni déterminé ni déterminable actuellement.

En conséquence, la Régie renvoie le Transporteur devant la première formation afin qu'il lui dépose son code de conduite amendé et qu'elle puisse statuer sur sa proposition de texte, incluant la façon dont la question de l'accès est abordée par le Transporteur.

4.2.3 EXIGENCE D'UN DÉPÔT, LORS DE LA PROCHAINE DEMANDE TARIFAIRE, DE DONNÉES FINANCIÈRES CONCERNANT LES AFFILIÉS

Le Transporteur demande la révision de la partie suivante de la décision D-2002-95 :

« Donc, à cette fin, la Régie exige le dépôt des informations suivantes lors du prochain dossier tarifaire de TransEnergie, soit :

- [...]
- *les données financières suivantes concernant les affiliés : revenus, dépenses, bénéfice net, actif total, total de la dette, garanties de financement, événements extraordinaires et exceptionnels; »*

²² L.R.Q., c. H-5

Une telle demande est devenue une ordonnance par l'effet de la disposition suivante du dispositif de la décision :

« **ORDONNE** au transporteur de se conformer à chacune des ordonnances, demandes, prescriptions et conditions énoncées dans la présente décision, selon les délais fixés; [...]. »²³

Cette décision est exécutoire et les données financières devront être déposées lors du prochain dossier tarifaire. Les effets de la décision sont réels et immédiats pour le Transporteur.

L'exigence de déposer des données financières des affiliés non réglementés ne constitue pas en soi un exercice illégal des pouvoirs de la Régie. En effet, si cette exigence s'inscrit dans la nécessité pour la Régie d'évaluer avec justesse et précision le caractère raisonnable des charges portées au coût de service du Transporteur ainsi que les impacts comptables et financiers de ses transactions avec toute entreprise affiliée, qu'elle soit réglementée ou non, alors l'exercice des pouvoirs de la Régie à l'intérieur de sa compétence ne fait aucun doute.

Le Transporteur a le fardeau de prouver à la Régie le caractère raisonnable des charges portées à son coût de service et de fournir toutes les informations pour effectuer cette démonstration. De telles informations peuvent, le cas échéant, toucher les relations contractuelles du Transporteur avec d'autres divisions d'Hydro-Québec ou des affiliés d'Hydro-Québec. La Régie est également en droit d'exiger du Transporteur toutes les explications pertinentes sur les écritures comptables, comptes des affiliés, etc. qui sont nécessaires à l'exécution de ses fonctions, lesquelles consistent à juger de l'utilité et du caractère raisonnable des coûts du Transporteur. Le corollaire de cette finalité réside dans la transparence et l'efficacité du processus de tarification. L'exigence de production de l'information est donc l'expression légale de tout pouvoir d'un tribunal de rechercher l'information pertinente à l'exercice de ses compétences.

Même si, en principe, la Régie peut exiger le dépôt de données financières par des affiliés non réglementés, il n'en demeure pas moins que l'exercice de ce pouvoir peut excéder sa compétence lorsque les moyens utilisés sont disproportionnés pour atteindre la finalité recherchée dans un dossier particulier. Ce critère de proportionnalité entre la finalité et les moyens utilisés est d'autant plus important à analyser que la Régie agit aux limites de sa compétence.

²³ Dossier R-3401-98, décision D-2002-95, page 384.

La Régie, dans sa décision D-2002-95, exige des données financières de tous les affiliés. Or, certains de ces affiliés, voire la quasi-totalité d'entre eux²⁴ n'ont aucune relation contractuelle avec le Transporteur. Il n'y a donc pas ou très peu de questions de validation des coûts de service du Transporteur à anticiper avec ses affiliés. De plus, comme la Régie voulait « *juger de l'exercice réalisé par le transporteur pour identifier les activités réglementées et non réglementées [...]* » et « *s'assurer de la transparence des transactions* »²⁵, dès lors, l'exigence de données financières d'affiliés ne faisant pas affaire avec le Transporteur devenait en l'espèce clairement inappropriée. En outre, la nature des informations financières requises s'avère non adéquate en regard de l'objectif recherché.

En résumé, la décision de demander de tous les affiliés non réglementés les données financières exigées ne se justifie pas par les finalités recherchées dans la décision D-2002-95 et cette ordonnance spécifique doit être révisée.

Cette révision partielle ne change pas la problématique d'obtenir une preuve suffisante. Le Transporteur devra soumettre à la Régie des pistes de solutions et la formation chargée d'entendre son prochain dossier tarifaire lui fera part de ses exigences.

5. FRAIS

La Régie reconnaît utile à ses délibérations la participation des intervenants suivants : PG&E NEG, RNCREQ, S.É./G.S et UC. La Régie autorise ces intervenants à soumettre leur demande de paiement de frais; elle déterminera alors le montant des frais selon le degré d'utilité et de pertinence des contributions individuelles et du caractère nécessaire et raisonnable des frais réclamés.

VU ce qui précède;

CONSIDÉRANT la *Loi sur la Régie de l'énergie*²⁶, notamment l'article 37;

²⁴ Dossier R-3401-98, Rapport annuel d'Hydro-Québec, pièce HQT-2, document 2.1 (en liasse), pages 66 et 67; pièce HQT-4, document 1, pages 21 et 22;

²⁵ Dossier R-3401-98, décision D-2002-95, page 50.

²⁶ L.R.Q., c. R-6.01.

La Régie de l'énergie :

ACCUEILLE en partie la demande en révision;

MAINTIENT les décisions à l'égard du code de conduite du Transporteur, incluant la question de l'accès par la Régie aux livres et registres des entités non réglementées;

ANNULE la décision d'exiger le dépôt, lors de la prochaine demande tarifaire, des données financières suivantes concernant les affiliés : revenus, dépenses, bénéfice net, actif total, total de la dette, garanties de financement, événements extraordinaires et exceptionnels;

RECONNAÎT l'utilité des représentations faites par les intervenants;

PERMET aux intervenants suivants :

- PG&E National Energy Group Inc. (PG&E NEG),
- Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ),
- Stratégies énergétiques et Groupe STOP (S.É./G.S.),
- Union des consommateurs (UC),

de présenter leur demande de remboursement de frais conformément au *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie* et au *Guide de paiement des frais* dans les 30 jours suivant la présente.

Lise Lambert
Présidente

Normand Bergeron
Vice-président

Anita Côté-Verhaaf
Régisseure

LISTE DES REPRÉSENTANTS :

- Hydro-Québec représentée par M^e F. Jean Morel;
- PG&E National Energy Group Inc. (PG&E NEG) représentée par M^e Marc Laurin;
- Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ) représenté par M^e Hélène Sicard;
- Stratégies énergétiques et Groupe STOP (S.É./G.S.) représenté par M^e Dominique Neuman;
- Union des consommateurs (UC) représentée par M^e Claude Tardif;
- M^e Anne Mailfait pour la Régie de l'énergie.