

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2005-132

R-3567-2005

27 juillet 2005

PRÉSENTS :

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

M. Gilles Boulianne, B. Sc. (Écon.), vice-président

Régisseurs

Hydro-Québec

Requérante

Requête en révision de la décision D-2005-34 rendue dans le dossier R-3541-2004 (Demande relative à l'établissement des tarifs d'électricité pour l'année tarifaire 2005-2006)

Intervenants :

- Association coopérative d'économie familiale de Québec (ACEF de Québec);
- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI);
- Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAME);
- Option consommateurs (OC);
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA);
- Union des consommateurs (UC).

1. INTRODUCTION

En septembre 2004, Hydro-Québec dans ses activités de distribution (le Distributeur) a déposé une demande relative à l'établissement des tarifs d'électricité pour l'année tarifaire 2005-2006. Le Distributeur demandait, entre autres, la création d'un compte de frais reportés (CFR) en application du principe de transfert des coûts réels d'approvisionnement postpatrimoniaux et la reconnaissance des coûts d'approvisionnement du tarif BT pour décembre 2004 et pour l'année 2005.

Le 24 février 2005, la Régie a rendu la décision D-2005-34 (la Décision) relative à cette demande du Distributeur. Les conclusions pertinentes de la Décision sont les suivantes :

« **ACCUEILLE**, en partie, la demande du Distributeur;

[...]

AUTORISE, pour le présent dossier, la création d'un compte de frais reportés pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2005, portant intérêts au taux autorisé sur la base de tarification du Distributeur, afin d'y comptabiliser une partie des coûts de fourniture postpatrimoniaux, selon les conditions établies dans la présente décision;

RECONNAÎT, en partie, les coûts d'approvisionnement du tarif BT pour la période du 1^{er} au 31 décembre 2004 et, entièrement, ceux pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2005; »

Le 24 mars 2005, le Distributeur présente une requête en révision de la décision D-2005-34 concernant ces deux dernières conclusions.

2. DEMANDE EN RÉVISION

Dans sa requête, le Distributeur demande à la Régie de :

« **RÉVISER** les sections 2.2.3 et 3.11.2 de la décision D-2005-34 et les conclusions y afférentes;

RECONNAÎTRE le principe de transfert intégral des coûts d'approvisionnements postpatrimoniaux additionnels résultant de variations de

volumes ou de prix non prévisibles, nets des revenus perçus attribuables à la composante fourniture;

PERMETTRE *de comptabiliser, à même le compte de frais reportés créé par la décision D-2005-34, ces écarts nets reliés aux coûts d'approvisionnements au-delà du volume d'électricité patrimoniale;*

RECONNAÎTRE *le coût d'approvisionnements de 7,3 ¢/kWh du tarif BT pour la période du 1^{er} au 31 décembre 2004. »*

Le Distributeur précise que :

« 7. La décision D-2005-34 comporte trois vices de fond donnant ouverture à un recours en révision. De manière plus précise, la formation saisie du dossier a erré :

- a) en rejetant la provision réglementaire 2004, malgré qu'elle ait accepté les arguments au soutien de celle-ci en acceptant une provision réglementaire de la même nature pour 2005, et en niant explicitement la réserve de droit qu'elle avait exprimée en faveur du Distributeur dans sa décision D-2004-47 (pp. 32-35, D-2005-34);*
- b) en refusant l'application intégrale du principe de transfert des coûts d'approvisionnements postpatrimoniaux (pass on) et les modalités d'application du compte de frais reportés et ce, en contravention à l'article 52.2 de la Loi (pp. 48-50, D-2005-34);*
- c) en refusant de reconnaître comme juste et raisonnable le coût d'approvisionnement du BT pour décembre 2004, en se fondant sur la preuve du dossier R-3492-2002, Phase 2, qui n'a jamais été versée au dossier R-3541-2004 et en omettant la preuve effectivement versée au dossier (pp. 100-101, D-2005-34)*

8. Par ailleurs, dans la mesure où le Distributeur n'entend pas modifier ses tarifs une seconde fois au cours de l'année tarifaire 2005-2006, il limite la présente demande aux éléments b) et c) du paragraphe 7 (le principe de pass on et ses modalités et le coût d'approvisionnement du tarif BT pour décembre 2004), dont la révision, le cas échéant, n'aura pas d'impact sur les tarifs des consommateurs pendant l'année tarifaire 2005-2006. »

3. ARGUMENTATION DES PARTIES

3.1 LE DISTRIBUTEUR

3.1.1 TRANSFERT DES COÛTS D'APPROVISIONNEMENT POSTPATRIMONIAUX (PASS ON)

Le Distributeur soutient que la Régie, dans sa Décision, n'a pas respecté la règle de droit tant à l'égard de l'application de l'article 52.2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹ (la Loi) portant sur les coûts de la fourniture d'électricité que de l'article 5 de la Loi visant, entre autres, le traitement équitable des distributeurs.

Le Distributeur reconnaît que l'erreur qui constitue un vice de fond doit dépasser l'erreur simple, qu'elle doit être significative et atteindre un certain niveau de gravité. Il cite à cet égard la décision D-2003-117 de la Régie² où il est dit qu'une « *erreur dans l'interprétation et l'application de la Loi produirait une allocation de coûts illégale. S'il y avait une telle erreur, nous serions en présence d'un vice de fond de nature à invalider la décision* ». La prétention du Distributeur est que la Décision constitue une application illégale de l'article 52.2 de la Loi. Il cite également l'arrêt *Épiciers unis Métro-Richelieu*³ auquel la Régie réfère dans plusieurs décisions en révision.

Le Distributeur explique le lien entre les articles 52.1 et 52.2 de la Loi. Les tarifs de distribution d'électricité ont trois composantes : les coûts de fourniture d'électricité, les frais découlant du tarif de transport et le revenu requis. Les frais découlant du tarif de transport font déjà l'objet d'un *pass on*. Ceux reliés au revenu requis du Distributeur sont traités spécifiquement suivant les dispositions des articles 52.3 et 49 de la Loi. Les coûts de fourniture d'électricité doivent également faire l'objet d'un *pass on*.

Le Distributeur rappelle le cadre réglementaire applicable aux approvisionnements (approbation du plan d'approvisionnement, appel d'offres, dispense d'appel d'offres pour les approvisionnements de court terme et entente cadre soumise à l'approbation de la Régie). Il en tire la conclusion suivante : les approvisionnements sont rigoureusement réglementés et, par conséquent, le *pass on* des coûts d'approvisionnement, un principe reconnu tant par la Régie qu'ailleurs au Canada, est un exercice qui va de soi dans les circonstances. À partir du moment où le Distributeur suit les règles établies par la Régie pour ses approvisionnements, rien ne permet de penser que la gestion faite par ce dernier

¹ L.R.Q., c. R-6.01.

² Notes sténographiques (NS), volume 1, pages 19 et 20.

³ *Épiciers unis Métro-Richelieu c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1996] R.J.Q. 608.

ne soit pas prudente et raisonnable. Le Distributeur cite à cet égard une décision de l'*Alberta Energy and Utilities Board*⁴.

L'argument central du Distributeur repose sur l'article 52.2 de la Loi. Cet article prévoit que les coûts de fourniture sont établis en additionnant le coût de l'électricité patrimoniale et les coûts réellement engagés pour satisfaire les besoins des marchés québécois. Pour le Distributeur, lorsque viendra le temps de fixer les tarifs conformément à l'article 52.1 de la Loi, la Régie, en appliquant la Décision, ne pourra « *tenir compte* » des coûts de fourniture. Selon le Distributeur, la Régie a fait abstraction de cette prescription de la Loi.

Les « *coûts réels des contrats d'approvisionnement* », auxquels réfère l'article 52.2 de la Loi, sont des coûts réels par opposition à des coûts prévisionnels. À cet égard, le Distributeur cite la décision D-2001-214 de la Régie où elle a refusé au distributeur de gaz un tarif à prix fixe au motif que, pour que le tarif de fourniture à prix fixe soit acceptable aux termes de l'article 52 de la Loi, « *il aurait fallu que les taux et les autres conditions proposées aux consommateurs du tarif fixe reflètent le coût réel d'acquisition pour ces derniers* »⁵.

Selon le Distributeur, la Décision fait totalement abstraction de la notion de coût réel enchâssée à l'article 52 de la Loi, de sorte que le coût de fourniture du Distributeur ne reflétera jamais le coût réel mais le coût prévisionnel. C'est l'effet de la Décision lorsqu'elle dit que tout ce qui est en deçà de la prévision de 1,9 TWh ne fait pas partie du *pass on*, c'est-à-dire que ni les volumes ni les coûts ne seront reflétés dans ce dernier. En conséquence, les consommateurs ne paieront jamais le coût réel, d'où le vice de fond affectant la Décision. Selon le Distributeur, il s'agit d'une erreur suffisamment grave pour rencontrer le critère de révision judiciaire.

Le CFR est nécessaire dans son entièreté à la mise en application du principe de transfert des coûts d'approvisionnement parce qu'il permet de refléter dans les tarifs du Distributeur les coûts réels d'approvisionnement.

Le Distributeur conclut que la Décision portant sur un *pass on* partiel contrevient de manière manifeste à la définition et à la méthodologie prescrite à l'article 52.2 de la Loi quant à la nécessité de refléter les coûts réels. En l'absence d'un CFR où est débité

⁴ *Alberta Energy and Utilities Board, ATCO Electric Ltd Regulated Rate Option Tariff*, December 22, 2000.

⁵ NS, volume 1, pages 44 et 45.

l'ensemble des coûts de l'électricité postpatrimoniale, les tarifs ne seront jamais basés sur les coûts réels des contrats d'approvisionnement conclus par le Distributeur⁶.

Le Distributeur allègue également que la première formation a commis d'autres erreurs concernant le *pass on*. En affirmant que le Distributeur était en mesure de contrôler certains éléments de risque, elle aurait confondu les concepts de gestion des approvisionnements et la gestion des imprévus. Le Distributeur soutient qu'il n'a pas de contrôle sur certains aspects faisant varier la demande, tels la fin d'une grève et le retour du client à la consommation ou sur les variations des prix du marché. La gestion des approvisionnements fait l'objet d'un encadrement réglementaire alors que la gestion des imprévus justifie un CFR.

Quant au motif de la première formation portant sur l'insuffisance de preuve, le Distributeur soutient que cela n'empêchait pas la Régie de permettre le *pass on* des coûts d'approvisionnement postpatrimoniaux et de se pencher ultérieurement sur l'impact possible sur le risque du Distributeur. À cet égard, le Distributeur souligne que l'absence d'un *pass on* intégral vient augmenter le risque du Distributeur. En effet, souligne le Distributeur, la prime de risque qui lui a été accordée lors de la première demande tarifaire tenait compte du fait que le Distributeur n'était pas à risque au niveau de la récupération des coûts de l'électricité patrimoniale.

Le Distributeur précise sa position sur la différence entre les textes des articles 52 et 52.1 de la Loi, c'est-à-dire la différence entre «*doivent refléter le coût réel d'acquisition*» et «*tenir compte des coûts de fourniture d'électricité*». Selon le Distributeur, cette distinction tient au fait que, pour l'électricité, les coûts réels d'acquisition ne peuvent simplement pas être reflétés aux tarifs en raison de la contrainte d'interfinancement.

Le Distributeur indique par ailleurs que le fait de le priver de récupérer les coûts d'un approvisionnement de 1,9 TWh (environ 90 millions \$) représente environ le tiers du rendement autorisé. La Décision a donc pour lui des conséquences financières substantielles.

Quant à l'argument soulevé par certains intervenants voulant que cette décision n'ait pas un caractère définitif et serait, à l'instar d'autres sujets discutés devant la Régie, à caractère évolutif, le Distributeur rappelle que la Décision sur le CFR qui refuse tous les écarts de coûts à l'intérieur d'un écart-type ou de 1,9 TWh constitue une décision finale. La prochaine décision tarifaire ne pourra régler ce problème pour l'année 2005.

⁶ NS, volume 1, page 58.

3.1.2 COÛT D'APPROVISIONNEMENT DU TARIF BT POUR DÉCEMBRE 2004

Le Distributeur soutient que la Régie, en décidant du coût d'approvisionnement du tarif BT pour décembre 2004, n'a pas considéré la preuve qu'elle avait devant elle mais plutôt la preuve fournie dans le dossier R-3492-2002, phase 2⁷. Le Distributeur souligne que le contexte de sa demande a évolué depuis ce dossier. En effet, le tarif BT étant alors abrogé, il ne pouvait être appliqué suivant ses caractéristiques, c'est-à-dire l'effacement à la pointe ou le rappel par le Distributeur.

Le Distributeur soumet que la Régie avait devant elle une preuve non contredite sur le caractère raisonnable et prudent du prix de l'entente conclue avec Hydro-Québec Production à 7,3 ¢/kWh pour le mois de décembre 2004. Ceci est corroboré par une preuve des prix du marché qui prévalaient en décembre 2004⁸.

Le Distributeur ajoute qu'il y a une distinction à faire entre l'utilisation de précédents issus de décisions antérieures de la Régie et l'utilisation d'une preuve soumise dans un dossier précédent. Il considère avoir assumé son fardeau de preuve en démontrant que les prix du marché pour l'approvisionnement du tarif BT en décembre 2004 étaient plus élevés que celui qui a été obtenu d'Hydro-Québec Production. Il souligne qu'il n'avait pas à revenir sur des éléments de preuve soumis dans un autre dossier et n'avait pas à les contredire.

Pour justifier qu'il s'agit là d'un vice de fond de nature à invalider la décision, le Distributeur s'appuie sur la décision D-2004-251 de la Régie⁹ spécifiant que « [l]'*erreur dans l'appréciation des faits est déterminante lorsque cette erreur porte sur un motif central de la décision ou qu'elle joue un rôle déterminant sur son issue* »¹⁰.

3.2 ACEF DE QUÉBEC

3.2.1 TRANSFERT DES COÛTS D'APPROVISIONNEMENT POSTPATRIMONIAUX (PASS ON)

L'ACEF de Québec soutient que la Décision ne comporte aucun vice de fond de nature à l'invalider. Le *pass on* partiel des coûts des approvisionnements postpatrimoniaux serait justifié vu que la Régie ne peut traiter en vase clos les coûts d'approvisionnement

⁷ Dossier R-3492-2002, phase 2.

⁸ NS, volume 1, page 61.

⁹ Décision D-2004-251, dossier R-3547-2004, 24 novembre 2004.

¹⁰ NS, volume 1, page 5.

postpatrimoniaux et négliger de considérer l'impact sur les revenus et le rendement du Distributeur d'une hausse imprévue de la demande. L'ACEF de Québec se dit en désaccord avec le Distributeur sur la question du niveau de contrôle qu'a ce dernier face à certains aléas.

L'ACEF de Québec est également en désaccord avec le Distributeur lorsque ce dernier prétend qu'il n'est pas pertinent de relier les risques afférents au transport et à la distribution à l'analyse du *pass on* des coûts d'approvisionnement, qu'il n'a pas l'obligation de présenter des mécanismes incitatifs et que le *pass on* ne reflète pas les coûts réels d'approvisionnement postpatrimoniaux et ne respecte pas la méthodologie prescrite par l'article 52.2 de la Loi.

Comme les tarifs du Distributeur sont intégrés, l'ACEF de Québec prétend que le Distributeur devrait être soumis à une fermeture réglementaire complète. La Régie pourrait ainsi regarder l'impact de l'intégralité des coûts et revenus sur la rentabilité du Distributeur. Selon l'ACEF de Québec, la Régie n'a pas à traiter par bloc les divers coûts sans prendre en considération l'impact des diverses composantes de coût sur la rentabilité globale du Distributeur. Le traitement isolé, dans un CFR, des coûts d'approvisionnement postpatrimoniaux, est inadéquat et ne garantit pas un traitement juste et équitable des clientèles, ni l'établissement de tarifs justes et raisonnables.

Quant au texte de l'article 52.1, selon l'ACEF de Québec, l'expression « *tient compte* » laisse à la Régie une marge de manœuvre pour traiter les coûts d'approvisionnement avec l'ensemble des coûts du Distributeur en tenant compte de la rentabilité globale du Distributeur.

3.2.2 COÛT D'APPROVISIONNEMENT DU TARIF BT POUR DÉCEMBRE 2004

L'ACEF de Québec soutient que la Décision, en reconnaissant un coût de 6 ¢/kWh pour le coût d'approvisionnement du tarif BT pour décembre 2004, n'est pas entachée de vice de fond.

L'intervenante indique que la référence aux prix d'importation négociés par le Distributeur pour 2005 n'est pas pertinente et que le raisonnement de la Régie dans la décision D-2004-47 voulant qu'un prix avant perte de 6 ¢/kWh au lieu de 7,3 ¢/kWh lui apparaît juste et raisonnable. L'ACEF de Québec est d'avis que le Distributeur n'a pas assumé son fardeau de preuve quant au fait que le prix de 7,3 ¢/kWh négocié avec

Hydro-Québec Production était juste et raisonnable pour décembre 2004. Selon l'intervenante, le prix d'importation pour 2005 ne s'applique pas pour décembre 2004.

3.3 S.É./AQLPA

3.3.1 TRANSFERT DES COÛTS D'APPROVISIONNEMENT POSTPATRIMONIAUX (PASS ON)

Selon S.É./AQLPA, il y a lieu de réviser la Décision au niveau du *pass on*. Le vice de fond est relié au fait qu'il n'y aurait pas de rapport entre le choix d'exclure du CFR le *pass on* des coûts à hauteur d'un écart type de 1,9 TWh et les préoccupations exprimées dans la Décision, notamment quant au manque d'information sur les incitatifs favorisant une meilleure gestion des approvisionnements. La Décision ne ferait pas état d'une preuve démontrant que le Distributeur contrôlait l'aléa de 1,9 TWh.

L'intervenant reproche à la Régie de ne pas avoir quantifié ses préoccupations et d'avoir appliqué une coupure de 1,9 TWh. S.É./AQLPA ajoute que la Régie aurait pu, comme le suggère le Distributeur, admettre les coûts au CFR et traiter ultérieurement de ses préoccupations au moment de la disposition du CFR¹¹.

L'intervenant rappelle le principe de la commission Brundtland suivant lequel les consommateurs devraient payer l'entièreté du coût de leur consommation énergétique. La Décision fait en sorte que les consommateurs ne reçoivent pas l'entièreté du signal de prix en fonction des variations climatiques¹².

3.3.2 COÛT D'APPROVISIONNEMENT DU TARIF BT POUR DÉCEMBRE 2004

La Décision n'est pas révisable à cet égard. S.É./AQLPA soumet que le choix du prix de 6 ¢/kWh découle d'une décision antérieure de la Régie dont elle pouvait prendre connaissance d'office. Le Distributeur, étant partie à ce dossier, a eu l'occasion de faire valoir sa position. S.É./AQLPA soutient donc que la Régie avait le droit de référer à la décision antérieure et aux éléments de preuve déposés dans le dossier R-3492-2002, phase 2.

Quant aux prétentions du Distributeur voulant que la Décision ignore complètement la preuve que la Régie avait devant elle, S.É./AQLPA soutient que la motivation de la Régie tient au fait que le prix de 7,5 ¢/kWh avait l'avantage d'être le résultat d'un appel

¹¹ NS, volume 1, page 136.

¹² NS, volume 1, page 138.

d'offres plutôt que d'une négociation de gré à gré¹³. Pour décembre 2004, la Régie était donc justifiée de retenir le prix de 6 ¢/kWh reconnu dans sa décision antérieure pour décembre 2004 et la valeur marchande de 7,5 ¢/kWh pour 2005.

3.4 GRAME

3.4.1 TRANSFERT DES COÛTS D'APPROVISIONNEMENT POSTPATRIMONIAUX (PASS ON)

Le GRAME soutient que la Décision est entachée d'un vice de fond à cet égard. Le principe du transfert des coûts d'approvisionnement postpatrimoniaux doit être appliqué de façon équitable entre les différents distributeurs. Selon le GRAME, à partir du moment où les coûts d'approvisionnement sont considérés justes et raisonnables, il n'y a pas de raison qu'ils soient omis dans le processus de *pass on*. Ceci entraîne une sous-facturation de l'énergie électrique, modifiant ainsi de façon biaisée la relativité des prix entre les sources d'énergies et donnant un mauvais signal de prix aux consommateurs¹⁴.

3.4.2 COÛT D'APPROVISIONNEMENT DU TARIF BT POUR DÉCEMBRE 2004

Le GRAME est d'avis que la Décision ne doit pas être révisée quant au coût d'approvisionnement du tarif BT pour décembre 2004. Essentiellement, le GRAME soumet qu'il n'y a pas eu omission de la part de la Régie dans son analyse de la preuve du coût d'approvisionnement du tarif BT. La Régie dit clairement dans la Décision qu'elle juge qu'un prix de 6 ¢/kWh est raisonnable.

3.5 FCEI

3.5.1 TRANSFERT DES COÛTS D'APPROVISIONNEMENT POSTPATRIMONIAUX (PASS ON)

La FCEI soutient que la Décision est bien fondée en fait et en droit et que la Régie a agi dans le respect de sa compétence. Le Distributeur tenterait, par son recours en révision, de faire appel de la Décision et d'obtenir de la part d'une autre formation les conclusions qu'il n'a pu obtenir de la première formation.

¹³ NS, volume 1, page 141.

¹⁴ NS, volume 1, page 150.

La Régie a opté pour une protection partielle contre les risques associés aux approvisionnements après avoir soupesé l'ensemble de la preuve devant elle. La Régie a également tenu compte des circonstances particulières, des informations au dossier et même du manque d'informations sur les incitatifs favorisant une meilleure gestion des approvisionnements, avant de rendre sa décision.

Pour réviser la Décision, la Régie doit constater l'existence d'un vice sérieux et fondamental de nature à invalider la décision. La FCEI cite la décision D-2003-117, où il est dit qu'« [u]n *vice de fond de nature à invalider la décision implique une erreur qui prive la décision de son effet utile.* ¹⁵ » La révision n'a pas pour but de permettre à une nouvelle formation d'apprécier à nouveau la preuve.

La FCEI souligne qu'une interprétation différente par un tribunal d'une règle de droit n'est pas une cause de révision. La divergence d'interprétation d'un texte de loi au cœur même de la spécialisation de l'organisme administratif ne peut être source de révision. L'interprétation d'un texte législatif ne conduit pas nécessairement au dégagement d'une solution unique. L'exercice d'interprétation exige de l'interprète de procéder à des choix qui, bien qu'encadrés par les règles d'interprétation des lois, sont sujets à une marge d'appréciation admissible¹⁶.

Pour autant que la Régie ait agi à l'intérieur de sa compétence, l'erreur simple de fait ou de droit ne peut justifier la révision. Selon la FCEI, le premier alinéa de l'article 52.2 de la Loi qui traite des composantes des tarifs de distribution d'électricité n'empêche pas la Régie, dans l'exercice de sa discrétion, d'autoriser la reconnaissance de certains coûts si elle juge que le Distributeur peut faire mieux ou autrement¹⁷.

Le Distributeur, selon la FCEI, fait erreur lorsqu'il prétend que la Régie a contrevenu à l'article 52.2 de la Loi. Bien que d'autres distributeurs appliquent déjà le principe du *pass on*, le Distributeur fait fi du contexte justifiant la Régie d'avoir fait des distinctions.

Selon la FCEI, la preuve ferait voir que, si les aléas climatiques sont hors du contrôle du Distributeur, cela n'implique pas automatiquement un risque de pertes financières pour ce dernier. La preuve démontre que des revenus supplémentaires de transport et de distribution peuvent s'ajouter aux revenus d'approvisionnement sans que des coûts

¹⁵ Décision D-2003-117, dossier R-3503-2002, 11 juin 2003, page 11.

¹⁶ Jean-Pierre Villagi, *L'administration publique québécoise et le processus décisionnel*, Éditions Yvon Blais, p. 431 et 432; *Amar c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [2003] C.L.P. 606.

¹⁷ Argumentation de la FCEI, paragraphe 41.

supplémentaires soient encourus¹⁸. Quant au risque relié au prix du marché, la FCEI mentionne qu'il peut être contrôlé par des outils financiers.

La FCEI souligne que la Régie a déjà reconnu partiellement des coûts d'approvisionnement à l'égard du BT dans sa décision D-2004-47. Ceci montrerait que la Régie a le pouvoir de porter un jugement sur ce qu'elle peut ou doit reconnaître comme coût de fourniture.

3.5.2 COÛT D'APPROVISIONNEMENT DU TARIF BT POUR DÉCEMBRE 2004

Selon la FCEI, la Décision est également bien fondée en fait et en droit sur cet aspect et la demande en révision doit être rejetée. L'article 37 de la Loi ne donne pas ouverture à une décision sur la base d'une nouvelle appréciation des faits. La Régie peut prendre connaissance d'office de faits généralement reconnus ainsi que des opinions et renseignements qui ressortent des spécialisations de ses régisseurs¹⁹. Ainsi, la Régie était justifiée de se référer à sa décision antérieure ayant reconnu un prix de 6 ¢/kWh pour l'approvisionnement du tarif BT en décembre 2004.

3.6 OC

3.6.1 TRANSFERT DES COÛTS D'APPROVISIONNEMENT POSTPATRIMONIAUX (PASS ON)

OC reprend certains arguments soumis par la FCEI : la Régie a agi à l'intérieur de sa compétence, et la décision d'autoriser le recours à un mécanisme de compte de *pass on* doit être située dans le contexte propre au Distributeur. Cette décision doit reposer sur l'analyse de l'ensemble des risques du Distributeur.

Par ailleurs, l'autorisation d'un *pass on* partiel tient compte du fait que le Distributeur est en mesure de contrôler certains éléments de risque. Il appartient au Distributeur de démontrer que sa demande d'adopter un mécanisme de *pass on* est justifiée en faisant une preuve prépondérante et complète répondant aux préoccupations et au manque d'informations soulevées par la Régie.

Compte tenu de la preuve au dossier R-3541-2004, la Décision est un compromis raisonnable et adéquat quant au partage des risques entre le Distributeur et les consommateurs. La Régie a reconnu que le Distributeur fait face à un certain niveau de

¹⁸ Argumentation de la FCEI, paragraphe 50.

¹⁹ NS, volume 1, page 183.

risque, mais elle reconnaît également que le Distributeur est en mesure de contrôler certains éléments de ce risque. Le fait d'accepter la demande du Distributeur constituerait un transfert inacceptable des risques aux consommateurs.

OC note que la création du compte de *pass on* telle que demandée par le Distributeur nécessite la révision de l'établissement du taux de rendement sur l'avoir propre du Distributeur. OC reprend à cet égard certains éléments de preuve soumis à la première formation par la FCEI.

OC ajoute que la Régie, en rendant la Décision, a agi à l'intérieur de sa compétence et n'a commis aucune erreur juridictionnelle : la Régie a pris en compte la preuve au dossier présentée par le Distributeur, la preuve des préoccupations des intervenants et a respecté le cadre législatif en l'instance.

3.6.2 COÛT D'APPROVISIONNEMENT DU TARIF BT POUR DÉCEMBRE 2004

À cet égard, OC affirme que la Régie a agi à l'intérieur de sa compétence et que la Décision ne contient aucun vice de fond. Pour le reste, OC s'en remet aux arguments présentés par les autres intervenants.

3.7 UC

3.7.1 TRANSFERT DES COÛTS D'APPROVISIONNEMENT POSTPATRIMONIAUX (PASS ON)

UC limite son argumentation au transfert des coûts d'approvisionnement postpatrimoniaux. Pour UC, la Régie a correctement exercé sa discrétion en rendant la Décision et a tenu compte du contexte propre au Distributeur. La Régie a accordé une protection partielle au Distributeur contre les risques associés aux approvisionnements parce qu'elle n'avait pas toute l'information requise et qu'elle voulait se pencher sur la question du taux de rendement du Distributeur dans le contexte de la modification des risques associés aux approvisionnements.

Sur les principes de recevabilité d'un recours en révision, UC cite certaines décisions de la Régie²⁰ et l'arrêt *Épiciers unis Métro-Richelieu* pour conclure que le vice de fond de nature à invalider une décision doit être sérieux et fondamental et prive la décision de son effet utile. La révision ne consiste pas à reconsidérer le fondement de la première

²⁰ Décision D-2002-229, dossier R-3493-2002, 30 octobre 2002; décision D-2003-117, dossier R-3503-2002, 11 juin 2003.

décision pour apprécier à nouveau les faits et rendre une décision plus appropriée. Selon UC, la Décision n'est pas affectée d'un tel vice de fond de nature à l'invalider.

UC soumet que la Régie a exercé sa discrétion de façon appropriée et a correctement concilié les intérêts des parties suivant le principe prévu à l'article 5 de la Loi.

UC croit que l'ensemble des risques (transport, distribution et approvisionnement) doit être pris en compte par la Régie avant de mettre sur pied un CFR.

UC soumet que la Décision, en accordant une protection partielle au Distributeur, est conforme aux dispositions de l'article 34 de la Loi qui permet à la Régie de décider en partie seulement d'une demande.

Relativement à l'application de l'article 52.2 de la Loi, UC soutient que le *pass on* partiel ne contrevient pas à cette disposition de la Loi et que la Régie a exprimé un questionnement sur la méthodologie qui permet d'établir les coûts réels des contrats d'approvisionnement.

4. OPINION DE LA RÉGIE

4.1 QU'EST-CE QU'UN VICE DE FOND DE NATURE À INVALIDER UNE DÉCISION ?

La Régie a rendu plusieurs décisions en révision en s'appuyant sur l'arrêt *Épiciers unis Métro-Richelieu* :

« The Act does not define the meaning of the term "vice de fond" used in section 37. The English version of section 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 section 37. A simple error of fact or 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. » (Nous soulignons)

La Cour d'appel du Québec précise le concept de vice de fond de nature à invalider une décision et, surtout, le rôle d'une formation en révision dans l'arrêt *Tribunal administratif du Québec c. Michel Godin et Société de l'assurance automobile du Québec et la Procureure générale du Québec*²¹.

Cet arrêt implique le Tribunal administratif du Québec (TAQ) qui a des pouvoirs de révision essentiellement semblables²² à ceux de la Régie à l'article 37 de la Loi. De plus, le TAQ est dans la même situation juridique que la Régie, c'est-à-dire que les décisions de la Section des affaires sociales du TAQ sont finales et sans appel et que le TAQ est protégé par une clause privative à l'instar de l'article 41 de la Loi.

Les extraits suivants de cet arrêt sont particulièrement éclairants :

« [37] (motifs du Juge Fish) *As McLachlin C.J. made clear in Dr. Q., legislatures cannot validly displace, by privative clauses or otherwise, the superintending and reforming powers of the Superior Court. And since we are bound to interpret section 154(3) in accordance with constitutional requirements and restraints, I find instead that it connotes a limited jurisdiction to correct fatal or "invalidating" errors shown to have been committed by another panel of the Tribunal in rendering its earlier – and, in principle, final – decision.*

[...]

[45] *This view of the matter appears to me to be entirely consistent with the legislator's stated objective: "to affirm the specific character of administrative justice, to ensure its quality, promptness and accessibility and to safeguard the fundamental rights of citizens".*

[46] *And I find it inconsistent with these values to subordinate the finality of a "valid" determination by the Tribunal, in "proceedings brought against an administrative authority", to further contestation by the state in the hope that another panel of the same Tribunal might have decided otherwise.*

[47] *Of this I am above all else convinced: Section 154(3) of the ARAJ was not intended to empower one panel of the TAQ to revoke or revise the decision of another panel of the TAQ simply because it takes a different view of the facts, the relevant statutory provisions, or the applicable regulations.*

²¹ *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490, 18 août 2003, (Arrêt Godin).

²² Article 154 (3) de la *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3.

[48] The second panel may only intervene where it can identify a fatal error in the impugned earlier decision. By the very terms of the provision, the error must, on account of its significance, be "of a nature likely to invalidate the decision", within the meaning of section 154(3).

[49] And I would ascribe to the verb "invalidate", in this context, the meaning given to its corresponding adjective by the Canadian Oxford Dictionary: invalid 1. not officially acceptable or usable, esp. having no legal force. 2. not true or logical; not supported by reasoning (an invalid argument).

[...]

[50] In short, section 154(3) does not provide for an appeal to the second panel against findings of law or fact by the first. On 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.

[51] Accordingly, the Tribunal commits a reviewable error when it revokes or reviews one of its earlier decisions merely because it disagrees with its findings of fact, its interpretation of a statute or regulation, its reasoning or even its conclusions. Where there is room on any of these matters for more than one reasonable opinion, it is the first not that last that prevails.

[...]

[74] Moreover, section 154(3) does not create a right of appeal to the second panel against a finding of fact or of law by the first. It provides, rather, for 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. »

Il y a lieu également de référer aux motifs suivants de la juge Rousseau-Houle dans cette même cause :

« [135] *Le choix de rectification interne, tel qu'exprimé par la disposition de l'art. 154 L.J.A., ne fait que traduire la volonté du législateur que les décisions qui doivent lier les parties au terme du processus décisionnel mis en place dans le cadre de la Loi sur l'assurance automobile soient rendues par le TAQ et qu'elles soient conformes à cette loi.*

[136] Le pouvoir de révision n'équivaut pas à un appel sur des questions de droit ou de fait. Il ne peut non plus être comparé au pouvoir de révision judiciaire des tribunaux supérieurs puisque seule la Cour supérieure a un pouvoir d'intervention sur des questions de compétence d'un tribunal inférieur. Ainsi que l'exprime justement, à mon avis, le professeur Garant, l'application indistincte du test de l'erreur manifestement déraisonnable, pour interpréter la notion de vice de fond comme motif de révision, retirerait toute utilité au recours en révision interne puisque celui-ci serait alors assujéti aux mêmes conditions que le recours en révision judiciaire [39]. Ce n'est donc pas, du moins en principe, sous l'angle de la déférence plus ou moins grande qui doit être apportée à la première décision que s'examinerait l'exercice du pouvoir de révision du TAQ concrétisé dans sa décision.

[137] Le pouvoir de révision du TAQ est un pouvoir de redressement ou de réparation de certaines irrégularités ou erreurs qui peuvent affecter une première décision et ce, dans le but d'assurer que la décision qui sera rendue au terme du processus décisionnel administratif soit, dans toute la mesure du possible, la décision la plus conforme à la Loi.

*[138] Le législateur a permis à cette fin que le TAQ puisse réviser une décision affectée d'un vice de fond qui est de nature à invalider la décision. Cette notion a été ainsi définie par le juge Rothman dans *Épiciers unis Métro-Richelieu c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1996] R.J.Q. 608, aux pages 613-614 [...]*

[...]

[140] Notre Cour a reconnu que cette notion 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.

[141] Sous prétexte d'un vice de fond, le recours en révision ne doit pas être une répétition de la procédure initiale ni un appel déguisé sur la base des mêmes faits et arguments. La partie qui y a recours doit alléguer précisément l'erreur susceptible d'invalider la première décision. » (Nous soulignons)

En résumé :

- L'article 37 (3) de la Loi — l'équivalent de l'article 154 (3) de la *Loi sur la justice administrative* — 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 pertinente.

4.2 VICES DE FOND ALLÉGUÉS

4.2.1 PROVISION RÉGLEMENTAIRE 2004

La Régie constate que le Distributeur n'apporte aucun motif à l'appui de sa prétention quant à l'existence d'un vice de fond eu égard au rejet de la provision réglementaire 2004. La Régie prend acte que le Distributeur ne recherche aucune conclusion en révision à cet égard.

4.2.2 TRANSFERT DES COÛTS D'APPROVISIONNEMENT POSTPATRIMONIAUX (PASS ON)

Le dispositif de la Décision à cet égard est le suivant :

*« **AUTORISE**, pour le présent dossier, la création d'un compte de frais reportés pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2005, portant intérêts au taux autorisé sur la base de tarification du Distributeur, afin d'y comptabiliser une partie des coûts de fourniture postpatrimoniaux, selon les conditions établies dans la présente décision; » (Nous soulignons).*

Les conditions établies dans la Décision sont les suivantes :

« Dans les circonstances, pour le présent dossier, la Régie opte pour une protection partielle contre les risques associés aux approvisionnements. La Régie autorise le Distributeur à créer un compte de pass on qui couvrira l'ensemble des risques d'approvisionnement auxquels fait face le Distributeur, au-delà d'un seuil équivalant à un aléa climatique de +/- un écart type, soit 1,9 TWh.

Ainsi, pour 2005, si le Distributeur doit satisfaire des besoins qui excèdent la prévision de la demande d'un volume de 1,9 TWh, en plus ou en moins, la Régie l'autorise à verser au compte de pass on les montants correspondants aux volumes excédant le seuil fixé, multipliés par le coût moyen des approvisionnements postpatrimoniaux. Le Distributeur devra également exclure de ce calcul les montants déjà couverts par des CFR, soit ceux associés au tarif BT et à l'électricité interruptible.

La Régie demande au Distributeur d'accumuler sur une base mensuelle les informations sur les écarts proposées en preuve. Le Distributeur devra également documenter le fonctionnement du compte de pass on et présenter le tout dans le cadre du prochain dossier tarifaire.

Le prochain dossier tarifaire devra aussi inclure un examen complet du compte de pass on pour la fourniture ainsi que des mécanismes de nivellement des revenus de transport et de distribution découlant des écarts entre les ventes réelles et les ventes projetées. Cet examen devra également mettre en lumière comment un compte de pass on pour la fourniture permet de maintenir, pour le Distributeur, un incitatif à minimiser ses coûts d'approvisionnement.

En ce qui concerne les modalités d'imputation et de disposition du compte de pass on, la Régie favorise l'utilisation du coût et du revenu par catégorie tarifaire, étant donné que ceux-ci varient considérablement d'une catégorie à l'autre.

Par ailleurs, la Régie souligne, à titre d'exemple, que dans les juridictions où de tels comptes ont été institués, des mécanismes prévoyant leur disposition dans les tarifs sur une base semestrielle, trimestrielle, voire mensuelle, ont été instaurés afin de limiter l'ampleur des sommes pouvant être accumulées dans ces comptes et par la suite facturées aux clients. La Régie demande au Distributeur de se pencher sur cet aspect du mécanisme et de lui faire part de

ses réflexions dans le cadre du prochain dossier tarifaire »²³ (Nous soulignons)

Les extraits suivants permettent de circonscrire les motifs de la première formation :

« [...] Ces comptes de pass on permettent d'indemniser le Distributeur de toute conséquence d'une variation des coûts de fourniture [...] visent à limiter le risque des distributeurs associé à des éléments hors de leur contrôle [...]

[...] le recours à un tel mécanisme doit être située dans son contexte propre et reposer sur l'analyse de l'ensemble des risques auquel est soumis un Distributeur [...]

[...] La Régie doit tenir compte du fait que le Distributeur est en mesure de contrôler certains éléments de ce risque [...]

Plusieurs autres considérations doivent aussi être prises en compte. La Régie juge qu'elle n'a pas obtenu suffisamment de preuve sur le reste de l'environnement de risque du Distributeur, notamment les variations des revenus de transport et de distribution qui accompagnent toute variation des volumes de ventes et qui ont un impact inverse sur le rendement du Distributeur.

La Régie est aussi soucieuse du lien entre l'établissement du taux de rendement octroyé et une modification des risques assumés par le Distributeur. Toutefois, la méthode de détermination du rendement du Distributeur n'est pas un sujet à l'étude dans ce dossier.

De plus, la Régie manque d'information sur les incitatifs qui favorisent une meilleure gestion des approvisionnements, plus particulièrement dans le contexte où la gestion d'approvisionnement postpatrimonial est une activité nouvelle pour le Distributeur.

Toutefois, la Régie est sensible aux risques financiers auxquels serait soumis le Distributeur, dans le cas où aucune protection ne lui était accordée et où les coûts d'approvisionnement s'avéraient en réalité différents du budget soumis pour 2005. »²⁴

²³ Décision D-2005-34, dossier R-3541-2004, 24 février 2005, page 48 et suivantes.

²⁴ Décision D-2005-34, dossier R-3541-2004, 24 février 2005, pages 48 et 49.

Pour les raisons expliquées ci-après, la Régie retient comme bien fondé le motif de révision allégué au paragraphe 20 de la requête du Distributeur :

« 20. Finalement, le pass on partiel accordé par la Régie ne permet pas de refléter les « coûts réels des contrats d'approvisionnement conclus par le distributeur d'électricité pour satisfaire les besoins des marchés québécois qui excèdent l'électricité patrimoniale » et, de ce fait, **ne respecte pas la méthodologie prescrite par l'article 52.2 de la Loi**, plaidée au soutien de la preuve du Distributeur. »

La Décision a fixé les tarifs pour l'année tarifaire 2005 sur la base des coûts projetés par le Distributeur, notamment au niveau de l'électricité patrimoniale et des contrats postpatrimoniaux. Cette partie de la Décision n'est pas contestée. Le problème qui se pose est au niveau du traitement des écarts entre les coûts encourus en cours d'année tarifaire et les coûts projetés lors de la fixation des tarifs.

Dans la Décision, la première formation a opté pour une solution faisant supporter au Distributeur, pour l'année 2005, les écarts pouvant survenir en cours d'année entre les coûts réels et les coûts projetés. La Régie limite toutefois ce risque à l'équivalent d'un écart-type ou 1,9 TWh.

Cette partie de la Décision est examinée quant à sa conformité à la Loi.

La Loi stipule à l'article 52.1 que, lorsqu'elle fixe un tarif de distribution d'électricité, la Régie tient compte des coûts de fourniture et des frais de transport, des revenus requis de distribution et des paragraphes 6° à 10° du premier alinéa de l'article 49 et du deuxième alinéa de ce même article. À cet égard, la Régie doit, entre autres, s'assurer que les tarifs en découlant sont justes et raisonnables.

Lorsqu'elle fixe ou modifie des tarifs, la Régie jouit donc d'une certaine discrétion à l'égard de l'ensemble des coûts encourus par le Distributeur. Elle doit porter un jugement sur la pertinence de ces coûts et, notamment, se prononcer sur leur caractère nécessaire et leur prudence. À cet égard, la Régie peut édicter les règles applicables en matière de stratégies et de pratiques d'approvisionnement. Elle peut également s'assurer *a posteriori* que ces exigences ont été respectées.

La méthodologie à suivre pour fixer le tarif, quant à elle, est explicite. L'article 52.2 de la Loi prévoit en effet que les coûts de fourniture d'électricité visés par l'article 52.1 de la Loi sont établis par la Régie en additionnant le coût de fourniture de l'électricité patrimoniale et les coûts réels des contrats d'approvisionnement conclus par le Distributeur pour satisfaire les besoins qui excèdent l'électricité patrimoniale.

La notion de « *coût réel* » réfère aux coûts réellement engagés par opposition aux coûts établis sur une base prévisionnelle. L'utilisation dans le libellé de l'article 52.2 d'un terme aussi précis laisse peu de place à l'interprétation. Pour être conforme à la Loi, la procédure d'établissement des coûts de fourniture d'électricité aux fins de la fixation du tarif de distribution d'électricité doit reposer sur l'utilisation des coûts réellement engagés par le Distributeur.

En faisant supporter par le Distributeur les écarts de coûts réels se situant à l'intérieur d'un écart-type, la Décision a pour conséquence de priver l'article 52.2 de son effet utile, tout au moins pour l'année tarifaire 2005, c'est-à-dire que les coûts d'approvisionnement ne seront pas établis par l'addition des coûts de l'électricité patrimoniale et des coûts réellement engagés pour les contrats qui excèdent l'électricité patrimoniale. Une telle approche n'est pas conforme aux dispositions de l'article 52.2 de la Loi.

Enfin, lorsque la Régie est appelée à fixer ou modifier un tarif de transport ou à établir un revenu requis pour assurer l'exploitation du réseau de distribution d'électricité, elle peut, suivant les dispositions du dernier alinéa de l'article 49 de la Loi, « *également utiliser toute autre méthode qu'elle estime appropriée* ». Il y a lieu de souligner que la Régie n'a pas cette flexibilité lorsqu'elle établit la composante « *coûts de fourniture d'électricité* » du tarif de distribution d'électricité. En effet, le premier alinéa de l'article 52.1 ne prévoit pas que la Régie puisse utiliser, lorsqu'elle fixe un tarif de distribution, une méthode autre que celle prescrite à ce même article, soit tenir compte des coûts de fourniture d'électricité établis suivant les prescriptions de l'article 52.2, contrairement à ce qui prévaut à l'article 49 lorsque la Régie fixe un tarif de transport ou à l'article 52.3 lorsqu'elle fixe le revenu requis pour assurer l'exploitation du réseau de distribution. Dans ces deux derniers cas, le dernier alinéa de l'article 49 est applicable si nécessaire.

Dans cette optique, l'expression « *tenir compte des coûts de fourniture* » mentionnée à l'article 52.1 ne saurait mener à l'utilisation d'une règle autre que celle prévue à l'article 52.2.

En conséquence de ce qui précède, la méthode prescrite dans la Décision est jugée non conforme aux dispositions de ces articles prévues à la Loi et son application en 2005 constitue un vice de fond de nature à invalider cette partie de ladite décision.

La présente formation conclut que, pour donner effet aux articles 52.1 et 52.2, la Décision doit être révisée et le Distributeur doit être autorisé à comptabiliser dans un CFR la totalité des écarts de coûts d'approvisionnement postpatrimoniaux qu'il pourra encourir au cours de l'année 2005 nets des revenus perçus attribuables à la composante fourniture, de façon à ce que la Régie puisse ultérieurement, lors de l'analyse du dossier

tarifaire, disposer du solde de ce compte. Les modalités d'imputation des écarts demeurent toutefois celles établies par la Régie dans la Décision à la page 50.

Comme la présente formation conclut à l'existence d'un vice de fond relié à l'application des articles 52.1 et 52.2, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur les autres motifs invoqués à l'appui de la demande en révision, d'autant plus que ces derniers touchent des questions de fond qui se retrouvent au cœur même de la juridiction de la Régie en matière de régulation économique. Comme mentionné par la plupart des intervenants, ces questions peuvent donner lieu à de multiples approches et la Régie jouit d'une large part de discrétion à cet égard.

La présente décision n'affecte aucunement la possibilité pour la Régie de faire l'examen de l'ensemble des préoccupations retenues dans ladite Décision, dans la mesure où les dispositions des articles 52.1 et 52.2 sont respectées.

Enfin, la présente décision ne modifie en rien le tarif de distribution applicable en 2005. Le tarif de l'année 2006 pourra, pour sa part, être affecté à la hausse ou à la baisse, selon la teneur des écarts observés et des modalités de disposition de ce compte qui auront été retenues.

4.3 COÛT D'APPROVISIONNEMENT DU TARIF BT POUR DÉCEMBRE 2004

Le dispositif de la Décision à cet égard se lit comme suit :

« RECONNAÎT, en partie, les coûts d'approvisionnement du tarif BT pour la période du 1^{er} au 31 décembre 2004 et, entièrement, ceux pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2005 ».

Les motifs justifiant cette décision sont les suivants :

« La Régie aborde la question du coût d'approvisionnement du tarif BT en deux temps. D'abord, elle dispose du coût pour décembre 2004 et, par la suite, celui pour l'année 2005.

Coût d'approvisionnement pour décembre 2004

Dans sa décision D-2004-47, la Régie mentionne que le balisage présenté par le Distributeur au soutien du coût de 7,3 ¢/kWh ne la convainc pas que le coût

d'approvisionnement négocié avec le Producteur est un coût juste et raisonnable puisque :

« D'une part, le Distributeur indique que ni l'effacement de la pointe ni la possibilité de rappel prévus au tarif BT n'ont été considérés lors de ses négociations avec le Producteur, étant donné que, dans les faits, la fourniture n'est pas interruptible pour l'année 2004 et qu'il n'y a pas d'effacement à la pointe. D'autre part, la Régie retient, dans la présente décision, la proposition du Distributeur en matière d'allocation de coûts de transport et de distribution, laquelle suppose un tarif BT qui s'efface à la pointe, tel que prévu au Règlement tarifaire numéro 663 du Distributeur, et qui, donc, ne supporte aucun de ces coûts.

De plus, la Régie note que le Distributeur ne semble pas avoir démontré d'intérêt pour s'approvisionner sur les marchés externes alors que l'échéance du 1^{er} décembre 2003 était connue de longue date. Cette inaction laissait le Distributeur aux prises avec une seule possibilité d'approvisionnement. »

Par cohérence pour l'ensemble du dossier, la Régie estimait alors qu'il fallait reconnaître pour le tarif BT un coût d'approvisionnement correspondant à un produit doté des mêmes attributs d'effacement en pointe et de rappel que ceux utilisés aux fins d'allocation des coûts de transport et de distribution, et définis au Règlement 663 d'Hydro-Québec établissant les tarifs d'électricité et les conditions de leur application (le Règlement tarifaire) du Distributeur. Sur la base des analyses présentées dans le dossier, la Régie estimait qu'un prix de 6 ¢/kWh était raisonnable pour les fins du calcul du déficit à comptabiliser dans le CFR.

Dans le présent dossier, le Distributeur demande la reconnaissance d'un coût d'approvisionnement pour le tarif BT de 7,3 ¢/kWh allant du 1^{er} au 31 décembre 2004. Outre les ajustements requis afin de refléter la hausse des volumes contractuels attribuables à la consommation de cette clientèle au mois de décembre, il ne s'agit que du prolongement de l'entente d'approvisionnement conclue avec le Producteur au mois d'août 2003. Comme dans le dossier précédent, ni l'effacement de la pointe, ni la possibilité de rappels prévus au tarif BT n'ont été considérés lors des négociations avec le Producteur. Le Distributeur est toujours aux prises, pour décembre 2004, avec une seule possibilité d'approvisionnement.

Dans les circonstances, la Régie ne peut qu'évaluer le coût sur la même base qu'elle l'a fait dans le dernier dossier tarifaire. La Régie juge qu'un prix de

6 ¢/kWh est raisonnable pour les fins du calcul du déficit à comptabiliser dans le CFR pour le mois de décembre 2004 »²⁵ (Nous soulignons)

En révision, comme nous l'avons souligné précédemment en référant à l'Arrêt Godin, la notion de vice de fond de nature à invalider la décision doit être interprétée assez largement pour permettre la révision 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 pertinente.

La seule preuve dont la première formation disposait au soutien du prix applicable à la prolongation, en décembre 2004, du contrat intervenu entre le Distributeur et Hydro-Québec production était celle soumise par le Distributeur. Cette preuve montrait qu'un prix de 7,3 ¢/kWh pouvait se justifier en fonction des prix observés sur les marchés au cours du mois de décembre 2004. Par ailleurs, le prix obtenu pour la période débutant en janvier 2005 à la suite d'un appel d'offres de court terme s'élevait à 7,5 ¢/kWh. Aucune autre preuve n'a été soumise à cet égard.

Pour décembre 2004, la première formation mentionne que, dans les circonstances propres au dossier, soit la demande de prolongation d'une entente, l'absence de prise en considération de la possibilité d'effacement en pointe et de rappels prévus au tarif BT et l'existence d'une seule possibilité d'approvisionnement, elle ne pouvait qu'évaluer le coût sur la même base qu'elle l'avait fait dans le dernier dossier tarifaire. Elle mentionne qu'un prix de 6 ¢/kWh est raisonnable pour le mois de décembre sans apporter quelque autre motif.

La première formation n'explique ou ne précise aucunement comment elle a établi le coût de 6 ¢/kWh à partir de la preuve et du contexte devant elle.

Selon la présente formation, la conclusion selon laquelle un coût de 6 ¢/kWh était raisonnable pour décembre 2004 n'a pu être établie qu'à partir de la preuve au dossier R-3492-2002 ou de certains éléments de ladite preuve. Aucune preuve ou éléments de preuve au dossier R-3541-2004 ne permettait d'en arriver à une telle décision.

Le fait qu'il s'agissait d'une demande de prolongation d'une entente antérieure ne justifiait pas, à lui seul, de considérer l'évaluation faite par la Régie dans le dossier R-3492-2002 comme étant toujours valable dans le contexte propre au dossier

²⁵ Décision D-2005-34, dossier R-3541-2004, 24 février 2005, pages 100 et 101.

R-3541-2004. En effet, la décision relative au dossier R-3492-2002 ne portait pas sur la détermination d'un principe réglementaire applicable dans le futur, mais plutôt sur la détermination, à l'aide des faits à ce dossier, d'un prix pour un service donné et pour une période bien précise.

En pareil cas, le fait d'utiliser la preuve du dossier précédent sans donner au Distributeur ou aux intervenants l'opportunité de présenter leurs observations sur la pertinence des faits considérés constitue un vice de fond sérieux portant sur l'établissement du coût applicable en décembre 2004.

Ces divers facteurs ont joué un rôle déterminant dans l'établissement du coût d'approvisionnement des clients du tarif BT pour le mois de décembre 2004. La présente formation conclut que le critère de révision est rencontré. La Décision doit être révisée à cet égard et un coût d'acquisition de 7,3 ¢/kWh pour l'approvisionnement des clients au tarif BT en décembre 2004 basé sur la seule preuve au dossier doit être utilisé pour les fins du calcul de déficit à comptabiliser dans le CFR pour le mois de décembre 2004.

La présente décision n'affecte en rien le tarif applicable en 2005. Un montant additionnel de l'ordre de 2,5 millions de dollars pourra toutefois être récupéré au cours des années suivantes.

VU ce qui précède;

La Régie de l'énergie²⁶ :

ACCUEILLE la demande en révision;

RÉVISE la décision D-2005-34 et **AUTORISE** le Distributeur à comptabiliser, à même le compte de frais reportés créé par la décision D-2005-34, les écarts nets reliés aux coûts d'approvisionnement au-delà de volume d'électricité patrimoniale;

²⁶ Un des régisseurs étant dans l'incapacité d'agir, la présente décision est rendue par deux régisseurs conformément aux dispositions de l'article 17 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (L.R.Q., c. R-6.01.)

RÉVISE la décision D-2005-34 et **RECONNAÎT** un coût d'approvisionnement de 7,3 ¢/kWh pour l'approvisionnement des clients au tarif BT pour la période du 1^{er} au 31 décembre 2004.

Richard Carrier
Régisseur

Gilles Boulianne
Vice-président

Représentants :

- Hydro-Québec représentée par M^e Éric Fraser;
- Association coopérative d'économie familiale de Québec (ACEF de Québec) représentée par M. Richard Dagenais;
- Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI) représentée par M^e André Turmel;
- Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAME) représenté par M. Jean-François Lefebvre;
- Option consommateurs (OC) représentée par M^e Stéphanie Lussier;
- Stratégies énergétiques et Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (S.É./AQLPA) représenté par M^e Dominique Neuman;
- Union des consommateurs (UC) représentée par M^e Eve-Lyne H. Fecteau;
- M^e Richard Lassonde pour la Régie de l'énergie.