

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2007-24

R-3609-2006

20 mars 2007

PRÉSENTS :

M^e Richard Lassonde

M. François Tanguay

M. Richard Carrier, B. Sc. (Écon.), M.A. (Écon.)

Régisseurs

Société en commandite Gaz Métro

Requérante

Décision finale

Demande de révocation de la décision D-2006-111 – Projet Ste-Sophie

Pour les motifs majoritaires exprimés par les régisseurs Richard Lassonde et François Tanguay et les motifs minoritaires du régisseur Richard Carrier,

La Régie de l'énergie :

ACCUEILLE la demande de révocation;

RÉVOQUE les conclusions suivantes du dispositif de la décision D-2006-111 :

*«**DÉCLARE** imprudente la décision de SCGM de réaliser le projet Sainte-Sophie / Saint-Jérôme;*

***RETRANCHE** de la base de tarification un montant de 2 471 562 \$ correspondant aux dépassements de coûts liés à la dessiccation du projet Sainte-Sophie / Saint-Jérôme;*

***ORDONNE** à SCGM de ne pas inclure à sa base de tarification le montant de 1 100 000 \$ ou tout autre coût lié à l'installation d'un cinquième compresseur dans le cadre du projet Sainte-Sophie, et d'informer la Régie de la réalisation de cet investissement à la première occasion en précisant le montant;*

***DEMANDE** à SCGM de mettre à jour le dossier de fermeture pour tenir compte de la présente décision d'ici le 10 juillet 2006; »*

MOTIFS DE DÉCISION DES RÉGISSEURS RICHARD LASSONDE ET FRANÇOIS TANGUAY

1. DEMANDE

Société en commandite Gaz Métro (la demanderesse) demande à la Régie de l'énergie (la Régie) de révoquer les paragraphes du dispositif de la décision D-2006-111 (la Décision) concernant le Projet Sainte-Sophie (le Projet). Plus spécifiquement, la demande de révocation vise les paragraphes suivants du dispositif de la Décision :

«**DÉCLARE** imprudente la décision de SCGM de réaliser le projet Sainte-Sophie / Saint-Jérôme;

RETRANCHE de la base de tarification un montant de 2 471 562 \$ correspondant aux dépassements de coûts liés à la dessiccation du projet Sainte-Sophie / Saint-Jérôme;

ORDONNE à SCGM de ne pas inclure à sa base de tarification le montant de 1 100 000 \$ ou tout autre coût lié à l'installation d'un cinquième compresseur dans le cadre du projet Sainte-Sophie, et d'informer la Régie de la réalisation de cet investissement à la première occasion en précisant le montant;

DEMANDE à SCGM de mettre à jour le dossier de fermeture pour tenir compte de la présente décision d'ici le 10 juillet 2006;¹ ».

(ci-après les Conclusions)

2. MOTIFS INVOQUÉS PAR LA DEMANDERESSE

La demanderesse allègue que les Conclusions sont affectées de vices de fond de nature à les invalider au sens de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*² (la Loi) pour les motifs suivants :

1. La Régie aurait erré dans l'interprétation du test de prudence en imposant à la demanderesse le fardeau de prouver que sa décision de réaliser le Projet était prudente en dépit de la présomption de prudence dont elle bénéficie;
2. La Régie aurait erré dans l'application du test de prudence en rejetant ou en ignorant la preuve au dossier, en appréciant la preuve de façon rétrospective, tenant compte de faits postérieurs inconnus de la demanderesse ou qu'elle ne pouvait connaître lors de sa décision de réaliser le Projet, en appréciant la preuve de façon isolée sans tenir compte de l'ensemble des circonstances et de la finalité de l'article 49 de la Loi, et en sanctionnant la conduite de la demanderesse à l'égard du processus réglementaire;
3. La Régie aurait erré en exerçant son pouvoir d'ordre tarifaire en contravention de la Loi;

¹ L'application de cette conclusion a été suspendue par la décision D-2006-133 rendue le 7 septembre 2006.

² L.R.Q., c. R-6.01.

4. Subsidiairement, la Régie aurait erré en imposant une sanction déraisonnable par l'effet combiné du mécanisme incitatif de réglementation et du retrait d'actifs de la base de tarification.

3. LA PROCÉDURE ET LA DÉCISION

La Décision a été rendue dans le cadre de l'examen du rapport annuel de la demanderesse pour l'exercice financier terminé le 30 septembre 2005. Cet examen portait, entre autres, sur le suivi de la décision D-2004-128 qui a autorisé le Projet. Cette dernière décision demandait à la demanderesse de soumettre annuellement à la Régie, lors du dépôt de son rapport annuel, les données nécessaires au suivi du Projet, notamment une mise à jour des volumes de ventes, la proportion de gaz d'enfouissement utilisée, des coûts de construction et une analyse de rentabilité³.

En raison, notamment, des dépassements de coûts encourus lors de la réalisation du Projet, la Régie avisait la demanderesse et les intervenants⁴ qu'elle tiendrait une audience formelle, le 1^{er} mai 2006, pour déterminer si les investissements en question étaient « prudemment acquis et utiles », pour utiliser l'expression de l'article 49 de la Loi, et s'ils devaient être maintenus dans la base de tarification de la demanderesse.

À l'audience du 1^{er} mai 2006, seule la demanderesse a soumis une preuve pour expliquer, entre autres, les dépassements de coûts du Projet et les circonstances particulières entourant la réalisation du Projet.

Les régisseurs majoritaires ont conclu qu'[e] *n décidant de poursuivre le projet, sans avoir en main un fait essentiel, les impacts monétaires du changement en cause, SCGM n'a pas respecté les règles de base appliquées par un gestionnaire prudent qui doit estimer les coûts même approximatifs d'un projet avant de le réaliser*⁵, que le contexte global militait en faveur d'une réévaluation du projet avant sa mise en œuvre et que la question d'aller de l'avant avec le projet, sans évaluer les impacts monétaires, même préliminaires, de l'abaissement de la température de dessiccation, a été imprudente⁶.

³ Décision D-2004-128, dossier R-3532-2004, 22 juin 2004, p. 16.

⁴ Lettre du 11 avril 2006 du Secrétaire de la Régie.

⁵ Décision D-2006-111, dossier R-3591-2005, 22 juin 2006, p. 20.

⁶ *Supra* note 5, p. 21.

C'est à partir de ce constat — qui résulte, en fait, de l'application du « test de prudence » reconnu en jurisprudence et sur lequel la Régie revient plus loin — que les régisseurs majoritaires ont formulé les Conclusions dont la légalité est remise en cause dans la présente instance et dont la demanderesse demande la révocation.

4. LE DROIT

4.1 RÈGLES APPLICABLES À LA RÉVISION OU LA RÉVOCATION D'UNE DÉCISION PAR UNE DEUXIÈME FORMATION

La demanderesse a exposé, en argumentation, les règles applicables à la révision ou la révocation d'une décision. Ces règles ont été exposées à plusieurs reprises par la Régie et découlent essentiellement des arrêts *Épiciers unis Métro-Richelieu*⁷ et *Godin*⁸ de la Cour d'appel du Québec.

Dans *Épiciers unis Métro-Richelieu*, la Cour précise ce qu'il faut entendre par « vice de fond de nature à invalider une décision » :

« The Act does not define the meaning of the term «vice de fond» used in Sec. 37. The English version of Sec. 37 uses the expression «substantive...defect». In context, I believe that the defect, to constitute a «vice de fond», must be more than merely «substantive». It must be serious and fundamental. This interpretation is supported by the requirement that the «vice de fond» must be «... de nature à invalider la décision». A mere substantive or procedural defect in a previous decision by the Régie would not, in my view, be sufficient to justify review under Sec. 37. A simple error of fact or of law is not necessarily a «vice de fond». The defect, to justify review, must be sufficiently fundamental and serious to be of a nature to invalidate the decision »⁹. (nos soulignés)

Dans *Godin*, la Cour explicite ce qu'une formation en révision peut faire ou ne pas faire :

Le juge Fish :

« 50. In short, section 154(3) [identique à l'article 37 de la Loi] does not provide for an appeal to the second panel against findings of law or fact by the first. On

⁷ *Épiciers unis Métro-Richelieu c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1996] R.J.Q. 608.

⁸ *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490.

⁹ *Épiciers Unis Métro-Richelieu c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1996] R.J.Q., p. 613-614.

the contrary, it permits the revocation or review by the Tribunal of its own earlier decision not because it took a different though sustainable view of the facts or the law, but because its conclusions rest on an unsustainable finding in either regard »¹⁰. (nos soulignés)

La juge Rousseau-Houle :

« 143. Notre Cour a reconnu que cette notion [vice de fond de nature à invalider une décision] doit être interprétée largement. Elle est suffisamment large pour permettre la révocation d'une décision qui serait ultra vires ou qui, plus simplement, ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier. Il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation, d'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits lorsque cette erreur joue un rôle déterminant, de la mise à l'écart d'une règle de droit ou encore de l'omission de se prononcer sur un élément de preuve important ou sur une question de droit pertinente »¹¹. (nos soulignés)

La demanderesse cite également certains auteurs et d'autres autorités à l'appui de ses prétentions voulant qu'il y ait ouverture à la révision judiciaire, en fonction du critère du manifestement déraisonnable, d'une décision rendue en l'absence de preuve, de l'insuffisance de preuve, du manque de rapport entre la preuve au dossier et la décision.

« [...] Une jurisprudence déjà ancienne a eu tendance à reconnaître comme cas d'ouverture au contrôle l'absence totale de preuve, c'est-à-dire, l'absence de fondement à une décision¹².

La jurisprudence plus récente tend vraiment à considérer les questions de l'absence de preuve, de l'insuffisance de preuve, du manque de rapport entre la preuve au dossier et la décision comme des questions intrajuridictionnelles auxquelles on doit appliquer le critère du manifestement déraisonnable »¹³. (nos soulignés)

La demanderesse cite une décision de la Cour supérieure du Québec¹⁴ (maintenue par la Cour d'appel du Québec¹⁵) qu'elle considère applicable par analogie au présent cas, à savoir,

¹⁰ Tribunal administratif du Québec c. Godin et al., [2003] R.J.Q., p. 2500-2501.

¹¹ Supra note 10, p. 2512-2513.

¹² Patrice GARANT, Droit administratif, Les Éditions Yvon Blais Inc., 4^e édition, 1996, p. 207.

¹³ Supra note 11, p. 212.

¹⁴ TCA-Canada c. M^e Jacques Bélanger et Volailles Grenville Inc., n^o 700-05-012401-026, 25 juillet 2003, juge Jacques R. Fournier.

¹⁵ Décision n^o 500-09-013719-034, les juges Forget, Dalphon et Rayle, 18 mars 2004.

une décision rendue sur absence de preuve et basée sur des conclusions spéculatives et ne reposant sur aucun élément de preuve et justifiant, par ces motifs, la révision judiciaire :

« [42] Avant donc de conclure comme il le fait à la justification du congédiement comme mesure disciplinaire, l'arbitre devait se convaincre de l'existence d'un comportement fautif.

[...]

[52] Avec respect, le Tribunal est d'avis que ces conclusions sont spéculatives et ne reposent sur aucun élément de preuve ».

4.2 RÈGLES APPLICABLES À LA FIXATION OU LA MODIFICATION DES TARIFS ET À L'ÉTABLISSEMENT DE LA BASE DE TARIFICATION D'UN DISTRIBUTEUR DE GAZ

Comme mentionné plus haut, la Décision a été rendue dans le cadre de l'examen du rapport annuel de la demanderesse pour l'exercice financier terminé le 30 septembre 2005 et du suivi de la décision D-2004-128. Cette décision imposait à la demanderesse de soumettre annuellement à la Régie, lors du dépôt de son rapport annuel, les données nécessaires au suivi du Projet, dont celles relatives à ses coûts et à sa rentabilité¹⁶. La première formation a greffé à cet exercice un élément tarifaire : la question de savoir si les investissements dans le Projet étaient « *prudemment acquis et utiles* »¹⁷ et s'ils devaient être maintenus à la base de tarification de la demanderesse.

Dans ce contexte, les dispositions suivantes de la Loi s'appliquent. L'article 48 de la Loi prévoit que la Régie, « *de sa propre initiative, [...] fixe ou modifie les tarifs et les conditions auxquels [...] le gaz naturel est fourni, transporté ou livré par un distributeur de gaz naturel* ».

Lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif de transport, de livraison ou d'emmagasinage de gaz naturel en application de l'article 49 de la Loi, la Régie doit notamment :

« 1. *Établir la base de tarification [...] d'un distributeur de gaz naturel en tenant compte, notamment, de la juste valeur des actifs qu'elle estime prudemment acquis et utiles pour l'exploitation [...] d'un réseau de distribution de gaz naturel ainsi que des dépenses non amorties de recherche et de développement et de mise en*

¹⁶ Décision D-2004-128, p. 16.

¹⁷ Art. 49 de la Loi.

marché, des programmes commerciaux, des frais de premier établissement et du fonds de roulement requis pour l'exploitation de ces réseaux ». (nos soulignés)

De plus, l'exercice tarifaire est assujéti à des règles de procédure prévues aux articles 16 et 25 de la Loi et doit être traité en audience publique par une formation de trois régisseurs.

Quant à l'examen du rapport annuel de la demanderesse, il relève de l'article 75 de la Loi qui prévoit qu'un distributeur de gaz naturel doit, chaque année, à l'époque fixée par la Régie, fournir à cette dernière un rapport comprenant, entre autres, tout renseignement que peut exiger la Régie.

4.3 LE TEST JURISPRUDENTIEL DE PRUDENCE

La Décision réfère au test de prudence appliqué en Ontario par la Cour supérieure et la Cour d'appel dans l'affaire *Enbridge c. Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO)* et par la Cour suprême des États-Unis dans plusieurs affaires, dont *Violet c. FERC*¹⁸.

La demanderesse a exposé l'évolution de ce « test de prudence » issu de la jurisprudence américaine et importé en droit canadien par plusieurs décisions de nos tribunaux. La teneur du test et la façon de l'appliquer sont ainsi résumées par la Cour d'appel de l'Ontario citant avec approbation la décision de la CEO dans l'affaire *Enbridge*:

« [10] *The approach of the OEB to the "prudence" inquiry is captured in the following extract from its reasons:*

While the parties described it in somewhat varying terms, in the Board's view they were in substantial agreement on the general approach the Board should take to reviewing the prudence of a utility's decision.

The Board agrees that a review of prudence involves the following:

? *Decisions made by the utility's management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.*

? *To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.*

¹⁸ United States Court of Appeals (First Circuit), 800 F. 2d 280 at 282 (1st Cir. 1986).

? Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.

? Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time.

[11] Neither the Divisional Court nor either party to this appeal takes issue with the correctness of the above quoted passage from the OEB's reasons. The "prudence" inquiry described by the Board has two stages. At the first stage, the decision of Enbridge is presumed to have been made prudently unless those challenging the decision demonstrate reasonable grounds to question the prudence of that decision. At the second stage of the inquiry, reached only if the presumption of prudence is overcome, Enbridge must show that its business decision was reasonable under the circumstances that were known to, or ought to have been known to, Enbridge at the time it made the decision»¹⁹.
(nos soulignés)

5. LA PREUVE

Il y a lieu de souligner, au départ, que la preuve documentaire et testimoniale de la demanderesse²⁰ est la seule preuve au dossier sur laquelle la première formation a fondé ses Conclusions.

Il s'ensuit — et cela a une importance déterminante dans le cadre de cette demande en révocation — que les éléments de preuve suivants sont les seuls au dossier et ils ne sont pas contredits. Ces faits sont correctement référencés aux notes 11 à 56 annexés à la demande de révocation :

- Le Projet est une initiative d'intérêt public et privé dédié à la valorisation du méthane d'un site d'enfouissement de déchets (biogaz) pour des considérations économiques et environnementales;

¹⁹ Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board, [2006] O.J. N° 1355, Docket: C44102.

²⁰ Paragraphes 17 à 27 de la demande de révocation.

- Le Projet est novateur et est une première, tant pour la demanderesse et ses employés que pour la majorité des consultants qui y ont travaillé; la demanderesse fait figure de pionnière et convient d'assurer le transport de biogaz par conduites à l'intérieur de sa franchise sur une distance d'environ 13 kilomètres entre Sainte-Sophie et Saint-Jérôme;
- Le Projet a été autorisé par la Régie le 22 juin 2004, avec l'appui unanime des participants intéressés;
- Le biogaz est alors un produit peu connu de la demanderesse et du marché en général, au point où même sa caractérisation, au sens de l'article 1 de la Loi, a dû être établie préalablement par la Régie aux fins d'exercer sa compétence;
- Les conditions d'approvisionnement auprès du propriétaire du site d'enfouissement révèlent une grande variabilité dans la composition, le débit et la viscosité du biogaz. Cette variabilité est la « chose la plus significative » à l'origine d'une série d'événements et de modifications survenus par effet de cascade ou domino et dont les impacts ont été difficiles, sinon impossibles à prévoir pour la demanderesse;
- Cette grande variabilité impose un « régime transitoire » de distribution qui est à l'origine de la complexité et des coûts accrus de l'ingénierie de contrôle, de l'ajout d'équipements et de contrôle, de l'abaissement « absolument nécessaire » de la température d'assèchement du biogaz à -10°C , en deçà de la température de $+4^{\circ}\text{C}$ qui avait été préconisée par les consultants de la demanderesse et ce, afin de préserver la vie utile des équipements et d'opérer le système de façon sécuritaire, et, par voie de conséquence, de l'ajout d'équipements de compression, de l'injection de glycol préalable à la condensation, de l'ajout d'un système de récupération de glycol, de traitement des condensats (sic) et des odeurs et de l'agrandissement de bâtiments;
- Le Projet a, par conséquent, connu d'importants dépassements budgétaires. Les coûts estimés à 7 748 000 \$ se sont élevés à 13 242 383 \$, soit un excédent de près de 5,5 M\$ et des dépassements de l'ordre de 3 571 562 \$ sont liés à l'abaissement de la température de dessiccation;
- Les dépassements de coûts témoignent d'une sous-évaluation des coûts de réalisation, non d'erreurs ou de mauvais calculs ou d'une gestion fautive en cours de réalisation du Projet. Les actifs « ont coûté ce qu'ils devaient coûter de toute façon »;

- La demanderesse s'interroge dès 2003 sur le niveau d'acidité du méthane provenant du lieu d'enfouissement en raison des risques de formation d'acides corrosifs dus à la présence d'eau et de condensation à l'intérieur de la conduite;
- La demanderesse retient les services de consultants externes et procède à l'ingénierie préliminaire pour fins d'estimation des coûts sur la base de leurs recommandations et des paramètres de dessiccation à +4°C fournis par ses experts;
- La demanderesse connaissait de façon qualitative la problématique de la variabilité du débit à la fin du premier trimestre de 2004 (donc, avant de présenter le Projet à l'approbation de la Régie) mais ignorait la composition réelle du biogaz et la variabilité du débit lors de l'ingénierie préliminaire;
- L'impact et les conséquences financières de l'abaissement de la température de dessiccation ne sont apparus que progressivement, au fur et à mesure de l'ingénierie de détail à compter d'août 2004 et, par la suite, en raison d'événements successifs en cascade ou par effet domino, après le dépôt de la demande d'autorisation et l'autorisation du Projet par la Régie;
- La demanderesse n'a appris que lors de l'ingénierie détaillée que le système ne pourrait opérer en régime permanent avec des températures et des condensations en équilibre;
- La demanderesse dit qu'il « *aurait été difficile sinon impossible* » de prévoir les impacts et conséquences monétaires de l'abaissement de la température de dessiccation avant août 2004;
- En dépit des connaissances et de l'expertise acquises, l'impact de régimes transitoires demeurerait en partie non réglé en date de l'audition²¹, malgré l'installation de moteurs à vitesses variables sur chacun des compresseurs; la demanderesse travaille toujours avec Intervan et Cascades à optimiser les contrôles;
- La demanderesse a agi en tout temps avec bonne foi et diligence afin d'assurer la sécurité du réseau, d'honorer ses engagements contractuels et le service de sa clientèle et de contenir les coûts, encouragée en cela par le mécanisme de réglementation incitative.

²¹ Le 1^{er} mai 2006.

La Régie retient également les faits suivants : la demanderesse n'est pas retournée à la Régie face à l'augmentation des coûts parce que les surcoûts ne sont pas apparus tous ensemble, qu'elle avait espoir d'arranger les choses, qu'elle avait signé un contrat avec le client qui comptait sur le biogaz. La demanderesse faisait face à un dilemme d'arrêter le Projet et d'y laisser les coûts et revenir à la Régie impliquait des délais et des coûts additionnels²².

6. ANALYSE

La Régie se penche uniquement sur les deux premiers motifs de révocation invoqués par la demanderesse — motifs péremptoires puisque la Régie les retient²³ :

1. La Régie aurait erré dans l'interprétation du test de prudence en imposant à la demanderesse le fardeau de prouver que sa décision de réaliser le Projet était prudente en dépit de la présomption de prudence dont elle bénéficie;
2. La Régie aurait erré dans l'application du test de prudence en rejetant ou en ignorant la preuve au dossier, en appréciant la preuve de façon rétrospective, tenant compte de faits postérieurs inconnus de la demanderesse ou qu'elle ne pouvait connaître lors de sa décision de réaliser le Projet, en appréciant la preuve de façon isolée sans tenir compte de l'ensemble des circonstances et de la finalité de l'article 49 de la Loi, et en sanctionnant la conduite de la demanderesse à l'égard du processus réglementaire.

En somme, la demanderesse prétend que les régisseurs majoritaires ont eu tort d'écarter la présomption de prudence dont elle bénéficiait et ont appuyé leur décision sur des faits dont ils ne pouvaient pas tenir compte, ou qu'ils ont tout simplement ignoré la preuve ou tiré de mauvaises conclusions de celle-ci.

Si le constat d'imprudence résulte d'une mauvaise application du test de prudence ou n'est pas justifié par la preuve au dossier, les Conclusions de la Décision devraient être révoquées. Il s'agit donc de voir si les motifs des régisseurs majoritaires pour arriver aux Conclusions (le constat d'imprudence et le retrait de certains actifs de la base de tarification de la demanderesse) se justifient en regard de la preuve au dossier et des principes applicables.

²² Notes sténographiques (NS) de l'audience du 1^{er} mai 2006, pages 79 à 85, R-3591-2005.

²³ Paragraphes 2 a) et b) de la demande de révocation.

6.1 LES CONCLUSIONS DE LA DÉCISION ET LES MOTIFS DES RÉGISSEURS MAJORITAIRES

Rappelons au départ les Conclusions et les motifs des régisseurs majoritaires :

Les Conclusions :

« **DÉCLARE** imprudente la décision de SCGM de réaliser le projet Sainte-Sophie / Saint-Jérôme;

RETRANCHE de la base de tarification un montant de 2 471 562 \$ correspondant aux dépassements de coûts liés à la dessiccation du projet Sainte-Sophie / Saint-Jérôme;

ORDONNE à SCGM de ne pas inclure à sa base de tarification le montant de 1 100 000 \$ ou tout autre coût lié à l'installation d'un cinquième compresseur dans le cadre du projet Sainte-Sophie, et d'informer la Régie de la réalisation de cet investissement à la première occasion en précisant le montant;

DEMANDE à SCGM de mettre à jour le dossier de fermeture pour tenir compte de la présente décision d'ici le 10 juillet 2006 ». (nos soulignés)

Les motifs :

Les régisseurs majoritaires ne remettent pas en cause l'utilité des actifs acquis mais la prudence démontrée par la demanderesse dans sa décision d'aller de l'avant avec le Projet, en dépit de changements importants qui y ont été apportés (c'est-à-dire la relocalisation de la conduite et les équipements reliés à la dessiccation du gaz)²⁴.

Cependant, la décision des gestionnaires de la demanderesse de poursuivre la réalisation du Projet, malgré le changement de localisation de la conduite, n'est pas jugée imprudente²⁵.

Quant à la dessiccation du gaz, les régisseurs majoritaires retiennent ceci :

- La demanderesse connaissait, avant le dépôt de sa demande d'autorisation du Projet, la température des conduites²⁶, le besoin d'assécher le biogaz à -10°C plutôt qu'à $+4^{\circ}\text{C}$ et que le besoin d'abaisser la température au niveau de -10°C constituait un changement majeur au projet²⁷;

²⁴ Décision D-2006-111, p. 16.

²⁵ *Supra* note 24, p.18.

²⁶ *Supra* note 24, p. 19.

²⁷ *Supra* note 24, p. 20.

- En décidant de poursuivre le Projet, sans avoir en main un fait essentiel, à savoir les impacts monétaires du changement en cause, la demanderesse n'a pas respecté les règles de base appliquées par un gestionnaire prudent qui doit estimer les coûts, même approximatifs, d'un projet avant de le réaliser²⁸;
- Si la demanderesse a été en mesure d'évaluer les prévisions budgétaires pour le Projet prévoyant une dessiccation à +4°C, elle était en mesure de réviser ses besoins budgétaires pour une dessiccation à -10°C. Plus généralement, un gestionnaire prudent doit réévaluer la rentabilité et la pertinence de poursuivre la réalisation d'un projet avant que des sommes importantes ne soient engagées²⁹;
- La décision de poursuivre l'investissement a été prise dans un contexte où l'analyse de sensibilité du Projet démontrait clairement qu'une augmentation des coûts de 10 % rendait le projet non rentable et que le contexte global militait en faveur d'une réévaluation du Projet avant sa mise en œuvre³⁰;
- La Régie juge que la décision d'aller de l'avant avec le Projet, sans évaluer les impacts monétaires, mêmes préliminaires, de l'abaissement de la température de dessiccation, a été imprudente³¹.

6.2 LIEN ENTRE LA PREUVE, LES PRINCIPES ET LES CONCLUSIONS

L'analyse qui suit montre que le vice de fond affectant la Décision est l'absence de lien entre les motifs à l'appui des Conclusions, la preuve et les principes applicables, à savoir le test de prudence et la notion même de prudence à la lumière de la jurisprudence.

La présomption de prudence

Il appert de la jurisprudence citée par la demanderesse que celle-ci bénéficiait d'une présomption de prudence :

« Decisions made by the utility's management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds »³².

²⁸ *Supra* note 24, p. 20.

²⁹ *Supra* note 24, p. 21.

³⁰ *Supra* note 24, p. 21.

³¹ *Supra* note 24, p. 21.

³² *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board*, [2006] O.J. N° 1355, Docket: C44102.

[64]...before a regulator investigates the prudence of a utility, the presumption of prudence must be rebutted... »³³. (nos soulignés)

Les régisseurs majoritaires l'ont d'ailleurs reconnu³⁴. Ils ont écarté la présomption au motif que « *le dépassement des coûts du projet de 71 %, assumé entièrement par SCGM, constitue une base raisonnable justifiant la Régie d'écarter la présomption de prudence et de convoquer une audience pour déterminer si l'investissement en cause a été prudent*³⁵ ».

Comme l'a plaidé la demanderesse, le fait de voir écarter la présomption de prudence simplement sur la base des dépassements de coûts ou du fait que le Projet devenait non rentable, s'écartait d'une jurisprudence de la Régie du gaz naturel relative aux risques des coûts pouvant être imputés à l'actionnaire d'un distributeur et aux règles d'approbation des projets (décisions D-99-37³⁶, D-90-60³⁷, D-94-18³⁸, D-94-24³⁹, D-94-26⁴⁰ et D-96-21⁴¹).

Dans la décision D-94-18, la Régie du gaz naturel précisait qu'elle trouvait « *injuste et inéquitable de demander aux sociétaires d'absorber tout déficit que pourrait encourir un investissement de leur société dans une extension de réseau, sans leur permettre de garder tout surplus des revenus qu'elle avait prévu à ce projet [...] La Régie est d'avis que le taux de rentabilité du projet n'est pas le seul critère qu'elle doit analyser avant d'autoriser un investissement de SCGM, mais tous les critères énumérés dans sa loi, et particulièrement celui de l'intérêt public* »⁴².

Dans la décision D-96-21, la Régie du gaz naturel convenait d'analyser la problématique des dépassements de coûts des projets mais en précisant « *qu'une telle audience ne pourra avoir pour effet de changer le principe de la récupération éventuelle dans les tarifs, des déficiences constatées* »⁴³.

³³ Onglet 19, *ATCO Gas and Pipelines Ltd v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, (Cour d'appel de l'Alberta).

³⁴ *Supra* note 24, p. 15.

³⁵ *Supra* note 24, p. 16.

³⁶ Dossier R-3414-98, 16 mars 1999.

³⁷ Dossier R-3173-89, 31 août 1990.

³⁸ Dossier R-3303-95, 10 juin 1994.

³⁹ Dossier R-3300-94, 28 juin 1994.

⁴⁰ Dossier R-3301-94, 30 juin 1994.

⁴¹ Dossier R-3343-95, 19 juin 1996.

⁴² Décision D-94-18, p. 12.

⁴³ Décision D-96-21, p. 20.

Dans le contexte de cette jurisprudence de la Régie et de la Régie du gaz naturel, le fait d'écarter la présomption de prudence uniquement sur la base du constat d'un dépassement de coûts du Projet ne semble pas satisfaire aux critères du test jurisprudentiel de prudence.

En effet, comme souligné plus haut, la présomption de prudence doit être écartée par une preuve et elle doit être contestée sur la base de motifs raisonnables (« *challenged on reasonable grounds* »)⁴⁴. Dans le présent cas, il n'y a eu aucune telle contestation de la part des participants intéressés ou d'intervenants.

Cela étant dit, et indépendamment du fait que la présomption de prudence ait pu être écartée pour des motifs insuffisants, ce problème deviendrait secondaire si la demanderesse avait raison sur son deuxième motif de révocation voulant que « *la Régie [ait] erré dans l'application du test de prudence en rejetant ou en ignorant la preuve au dossier, en appréciant la preuve de façon rétrospective, tenant compte de faits postérieurs inconnus de la demanderesse ou qu'elle ne pouvait connaître lors de sa décision de réaliser le Projet, en appréciant la preuve de façon isolée sans tenir compte de l'ensemble des circonstances et de la finalité de l'article 49 de la Loi, et en sanctionnant la conduite de la demanderesse à l'égard du processus réglementaire* ».

Il y a lieu d'analyser la preuve pour voir si elle justifie le constat d'imprudence des régisseurs majoritaires.

Notion de prudence en régulation économique

Lorsqu'un organisme de régulation économique comme la Régie qualifie d'imprudente une décision ou une dépense d'un distributeur ou d'une compagnie d'utilité publique (*public utility*), certains principes s'appliquent.

Dans le cas présent, la Loi ne précise pas, à son article 49, ce qu'il faut entendre par *prudemment acquis*. La règle d'interprétation veut que, faute d'une définition dans une loi, les mots s'entendent dans leur sens ordinaire⁴⁵.

La référence aux définitions des dictionnaires est toujours utile :

⁴⁴ Décision *Enbridge* précitée.

⁴⁵ Rédaction et interprétation des lois, M^e Louis-Philippe PIGEON, Cours donné en 1965 aux conseillers juridiques du gouvernement du Québec, p. 20.

Petit Robert

« *Imprudent* : Qui manque de prudence.

Prudence : Attitude d'esprit d'une personne qui, réfléchissant à la portée et aux conséquences de ses actes, prend ses dispositions pour éviter des erreurs, des malheurs possibles, s'abstient de tout ce qu'elle croit pouvoir être source de dommage ». (nos soulignés)

Le Grand dictionnaire terminologique

« *Prudence* : Se dit de ce qui est considéré du point de vue à la fois de la prudence et de la prévoyance.

Imprudence : Manque de prévoyance, de précaution, de prudence. L'imprudence est un quasi-délit; ce qui caractérise la faute d'imprudence ou de négligence sur le plan aquilien, c'est la prévision ou la prévisibilité du dommage ». (nos soulignés)

La demanderesse a cité plusieurs décisions de tribunaux qui viennent préciser ce qu'il faut entendre par une décision prudente d'une utilité publique :

« *Good faith is to be presumed on the part of the managers of a business [...] In the absence of a showing of inefficiency or improvidence, a court will not substitute its judgment for theirs as to the measure of a prudent outlay* »⁴⁶. (nos soulignés)

Les passages suivants de la décision ATCO de la Cour d'appel de l'Alberta sont éclairants⁴⁷ :

« [64]...before a regulator investigates the prudence of a utility, the presumption of prudence must be rebutted [...]

[65]...prudence is described as a concept borrowed from legal principles, such as negligence. In other words, the public utility will be held to a managerial duty of care...the deliberate exposure to substantial risk in the exercise of managerial is by its very nature imprudent, for risk is to be avoided, if not altogether, at least insofar as possible under the circumstances [...]

[66] A presumption of prudence triggers an onus of proof on the party impugning managerial decisions. However, if the presumption is rebutted, a public utility's

⁴⁶ Onglet 17, p. 9 (cahier d'autorités), *West Ohio Gas Co v. Public Utilities Com.* (Cour suprême des États-Unis).

⁴⁷ Onglet 19, *ATCO Gas and Pipelines Ltd v. Alberta (Energy and Utilities Board)* (Cour d'appel de l'Alberta).

decision will be reviewed, applying an objective test of reasonableness to the facts and circumstances surrounding the decision, without relying on hindsight [...]

[67]...The Commission is not the financial manager or the corporation and it is not empowered to substitute its judgement for that of the directors of the corporation; nor can it ignore items charged by the utility as operating expenses unless there is an abuse of discretion in that regard by the corporate officers [...]

[68] In support of its submission that for actions to qualify as imprudent they must be dishonest or obviously wasteful [...]

[69] ...a public utility will not be permitted to include negligent or wasteful losses among its operating charges. The waste or negligence, however, must be established by evidence of one kind or another, either direct or circumstantial [...]

[72]... the starting point for scrutinizing management decisions is the presumption that it is in the utility's interest to make prudent decisions which also reflect the interests of its customers, by avoiding needless expenditures [...] » (nos soulignés)

En résumé, un distributeur bénéficie d'une présomption de prudence qui doit être écartée par une preuve. Dans la décision *Violet* de la Cour suprême des États-Unis, la Cour notait que le distributeur, New England Power Company, « *presented considerable and unchallenged evidence regarding its prudence* »⁴⁸. Nous verrons plus loin que tel est également le cas dans la présente affaire.

L'imprudence est définie en terme de faute ou de négligence tenant à un manque de prévoyance, au manquement au devoir d'agir avec soin ou attention (« *care* »), à un abus, à des actions malhonnêtes, à du gaspillage (« *wasteful* ») ou à des dépenses inutiles.

La question est donc de savoir si la preuve montre que les montants que les régisseurs majoritaires ont retranchés de la base de tarification de la demanderesse et ceux qu'ils ordonnent de ne pas y inclure, sont des dépenses qui ont été encourues (ou seront encourues) imprudemment au sens de la jurisprudence applicable en la matière.

Lien entre les motifs et la preuve

Comme mentionné plus haut en référant à l'arrêt *Godin*⁴⁹, le fait que les conclusions d'une décision ne soient pas soutenables (*unsustainable*) ou défendables en fait ou en droit,

⁴⁸ Onglet 18, *Violet v. Federal Energy Regulatory Com.* (Cour suprême des États-Unis).

⁴⁹ *Supra* notes 10 et 11.

constitue un vice de fond de nature à invalider la décision. Également, une décision qui ne reposerait pas sur les faits serait considérée comme ne pouvant se justifier *contextuellement ou littéralement* et, par conséquent, serait entachée d'un vice de fond de nature à l'invalider. Il en va de même d'une décision qui mettrait de côté une règle de droit (par exemple, le test de prudence) ou qui résulterait d'une erreur grave dans l'application du test en question.

Rappelons les motifs de la Décision à la base du constat d'imprudence :

- Être allé de l'avant avec le Projet en dépit de changements importants qui y ont été apportés⁵⁰;
- Décider de poursuivre le Projet sans avoir en main un fait essentiel, les impacts monétaires du changement en cause, ce qui serait un manquement aux règles de base appliquées par un gestionnaire prudent qui doit estimer les coûts, même approximatifs, d'un projet avant de le réaliser⁵¹;
- Être allé de l'avant avec le Projet, sans évaluer les impacts monétaires, même préliminaires, de l'abaissement de la température de dessiccation⁵²;
- La connaissance, avant le dépôt de sa demande d'autorisation du Projet, de la température des conduites et le besoin d'assécher le biogaz à -10°C plutôt qu'à $+4^{\circ}\text{C}$, élément constituant un changement majeur au Projet⁵³.

Il s'agit de voir si ces motifs se justifient en regard de la preuve.

La preuve indique que la demanderesse a déposé, en mars 2004, sa demande d'autorisation du Projet. Elle connaissait alors de façon qualitative la problématique de la variabilité du débit du biogaz mais ignorait la composition réelle du biogaz et la variabilité du débit lors de l'ingénierie préliminaire.

La demanderesse n'a appris qu'avec l'ingénierie détaillée, en août 2004, que le système ne pourrait opérer en régime permanent avec des températures et des condensations en équilibre.

⁵⁰ Décision D-2006-111, p. 16.

⁵¹ Décision D-2006-111, p. 20.

⁵² Décision D-2006-111, p. 21.

⁵³ Décision D-2006-111, p. 19 et 20.

La preuve, non contredite, est qu'il aurait été difficile, sinon impossible, de prévoir les impacts et conséquences monétaires de l'abaissement de la température de dessiccation avant août 2004.

Les motifs de la Décision cités plus haut voulant que la demanderesse ait été imprudente en allant de l'avant avec le Projet, en dépit de « changements importants », sont basés sur une analyse rétrospective des faits (« hindsight ») et non, comme l'exige l'application du test jurisprudentiel de prudence, sur la preuve de faits connus ou que la demanderesse devait connaître au moment où elle a pris sa décision de poursuivre la réalisation du Projet.

La preuve, comme mentionné plus haut, est plutôt que :

- L'impact et les conséquences financières de l'abaissement de la température de dessiccation ne sont apparus que progressivement, au fur et à mesure de l'ingénierie de détail à compter d'août 2004 et, par la suite, en raison d'événements successifs en cascade ou par effet domino, après le dépôt de la demande d'autorisation et l'autorisation du Projet par la Régie;
- En dépit des connaissances et de l'expertise acquises, l'impact de régimes transitoires demeurait en partie non réglé en date de l'audition⁵⁴, malgré l'installation de moteurs à vitesses variables sur chacun des compresseurs et la demanderesse travaille toujours avec Intervan et Cascades à optimiser les contrôles;
- La demanderesse a agi en tout temps avec bonne foi et diligence afin d'assurer la sécurité du réseau, d'honorer ses engagements contractuels et le service de sa clientèle et de contenir les coûts, encouragée en cela par le mécanisme de réglementation incitative.

Il est difficile de reprocher à la demanderesse ou de taxer de négligence le fait qu'elle soit allée de l'avant avec le Projet avant de connaître précisément les coûts des modifications à y apporter. En effet, la preuve non contredite est à l'effet que le Projet avait été autorisé par la Régie avec l'accord unanime des participants intéressés en raison, entre autres, du fait qu'il s'agissait d'une initiative d'intérêt public et privé dédiée à la valorisation du méthane d'un site d'enfouissement de déchets, pour des considérations économiques et environnementales.

Un autre motif de la Décision, à la base du constat d'imprudence tient plus de la spéculation que de la preuve au dossier. En effet, l'assertion voulant que la demanderesse ait été en mesure d'évaluer les prévisions budgétaires du Projet sur la base de la dessiccation à +4°C et

⁵⁴ Le 1^{er} mai 2006.

qu'elle était, par conséquent, en mesure de réviser ses besoins budgétaires pour une dessiccation à -10°C ⁵⁵ ne tient pas.

À cet égard, la preuve indique plutôt qu'il a fallu des travaux d'ingénierie détaillée pour connaître les conséquences techniques et monétaires des modifications devant être apportées en raison de l'abaissement de l'assèchement de la température de dessiccation.

La preuve indique également que la réévaluation des coûts du Projet a été faite progressivement, que la prudence dictait de continuer, étant donné que le Projet avait été autorisé, et qu'il s'agissait d'un projet important et d'intérêt public. De plus, considérant les engagements pris, les délais et les coûts, le fait d'arrêter les travaux, de mobiliser et de démobiliser, aurait aggravé la situation⁵⁶.

7. CONCLUSIONS

L'analyse démontre donc que le constat d'imprudence et les Conclusions de la Décision qui en découlent ne sont pas justifiés par la preuve des faits connus par la demanderesse au moment où elle a pris ses décisions de poursuivre la réalisation du Projet.

La preuve prépondérante et non contredite montre plutôt qu'il s'agissait d'un projet innovateur, d'intérêt public et privé, d'une première au Québec dans le domaine de la valorisation du biogaz issu d'un site d'enfouissement. Ce Projet comportait certaines inconnues, même pour les experts en la matière, en raison de conditions variables reliées à la composition, au débit et à la viscosité du biogaz.

La demanderesse s'est adjoint des consultants pour élaborer le Projet et le modifier pour les raisons expliquées plus haut. Il n'y a aucune preuve au dossier justifiant de qualifier d'imprudentes les décisions de la demanderesse au sens de ce terme en jurisprudence réglementaire, c'est-à-dire qu'il n'y a aucune preuve d'une faute, de négligence tenant à un manque de prévoyance, au manquement au devoir d'agir avec soin ou attention (« *care* »), à un abus, à des actions malhonnêtes, à du gaspillage (« *wasteful* ») ou à des dépenses inutiles.

⁵⁵ Décision D-2006-111, p. 21.

⁵⁶ NS de l'audience du 1^{er} mai 2006, p. 84.

De plus, la preuve est claire : les équipements additionnels requis pour la dessiccation du biogaz et que les régisseurs majoritaires ont retirés de la base de tarification étaient nécessaires et ont coûté ce qu'ils devaient coûter⁵⁷.

Dans ce contexte et comme les motifs de révocation retenus plus haut sont péremptoires, la Régie n'a pas à se prononcer sur les autres motifs invoqués par la demanderesse.

Richard Lassonde
Régisseur

François Tanguay
Régisseur

⁵⁷ NS de l'audition du 1^{er} mai 2006, p. 42.

MOTIFS DE DÉCISION DU RÉGISSEUR RICHARD CARRIER

De la décision de mes collègues, je partage les énoncés descriptifs présentés aux sections 4.1, 4.2 et 4.3, à l'exception des soulignés. Je ne retiens cependant pas comme pertinente au dossier la jurisprudence sur *TCA-Canada c. Volailles Grenville*. En ce qui concerne la section 5, je considère que l'ensemble de la preuve du dossier R-3591-2005 constitue la preuve à considérer et non les seuls éléments référencés aux notes 11 à 56 annexés à la demande de révocation.

Les motifs qui suivent constituent mon opinion. Elle diffère de l'opinion majoritaire au présent dossier, sauf pour ce qui est de la conclusion.

Le cadre de référence applicable

En révision, la Régie doit déterminer si les conditions prévues à l'article 37 (3) de la Loi, et pouvant donner ouverture à une révision de la décision contestée, sont rencontrées :

« 37. La Régie peut [...] réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue :
[...]
3^o lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision. ».

Selon la jurisprudence de la Régie, les critères applicables peuvent se résumer de la façon suivante:

- L'article 37 (3) de la Loi ne permet pas à une deuxième formation de la Régie de réviser la décision d'une première formation uniquement parce que la deuxième formation aurait une opinion différente sur l'application d'une disposition de la Loi ou sur l'appréciation des faits;
- La deuxième formation, en révision, ne peut que corriger les erreurs fatales qui invalident la décision de la première formation;
- Il faut que la première formation ait tiré des conclusions en droit ou en fait qui soient insoutenables, qui ne puissent être défendues;
- Selon la Cour d'appel du Québec, la notion de vice de fond de nature à invalider la décision doit être interprétée assez largement pour permettre la révocation d'une décision qui serait *ultra vires* ou qui ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier. Il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation, d'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits lorsque cette erreur joue un rôle déterminant,

de la mise à l'écart d'une règle de droit ou encore de l'omission de se prononcer sur un élément de preuve important ou sur une question de droit pertinente⁵⁸.

Présomption de prudence et fardeau de preuve

La demanderesse soutient que la Régie a écarté ou rendu inapplicable la présomption de prudence sur la base du seul fait d'un excédent budgétaire, ignorant ainsi l'ensemble de la preuve de faits probants (requête, allégué 39). Elle soutient qu'aucune partie intervenante ou intéressée n'a présenté de preuve contraire permettant de conclure à l'imprudence et que le processus suivi pour l'examen de la prudence était inadéquat. Elle soutient enfin que la Régie l'a privée du bénéfice juridique de la présomption dont elle bénéficie et qu'elle a ainsi commis une erreur de droit sérieuse et fondamentale de nature à invalider la décision.

La question soulevée est donc de déterminer si, dans le contexte du dossier R-3591-2005, la présomption de prudence pouvait être écartée pour donner lieu à l'examen de la prudence de l'investissement.

L'examen des prétentions de la demanderesse et de la validité de la décision de la Régie concernant la présomption de prudence doit être effectué à la lumière de l'obligation qui incombe à la Régie, lorsqu'elle établit la base de tarification du distributeur aux fins de fixer un tarif, de tenir compte de la juste valeur des actifs qu'elle estime prudemment acquis et utiles en vertu de l'article 49 de la Loi.

La présomption de prudence est intrinsèquement reliée à la nature même du processus réglementaire. Elle vise à permettre à l'entité réglementée une autonomie réelle dans ses décisions courantes sans devoir les justifier toutes et chacune. Elle ne vise cependant pas à la soustraire de tout examen de la prudence dans le cadre du processus réglementaire. Ces notions, de même que le cadre en vertu duquel la présomption de prudence peut être écartée, sont bien exprimées dans le document de référence publié par le National Regulatory Research Institute (NRRI) et cité par la Cour d'appel de l'Alberta:

« [...] The presumption of prudence makes for efficient regulation in that commissions are not required, or allowed, to review the prudence of all utility decisions regardless of their number, importance, or result.

A mere allegation of imprudence may not be sufficient to rebut the presumption of prudence; rather, an allegation of imprudence must be backed up by evidence that

⁵⁸ Décision D-2005-132, dossier R-3567-2005, 27 juillet 2005, page 19.

is substantive and that creates a serious doubt about the prudence of the investment decision. »⁵⁹

Plus loin, les auteurs poursuivent:

« Initially, the burden of proof rests with the commission, staff, or other interested party to show that the utility's decision should not be presumed to be prudent. Once the presumption of prudence is rebutted, a commission is then prepared to examine the prudence of that decision. »⁶⁰

Cette question a été traitée dans la décision de la Commission de l'énergie de l'Ontario (CEO) citée dans les autorités de la demanderesse :

« While a party challenging the prudence of a decision made by the utility has an obligation to raise reasonable grounds for undertaking such a review, it does not need to establish a prima facie case that the utility's decision was imprudent; rather it must demonstrate that there is an issue to be determined by the Board. This is particularly true in this case of a regulated utility where it is the only party in possession of all the information about how and why the decision was in fact made.

A party can raise reasonable grounds through such means as an examination of the outcome of the decision, the inherent conflict of interest of related parties to a transaction and relevant industry practices at the time the decision was made. »⁶¹

Enfin, la notion de présomption de prudence a aussi été traitée par la Régie dans la décision D-2005-50⁶².

Il découle de l'obligation prévue à l'article 49 de la Loi que la Régie doit statuer sur la prudence d'un investissement avant d'en tenir compte pour fixer un tarif. La lecture de la Loi, de la jurisprudence et des autorités citées précédemment permet également de conclure que si la Régie a des motifs sérieux l'amenant à s'interroger sur la prudence d'un investissement, elle se doit d'obtenir les informations nécessaires pour rendre une décision éclairée. Le fait que les intervenants au dossier aient choisi de ne pas participer à l'audience ou de ne pas présenter de preuve contraire ne la dispense pas de faire un examen de

⁵⁹ The Prudent Investment Test, page 56, document cité par la Cour d'appel de l'Alberta à l'onglet 19 des autorités du distributeur, page 11 de 17, paragraphe 66.

⁶⁰ *Opcit*, page 93.

⁶¹ Notes et autorités de la demanderesse, onglet 20, page 62, par. 3.12.3 et 3.12.4.

⁶² Décision D-2005-50, dossier R-3549-2004, 31 mars 2005, pages 49 à 52.

l'ensemble des faits et circonstances d'un projet afin de rendre une décision juste et équitable en fonction des critères prévus à la Loi.

Par ailleurs, la possibilité de tenir compte des résultats de la décision des gestionnaires dans une décision sur le maintien ou le rejet de la présomption de prudence est reconnue par la jurisprudence. Ce motif ne peut donc être invoqué, de façon sommaire, pour invalider la décision.

Dans sa décision, la Régie rappelle sa lettre du 11 avril 2006 dans laquelle elle mentionnait que les éléments reliés aux circonstances et à l'importance des dépassements de coûts du Projet l'avaient amenée à s'interroger sur le bien-fondé de l'investissement et qu'à l'issue de l'audience, elle déterminerait si elle jugeait l'investissement prudemment acquis et utile. Toujours dans la même décision, les régisseurs majoritaires concluent que, dans le cas sous étude, le dépassement de 71 % des coûts, assumé entièrement par le Distributeur et sa clientèle, constitue une base raisonnable pour écarter la présomption de prudence.

Le dépassement de coûts auquel réfèrent les régisseurs majoritaires pour remettre en cause la présomption est certainement substantiel. La tenue par la Régie d'une audience sur la prudence de l'investissement était l'aboutissement d'un processus d'examen, comprenant l'analyse préalable à l'audience des faits, circonstances et résultats du Projet ainsi que des réponses aux demandes de renseignements de la Régie.

Les faits principaux étaient donc déjà en preuve au dossier du Rapport annuel au moment de convoquer cette audience. Entre autres, il était en preuve que la conduite avait dû être déplacée sous l'accotement de la chaussée au lieu d'être installée au fond du fossé et que la température d'assèchement du biogaz avait été portée à -10°C au lieu de +4°C comme prévu dans les études d'ingénierie préliminaires. Il était également en preuve au dossier que les changements au Projet et les divers dépassements de coûts avaient entraîné un effet à la hausse sur les tarifs de l'ordre de 11,6 M\$ sur un investissement final de 13,2 M\$, alors que l'investissement initial devait s'élever à 7,7 M\$. Enfin, diverses informations sur les autres facteurs à l'origine des dépassements étaient connues.

En conclusion, la décision de maintenir ou de rejeter la présomption de prudence est une question d'appréciation qui appartient ultimement à la Régie. Cette dernière doit juger chaque cas à son mérite. Dans le cas sous étude, elle a jugé nécessaire d'écarter cette présomption. Bien qu'il s'agisse d'une première, à la fois en termes d'objet de décision et de processus, les motifs présentés par les régisseurs majoritaires sont jugés suffisants dans les circonstances de ce dossier. Il n'y a donc pas de vice de fond de nature à invalider la décision à cet égard.

Les régisseurs majoritaires ont par la suite statué qu'il incombait à la demanderesse, une fois la présomption écartée, de démontrer la prudence dans sa gestion du Projet. La demanderesse soutient plutôt que la Régie a erré en lui imposant de prouver que sa décision de réaliser le Projet était prudente.

La conclusion des régisseurs majoritaires concorde avec l'approche suivie par la CEO dans le dossier précité :

« Once a party has persuaded the Board that a prudence review is warranted, or as some have put it, the presumption has been overcome, then the onus is on the utility to demonstrate that the decision it made was prudent at the time. »⁶³

Les auteurs du document précité du NRRI abondent dans le même sens :

« Once the presumption of prudence has been rebutted, the utility has the burden of proving that the investment decision alleged to be imprudent was in fact prudent. Whether the utility actually meets its burden of proving that its decision was prudent depends on the test used for determining prudence and on the evidence presented for and against prudence. »⁶⁴

Compte tenu de la conclusion qui précède sur la présomption de prudence, la conclusion des régisseurs majoritaires concernant le fardeau de preuve de la demanderesse est jugée conforme à la jurisprudence.

La notion de prudence en régulation économique

Le test utilisé dans la décision D-2006-111⁶⁵ consiste à juger du caractère raisonnable des actions posées et des décisions prises par l'entreprise dans les circonstances qui étaient ou qui auraient dû être connues au moment de la décision. Le Distributeur ne conteste pas le test lui-même mais plutôt son interprétation et son application par la Régie. Il s'agit du test de prudence tel que formulé par la CEO. Le régisseur dissident utilise le même test dans son opinion. Enfin, ce test est également le même que celui mis de l'avant par les auteurs du document du NRRI mentionné précédemment. Le test utilisé par la Régie est donc jugé approprié.

Dans son application au présent dossier, la notion de prudence doit être interprétée en tenant compte du cadre réglementaire applicable en matière d'investissement. Comme le test porte

⁶³ *Supra* note 5, page 63, 3.12.15.

⁶⁴ *Supra* note 2, page 57.

⁶⁵ Dossier R-3591-2005, 22 juin 2006.

sur le caractère raisonnable des décisions prises par les gestionnaires de l'entreprise dans le contexte ou les circonstances qui étaient ou devaient être connues au moment où elles ont été prises, la Régie devait, pour conclure à l'imprudence, déterminer que ces décisions étaient déraisonnables.

La décision D-2006-111

Les régisseurs majoritaires examinent les deux changements au Projet qui suivent afin de déterminer si la décision prise par les gestionnaires de poursuivre la réalisation du Projet était prudente.

Dans le cas du changement de localisation de la conduite, ils concluent que, même s'il était connu, dès février 2004, que des coûts additionnels allaient être engendrés, soit avant même le dépôt de la demande d'autorisation à la Régie, la décision de poursuivre le Projet n'était pas imprudente. Dans leurs motifs, ils retiennent le fait que les gestionnaires aient jugé, sur la base de leur expérience acquise au cours de projets antérieurs, que les impacts financiers de tels changements ne seraient pas significatifs.

En ce qui concerne le changement lié à la température d'assèchement du biogaz, les régisseurs majoritaires ont tenu compte des explications données par la demanderesse mais ne les ont pas jugées satisfaisantes. Ils ont retenu, au terme de leur analyse, que le changement de la température de conception était connu avant le dépôt de la demande d'autorisation à la Régie, soit en mars 2004, et qu'il constituait un changement majeur au Projet. Ils ont basé cette conclusion sur le fait que l'abaissement de la température de +4°C à -10°C constituait un écart important. Ils ont de plus tenu compte de la nature des enjeux techniques liés à ce changement, c'est-à-dire, la variation dans le débit et la composition du biogaz et jugé qu'il y avait eu, de la part de la demanderesse, un manque de prévoyance en continuant le Projet sans savoir à quoi s'en tenir au niveau des changements à y apporter et des coûts que cela impliquerait. Ils ont enfin conclu que la décision d'aller de l'avant avec le Projet, dans ce contexte, était imprudente.

Analyse de la décision D-2006-111

La première partie des conclusions des régisseurs majoritaires se défend dans les circonstances propres à ce dossier. Lorsque des changements significatifs sur le plan technique sont portés à la connaissance des responsables d'un projet, avant qu'une décision définitive d'aller de l'avant ne soit prise, et que les correctifs envisagés n'excèdent les paramètres analysés dans les études d'avant-projet réalisées, tant à l'interne que par les consultants externes, la mise à jour des analyses de faisabilité technique, des avenues de

solutions possibles et des risques y associés ainsi que des analyses de coût et de rentabilité fait certainement partie des bonnes pratiques à suivre en matière de gestion de projet. La disponibilité de ces informations est en effet requise pour fonder la prise de décision sur des bases objectives. D'ailleurs, une telle étape de validation de la rentabilité d'un projet, préalablement au lancement des travaux, est prévue dans le processus d'extension de réseau qui avait été présenté par la demanderesse dans le dossier R-3371-97⁶⁶.

Par contre, une décision quant à l'opportunité de procéder à la mise à jour des études techniques et financières en cours de réalisation d'un projet fait nécessairement intervenir le jugement des gestionnaires, lesquels doivent tenir compte des faits connus et de leur importance relative, de l'état d'avancement du projet, des engagements déjà pris avec des clients ou des fournisseurs ainsi que des impacts inhérents à une telle démarche de mise à jour, notamment sur l'échéancier et les coûts du projet.

Or, dans les motifs de leur décision, les régisseurs majoritaires omettent de prendre en compte et de traiter adéquatement ces divers éléments de contexte, tel que le requiert l'application correcte du test de prudence défini précédemment. Bien qu'elle dispose d'une large discrétion quant à l'appréciation des faits, la Régie ne peut, dans l'application de ce test, limiter son examen à un élément particulier, par exemple l'état de la rentabilité du projet, et faire abstraction complète des autres éléments du contexte qui prévalent au moment où les décisions sont prises.

Pour analyser correctement la décision D-2006-111 et l'application du test de prudence, il est donc nécessaire de rappeler le contexte en question et ce, depuis le début du projet.

La preuve au dossier R-3532-2004 montre que le Projet visait à permettre à la demanderesse de conserver un client industriel en raison de la situation concurrentielle défavorable du gaz naturel. Le projet de valorisation des biogaz mis de l'avant s'appuyait sur des études internes du service d'ingénierie de la demanderesse et sur des études de consultants externes. Il s'appuyait également sur des analyses de coûts et de rentabilité conformément aux exigences du règlement d'application de l'article 73 de la Loi. La demanderesse a conclu, en novembre 2003, un contrat de distribution de 5 ans comportant des échéances de livraison. Le contrat prévoyait une contribution financière importante du client⁶⁷ et était conditionnel à la validation par la demanderesse d'un volume de biogaz suffisant pour assurer la rentabilité du Projet. Le contrat était enfin conditionnel à l'approbation du Projet par la Régie.

⁶⁶ Dossier R-3371-97, décision D-97-25, page 14, et pièce Gmi-1, document 15.

⁶⁷ Dossier R-3532-2004, pièce SCGM-1, document 6.

Une fois la validation des volumes complétée, le Projet ainsi que les diverses modalités prévues au contrat avec le client ont été soumis pour approbation en mars 2004. L'autorisation de la Régie a été donnée en juin 2004 par la décision D-2004-128. Le contrat intervenu entre le client et la demanderesse devenait, de ce fait, pleinement valide. Enfin, cette autorisation de la Régie, contrairement, par exemple, à celle donnée dans le dossier R-3542-2004⁶⁸, ne contenait aucune condition particulière relative au partage des risques en cas de dépassement de coûts.

Par ailleurs, la preuve au dossier R-3591-2005 montre que les principaux dépassements de coûts ont été la conséquence de changements qui n'avaient pas été anticipés lors des études préliminaires ayant mené à la signature du contrat. Il n'a cependant pas été établi que l'absence de mise à jour de ces études en cours de projet ait pu aggraver la situation en ce qui a trait aux coûts encourus pour sa réalisation.

En conséquence, les seules avenues par lesquelles une réévaluation du Projet aurait pu permettre, dans ces circonstances, de mitiger les coûts additionnels auraient été de procéder à un moment ou à un autre du Projet à la renégociation du contrat avec le client ou à l'abandon pur et simple du Projet. Les régisseurs majoritaires n'ont cependant aucunement abordé la faisabilité et l'opportunité de ces options, que ce soit lors de l'audience ou dans les motifs de décision. Dans la mesure où la décision de la Régie approuvant le Projet avait déjà été rendue et que le contrat avec le client était valide, chacune des deux avenues précitées aurait vraisemblablement comporté des enjeux d'importance sur le plan contractuel.

Dans ce contexte, le fait de qualifier d'imprudente la décision de la demanderesse de réaliser le Projet soulève plusieurs autres enjeux sur le plan de l'encadrement réglementaire applicable en pareille situation, tels la portée des arrangements contractuels de la demanderesse avec ses clients et les droits qui en découlent pour ces derniers, la pertinence ou l'opportunité de tenir compte des développements qui surviennent en cours de projet, la teneur et la fréquence, le cas échéant, des réévaluations de projet auxquelles devrait s'astreindre la demanderesse, etc. Il s'agit de questions d'importance qui auraient pu faire l'objet d'un débat dans le cadre de l'audience ou dans un forum approprié. La décision rendue devant être une décision finale et exécutoire, les régisseurs majoritaires devaient, en toute équité envers la demanderesse, traiter ces enjeux et motiver en conséquence leur décision, après avoir tenu compte de l'ensemble des faits et circonstances pertinents.

⁶⁸ Décision D-2004-197, 24 septembre 2004, Demande concernant le projet d'extension de réseau Gazoduc Bécancour.

En conclusion, il ne peut être établi, sur la base des seuls motifs présentés, que la décision de réaliser le Projet était une décision que n'aurait pu prendre un gestionnaire prudent placé dans les mêmes circonstances. Les régisseurs majoritaires ont omis de tenir compte de l'ensemble du contexte comme l'exige l'application du test de prudence. En conséquence, les motifs de la décision pris individuellement ou globalement ne justifient pas la conclusion d'imprudence. Selon la jurisprudence, il s'agit d'un vice de fond de nature à invalider la décision qui rencontre le critère de l'article 37 (3) de la Loi. Sur cette base, je rejoins la conclusion de mes collègues et la conclusion d'imprudence doit être révoquée.

Richard Carrier
Régisseur

Société en commandite Gaz Métro représentée par M^c Éric Dunberry.