

C A N A D A

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC

District de Montréal

No. R-3809-2012

SOCIÉTÉ EN COMMANDITE GAZ MÉTRO, société dûment constituée, ayant sa principale place d'affaires au 1717, rue du Havre, en les ville et district de Montréal, province de Québec,

(ci-après la «Demanderesse» ou «Gaz Métro»),

ARGUMENTATION DE GAZ MÉTRO

LA DEMANDERESSE DÉCLARE RESPECTUEUSEMENT CE QUI SUIT :

D) PLAN D'APPROVISIONNEMENT

1. Demande d'approbation faite en vertu de l'article 72 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (ci-après la «Loi») et du *Règlement sur la périodicité et la teneur du plan d'approvisionnement* (le «Règlement») ainsi que suite à des suivis ordonnés par la Régie;
2. Les faits saillants du présent dossier sont nombreux. Ils sont décrits de façon exhaustive dans la preuve versée au dossier qui est constituée des pièces suivantes et des témoignages rendus durant l'instance :

Cote Gaz Métro		Cote Régie
Gaz Métro	Doc.	
1	1	B-0062
1	2	B-0006
1	3	B-0007
1	4	B-0063
1	5	B-0009
1	6	B-0010
1	7	B-0064
1	8	B-0012
1	9	B-0013
1	10	B-0066
1	11	B-0067
1	12	B-0068
1	13	B-0017
1	14	B-0069

Cote Gaz Métro		Cote Régie
Gaz Métro	Doc.	
1	15	B-0019
1	16	B-0070
5	1	B-0092, Q/R 1 à 23
5	2	B-0083, Q/R 1 à 5
5	3	B-0084, Q/R 1 à 6
5	4	B-0042, Q/R 8
5	5	B-0043, Q/R 1-1 à 1-13
5	7	B-0096, Q/R 1 à 17
5	8	B-0075, Q/R 1 à 5
5	9	B-0047, Q/R 1 à 7
5	10	B-0094, Q/R 1 à 7
5	11	B-0102, Q/R 1 et 2
5	12	B-0104

A) LE PLAN D'APPROVISIONNEMENT 2013-2015

3. Dans l'élaboration de son plan, Gaz Métro poursuit deux objectifs : assurer un approvisionnement sécuritaire tout en veillant à ce que le coût d'utilisation du gaz naturel soit le plus bas possible pour ses clients et concurrentiel avec celui des énergies alternatives :

→Gaz Métro-1, Document 1 (B-0062), p. 57.

4. Pour sa part, la Régie cherche à s'assurer que :

« [...] le plan d'approvisionnement est optimal et qu'il conduit à l'établissement de tarifs justes et raisonnables pour les consommateurs et que son impact sur le rendement de l'actionnaire est tout aussi raisonnable. En conséquence, l'approbation du plan d'approvisionnement doit s'effectuer non seulement en s'assurant que les consommateurs aient les approvisionnements suffisants, mais également en considérant son impact sur la fixation des tarifs et sur les principes qui sous-tendent. »¹

i. La prévision de la demande

5. Les pièces fournissent l'ensemble des renseignements utilisés afin d'effectuer les prévisions de la demande en gaz naturel par la clientèle durant les années du plan 2013, 2014 et 2015;
6. De l'avis de Gaz Métro, les prévisions faites découlent de méthodes et de façons de faire qui ont fait leur preuve. Elles sont de par leur nature sujettes à changements et évolutions au gré d'un ensemble de circonstances que Gaz Métro ne contrôle pas;
7. La proposition de SÉ-AQLPA relative à la prévision de la demande pour les clients VGE nous apparaît inappropriée considérant les explications fournies en audience au sujet de la méthode employée pour y arriver :

→Témoignage en chef de Caroline Dallaire, 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), pp. 19-22.

ii. Les outils d'approvisionnement afin de répondre à la prévision de la demande

8. De la prévision de la demande découlent les débits associés à la journée de pointe et à l'hiver extrême de même que les outils nécessaires afin de répondre à la demande;
9. Conformément à la décision D-2009-156, Gaz Métro a fixé le débit à contracter en fonction du maximum entre ces deux débits, soit 29 441 m³/j qui représente le débit pour répondre à l'hiver extrême;

¹ D-2010-144, p. 29, § 104.

-
10. Afin d'être en mesure de répondre à cette demande, Gaz Métro a identifié les outils dont elle disposait et a ensuite envisagé divers scénarios; elle a ultimement évalué le coût de 2 scénarios pour en retenir un;
 11. L'un des scénarios évalués prévoit des achats de FTLH et de FTSH;
 12. L'autre scénario est celui dont l'approbation est demandée à la Régie de l'énergie et prévoit un retour de FTLH en 2013, remplacé par du transport sur le marché secondaire, et, pour les années 2014 et 2015, l'échange convenu avec la tierce partie dont les termes ont été dévoilés avec la réponse à la question 3 de la demande de renseignements n° 1 de la Régie :
 - Gaz Métro-5, Document 1 (B-0092), Q/R 3, p. 5.
 13. La question de savoir si la décision de procéder à la transaction d'échange était la bonne d'un point de vue financier a été soulevée lors des audiences;
 14. Pourtant, il est non contesté dans la preuve que la transaction d'échange entraîne une économie substantielle de coûts pour la clientèle :
 - a. 22,3M\$ en 2014 et 23,8M\$ en 2015;
 - Gaz Métro-1, Document 1 (B-0062), section 9.1.6, pp. 82-86 et Document 12 (B-0068).
 - b. Le prix auquel s'est faite la transaction, divulgué sous pli confidentiel, démontre que Gaz Métro a su tirer profit des opportunités sur le marché et ce, à l'entier bénéfice de la clientèle.
 15. Par ailleurs, certains intervenants ont exprimé des inquiétudes au sujet de la sécurité d'approvisionnement associée à deux transactions d'échange, laissant notamment entendre que les cocontractants de Gaz Métro devraient détenir du transport primaire;
 16. De l'avis de Gaz Métro, ces inquiétudes ne sont pas fondées :
 - a. Pour ce qui est du cocontractant lié par le contrat de l'annexe 7 de la pièce Gaz Métro-5, Document 7 (B-0096), il dispose d'un contrat de transport primaire :
 - Témoignage Frédéric Morel, 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), p. 132.
 - b. Exiger du cocontractant lié par le contrat de l'annexe 6 de la pièce Gaz Métro-5, Document 7 (B-0096), qu'il dispose d'un contrat de transport primaire, ce que Gaz Métro ne peut confirmer ou infirmer, dénuerait le marché secondaire de tout sens:
 - Témoignage Frédéric Morel, 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), pp. 130-131.

-
- c. Gaz Métro fait affaires depuis plusieurs années avec le cocontractant lié par le contrat qui se trouve à l'annexe 6 de la pièce Gaz Métro-5, Document 7 (B-0096) :
- Témoignage Frédéric Morel, 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), p. 130.
- d. Les cocontractants de Gaz Métro sont des entreprises présentant d'excellentes notations de crédit ce qui indique notamment qu'elles respectent leurs obligations contractuelles :
- Gaz Métro-5, Document 7 (B-0096), Annexes 8 et 9.
17. De l'avis de Gaz Métro, le scénario retenu optimise le rapport sécurité d'approvisionnement de la clientèle/prix. Elle demande donc à la Régie d'approuver le plan d'approvisionnement soumis;
18. Par ailleurs, la structure d'approvisionnement pour l'année 2013 requiert toujours que des capacités de transport à partir d'Empress soient conservées afin de permettre aux clients en achat direct d'acheminer leur gaz naturel dans le territoire de Gaz Métro;
19. L'achat de fourniture à Dawn pour le gaz de réseau et son acheminement depuis ce point exige donc toujours de ventiler le prix de la fourniture achetée à Dawn en F, C, T et É pour permettre leur récupération dans les tarifs;
20. Il est donc nécessaire de fonctionnaliser les achats de fourniture faits à Dawn pour le gaz de réseau;
21. Considérant le déplacement de la structure d'approvisionnement vers Dawn dont on demande l'autorisation pour le 1^{er} novembre 2015, Gaz Métro propose que la méthode de fonctionnalisation autorisée par la Régie l'an dernier dans sa décision D-2011-164 soit reconduite pour les années 2013, 2014 et 2015;
22. Gaz Métro s'est par ailleurs engagée à proposer dans le cadre de la cause tarifaire 2014 une nouvelle méthode de fonctionnalisation qui pourrait s'appliquer à compter du 1^{er} novembre 2015;

B) LE PROJET MULTIPPOINT

23. Dans sa décision D-2011-164, la Régie a ordonné à Gaz Métro « de présenter [...] une solution globale à la problématique des approvisionnements multipoint des clients en achat direct »²;
24. Le groupe de travail constitué par la Régie dans sa décision D-2011-164 a tenu deux rencontres et ce, en présence du personnel technique;

² D-2011-164, § 41.

25. La réflexion autour de ce projet a amené Gaz Métro à considérer plusieurs pistes de solution dans le cadre de la structure d'approvisionnement actuelle;
- Gaz Métro-1, Document 16 (B-0070), p. 18, section 6.4.
26. Pour chacune des pistes de solution envisagée, Gaz Métro a tenu compte de 4 grands principes :
- Équité entre les clients de gaz de réseau et les clients en achat direct;
 - Équité entre les clients utilisant le service de transport de Gaz Métro et ceux utilisant leur propre service de transport;
 - Faisabilité et simplicité du processus;
 - Développement d'une approche s'adaptant facilement aux modifications futures de la structure d'approvisionnement.
27. Dans le cadre de la structure d'approvisionnement actuelle, Gaz Métro a analysé 2 méthodes, soit celle du « premier arrivé – premier servi » et celle au « prorata des achats de fourniture »;
28. L'analyse approfondie de ces deux méthodes a résulté en la conclusion qu'avec la structure d'approvisionnement actuelle, elles ne procuraient aucun gain mais ajoutaient de nombreuses contraintes;
- La fonctionnalisation des divers coûts de F et T aurait fait en sorte qu'ultimement, le prix payé par les clients en achat direct demeurerait le même que celui payé actuellement. Arriver à un autre résultat créerait de l'iniquité entre les clients ce que Gaz Métro ne souhaite pas;
- Gaz Métro-5, Document 1 (B-0092), p. 34, Q/R 18. 3.
- Attentes des clients en achat direct atteintes seulement en partie;
 - Complexification des CS&T.
29. C'est pourquoi Gaz Métro en est venue à la conclusion que le projet multipoint tel qu'entendu à l'heure actuelle (possibilité pour les clients en achat direct de livrer leur gaz à Empress ou ailleurs) n'était pas viable. Elle propose donc à la Régie d'abandonner ce projet;
30. Cette conclusion est appuyée par l'ACIG qui compte dans ses rangs plusieurs des clients les plus importants de Gaz Métro qui sont en achat direct;
- C-ACIG-0008, pp. 7-8;
- C-OC-0010, p. 6.

C) LE DÉPLACEMENT DE LA STRUCTURE D'APPROVISIONNEMENT VERS DAWN

31. Pour Gaz Métro, le déplacement de sa structure d'approvisionnement est dicté par deux grands principes qui constituent le fondement même de son plan d'approvisionnement :

- a. La sécurité d'approvisionnement;
- b. L'optimisation des coûts associés aux outils d'approvisionnement.

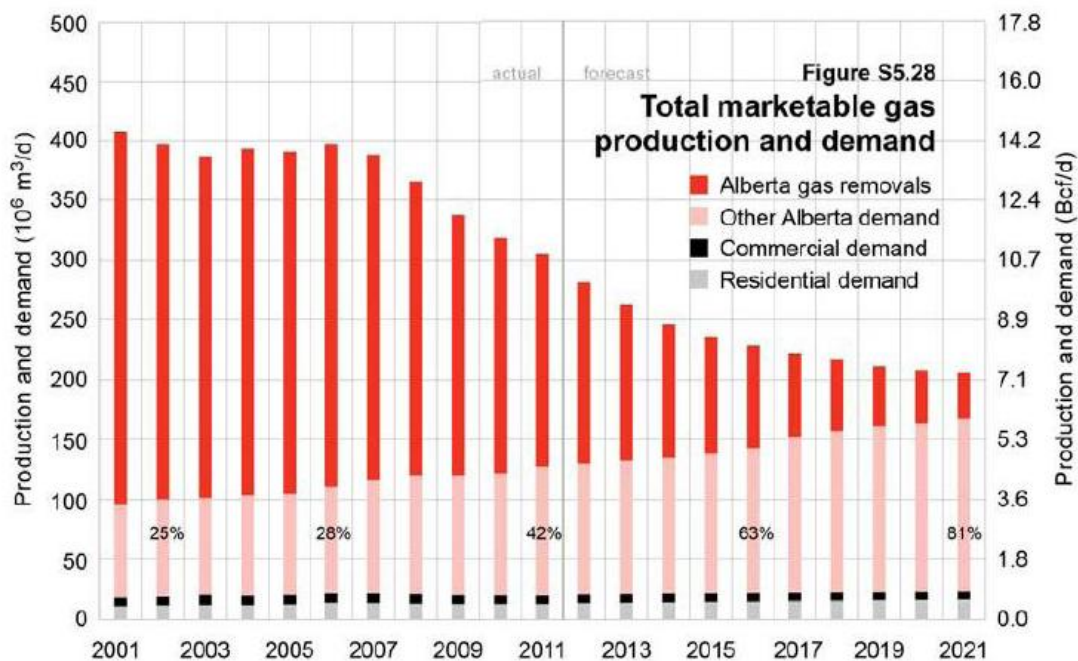
32. Au sujet de la sécurité d'approvisionnement, sur un horizon moyen-long terme, les prévisions de volumes de gaz naturel disponibles en provenance du BSOC pour consommation à l'extérieur de l'Alberta, y compris le Québec, diminuent de façon significative;

→Contre-interrogatoire de Frédéric Morel, 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), pp. 117 à 119;

→Contre-interrogatoire de Frédéric Morel, 6 novembre 2012, Vol. 2 (A-0042), p. 135;

→Interrogatoire en chef de Brigitte Blais, 8 novembre 2012, Vol. 4 (A-0048), p. 14;

→Gaz Métro-5, Document 5 (B-0043), Q/R 1-7a).



Source : Energy Resources Conservation Board, Alberta

-
33. Quant à l'aspect des coûts, Gaz Métro a entrepris depuis 2003, d'acheter une portion de plus en plus grande de gaz de réseau à Dawn; ce déplacement des achats de gaz de réseau a résulté en un mouvement à la baisse des coûts facturés à la clientèle utilisant le service de transport de Gaz Métro;
34. Plus récemment, l'analyse de Gaz Métro des conditions de marché l'a incité à vouloir poursuivre ce déplacement afin d'éventuellement transférer la totalité de ses approvisionnements à Dawn :
- a. Diminution importante de l'écart entre les différentiels Dawn/Henry Hub et AECO/Henry Hub :
→ Gaz Métro-1, Document 1 (B-0062), Graphiques 7 et 8, pp. 22 et 23 et Document 16 (B-0070), Graphiques 1 et 2, pp. 6 et 7.
 - b. Tout considéré, l'écart entre les deux différentiels se situe entre 0,70\$/GJ et 0,90\$/GJ, soit une valeur inférieure au tarif actuel de TCPL qui est de 1,897\$/GJ (Empress/Dawn):
→ Gaz Métro-1, Document 16 (B-0070), p. 7.
 - c. Malgré les modifications tarifaires proposées par TCPL (tarif à 1,149\$/GJ), le déplacement à Dawn résulte en des économies qui seront significatives;
 - d. Par ailleurs, la refonte tarifaire proposée par TCPL aura un effet à la hausse sur le prix de la fourniture à AECO, ce qui ferait augmenter les bénéfices pour les clients après le déplacement à Dawn :
→ Gaz Métro-5, Document 7 (B-0045), p. 3.
35. Gaz Métro est toutefois arrivée à la limite des achats qu'elle peut effectuer à Dawn. En effet, les capacités de transport qu'elle conserve à partir d'Empress le sont pour transporter les volumes de gaz naturel des clients en achat direct qui, aux termes des conditions de service, doivent livrer leur gaz à Empress (ou à GMi-EDA);
36. Gaz Métro a donc décidé de transférer en totalité sa structure d'approvisionnement vers Dawn; à cette fin, Gaz Métro souhaitait informer la Régie avant de demander à TCPL et Union de lui fournir des capacités de transport additionnelles;
37. Cependant, à la surprise de Gaz Métro, Union et TCPL ont respectivement lancé les 13 et 30 mars 2012, un appel d'offres visant de nouvelles capacités de transport;

-
38. Après réflexions et analyses, Gaz Métro a décidé de soumissionner dans le cadre de ces appels d'offres et ses soumissions ont été acceptées :
- a. Approvisionnement à un point où la disponibilité du gaz naturel est croissante;
 - b. Responsabilité de Gaz Métro de poser les gestes nécessaires afin de diminuer :
 - i. La portion des clients des coûts de transport. Si Gaz Metro reste à Empress, elle court le risque d'être la dernière à utiliser la conduite et à devoir en assumer l'entièreté des coûts ce qui est inacceptable;
 - ii. Sa vulnérabilité à l'égard des volumes allant sans cesse décroissant, exerçant par le fait même une pression à la hausse sur le tarif longue distance.
 - Contre-interrogatoire de Patrick Cabana, 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), p. 115;
 - c. Avantage financier irréfutable de se déplacer à Dawn :
 - i. En rapprochant le point d'approvisionnement de son territoire, elle diminue la distance de transport du gaz naturel. Le tarif de TCPL étant fonction de la distance, les coûts de transport diminueront nécessairement quelle que soit la décision de l'ONÉ :
 - Contre-interrogatoire de Patrick Cabana, 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), pp. 38, 40, 116, 150-151, 185.
39. TCPL a tenté de remettre en question les économies générées par le déplacement de la structure d'approvisionnement vers Dawn;
40. À notre avis, l'intervention de TCPL dans le présent dossier devrait être considérée avec beaucoup de prudence par la Régie . Elle est la seule à avoir avantage à ce que le déplacement soit retardé :
- a. TCPL est d'avis qu'elle n'a pas à se soucier de l'impact de ses tarifs sur ses propres clients; il s'agit plutôt du travail du régulateur;
 - Contre-interrogatoire de Patrick Cabana, 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), p. 136
 - b. Le déplacement vers Dawn lui ferait perdre des volumes importants sur son gazoduc transcanadien;
 - c. Ses actionnaires seraient durement touchés par un tel déplacement.
41. Au niveau des documents utilisés en contre-interrogatoire, TCPL a utilisé une infime portion des 1500 documents produits dans le cadre des 58 journées d'audition du dossier RH-003-2011;

-
42. Gaz Métro constate que sur les 19 documents qui ont été déposés par TCPL sur le SDÉ le 2 novembre 2012, seulement 8 ont été présentés au panel de Gaz Métro ou au témoin de l'ACIG, soit les pièces TCPL-27 (MAS), TCPL-28 (APPo), TCPL-29 (ACIG), TCPL-37 (Alberta Northeast Gas), TCPL-39 (TCPL), TCPL-41 (TCPL – Q/R 6.4), TCPL-42 (ACIG) et TCPL-43 (MAS);
43. Au-delà du débat entourant l'utilisation de ces documents, notamment de leur recevabilité en preuve et de leur valeur probante, la Régie ne peut d'aucune façon considérer dans le cadre de ses délibérations qui conduiront à sa décision les documents qui n'ont pas été soumis au panel de Gaz Métro ou à d'autres témoins :
- TCPL-30 à 36, 38, 40, 44 et 45 non « produites ».
44. Par ailleurs, en ce qui a trait aux pièces soumises au panel de Gaz Métro, nous soumettons respectueusement qu'elles ne peuvent constituer une preuve sur laquelle la Régie peut se fonder afin de rendre sa décision;
45. D'ailleurs, le procureur de TCPL a lui-même reconnu que son utilisation des documents ne visait pas à mettre leur contenu en preuve mais plutôt à servir comme « aide-mémoire » :
- Notes sténographiques du 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), p. 81;
- Notes sténographiques du 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), pp. 83-84;
- Notes sténographiques du 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), pp. 84-85;
- Notes sténographiques du 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), pp. 85-86.
46. La Régie a pris bonne note de ces précisions du procureur de TCPL en indiquant dans son jugement interlocutoire qu'elle comprenait « aussi de maître Grenier que ce n'est ni la preuve et qu'elle ne cherchera pas à aller chercher le bien-fondé de certaines informations dans les... des documents eux-mêmes dans ce contre-interrogatoire. Donc, la Régie va être très alerte là-dessus. » :
- Notes sténographiques du 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), p. 92.
47. Voir aussi :
- Notes sténographiques du 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), pp. 101-102;
- Notes sténographiques du 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), p. 106.
48. Ainsi donc, seules les réponses des témoins peuvent fonder une décision de la Régie;
49. De plus, lors du contre-interrogatoire du témoin de l'ACIG, TCPL a tenté d'introduire en preuve un article du journal The Gazette comme pièce TCPL-46;

50. Après que Gaz Métro eut soulevé une objection, la Régie a accepté l'utilisation de l'article de journal dans le cadre du contre-interrogatoire du témoin de l'ACIG sans toutefois que le contenu de celui-ci constitue une preuve;

→Notes sténographiques du 7 novembre, Vol. 3 (A-0046), p. 209;

51. Au sujet des chiffres qui ont été soumis par le procureur de TCPL en regard de proposition de certains intervenants, Gaz Métro rappelle que leur fiabilité n'a d'aucune façon été établie :

- a. Incapacité des témoins d'indiquer la source de ces chiffres;
- b. Incapacité des témoins d'informer la Régie sur ce qui est advenu de ces chiffres suite aux demandes de renseignements et aux contre-interrogatoires;
- c. Incapacité des témoins de confirmer que ces chiffres sont exacts considérant les hypothèses sur lesquelles les calculs reposent et les révisions du dossier par TCPL, notamment au niveau de la prévision des volumes transportés :

→Contre-interrogatoire de Patrick Cabana, 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), pp. 156 à 159.

52. Le résultat net de cet exercice est que la Régie n'a en preuve devant elle que le fait que des intervenants ont soumis des propositions alternatives; aucune preuve fiable n'a toutefois été faite quant à la valeur des propositions de ces intervenants;

53. D'ailleurs, TCPL est la première à dénigrer ces propositions devant l'ONÉ et à ne leur accorder aucune valeur;

→Contre-interrogatoire de Patrick Cabana, 5 novembre 2012, Vol. 1 (A-0030), pp. 173-174;

54. De fait, au-delà de la question de la sécurité de l'approvisionnement qui est non contestée, aucune preuve probante n'a été soumise à la Régie pour lui permettre de conclure que le déplacement vers Dawn ne génère pas des bénéfices économiques pour la clientèle ni n'augmente son rendement;

55. Par ailleurs, la proposition de déplacement de la structure d'approvisionnement est appuyée par plusieurs intervenants, notamment par l'ACIG et OC dont les membres sont d'importants consommateurs de gaz naturel;

56. Selon l'ACIG, « *l'évolution des tarifs de transport de TCPL dans le temps ne sont pas un enjeu en termes de prendre une décision sur ce déplacement vers Dawn. [L'ACIG] dit cela parce que le déplacement est une position stratégique.* »

→Témoignage en chef de Bernard Otis, 7 novembre 2012, Vol. 3 (A0046), p. 185;

57. Toujours selon l'ACIG, ce déplacement doit se faire immédiatement :

→Témoignage en chef de Bernard Otis, 7 novembre 2012, Vol. 3 (A0046), pp. 188-189, 193-195;

58. Ce déplacement est une évolution logique du déplacement qui a débuté en 2003. La phase finale du déplacement entraîne son lot d'inquiétudes, ce qui est tout à fait normal dans les circonstances;

59. Parmi les inquiétudes auxquelles Gaz Métro a tenté de répondre, il convient de revenir sur les suivantes, tout en gardant à l'esprit que Gaz Métro a annoncé une réflexion profonde sur plusieurs aspects de ses conditions de service :

a. Suffisance des approvisionnements à Dawn – Gaz Métro est d'avis que les approvisionnements seront suffisants, notamment en raison de la production américaine :

→Contre-interrogatoire de Frédéric Morel, 6 novembre 2012, Vol. 2 (A-0042), pp. 138-139.

b. Migration de clients vers leur propre service de transport – peu probable mais de toute façon, Gaz Métro ne veut pas éliminer cette possibilité car c'est le fondement même du dégroupement des tarifs; cette situation potentielle sera à tout événement examinée dans le cadre de la mise en œuvre du déplacement :

→Contre-interrogatoire de Frédéric Morel, 6 novembre 2012, Vol. 2 (A-0042), pp. 146 à 148.

c. Avantage pour les clients en achat direct qui demeureraient à Empress après le 1^{er} novembre 2015 – Prime de transition pour préserver l'équité :

→Contre-interrogatoire de Frédéric Morel, 6 novembre 2012, Vol. 2 (A-0042), pp. 150 à 152.

d. Phénomène apparent de migration de clients en gaz de réseau vers les achats directs, traitement des coûts résultant des engagements long terme de Gaz Métro et lien avec le programme de dérivés financiers – explications fournies par Gaz Métro sur les raisons du phénomène et absence de lien avec le prix du gaz de réseau :

→Contre-interrogatoire de Frédéric Morel, 6 novembre 2012, Vol. 2 (A-0042), pp. 111, 166-169.

e. Optimisation des moments auxquels Gaz Métro achète de la molécule à des fins d'entreposage – spéculation et contraintes opérationnelles importantes :

→Contre-interrogatoire de Frédéric Morel et de Marie-Stella Downs, 6 novembre 2012, Vol. 2 (A-0042), pp. 193-198.

60. Enfin, quelques mots sur la proposition de SÉ-AQLPA par laquelle elle demande à la Régie d'ordonner à Gaz Métro de continuer à approvisionner GMi-NDA à partir d'Empress;
61. SÉ-AQLPA n'a pas tenu compte du fait qu'il y avait des clients en achat direct à GMi-NDA;
- Contre-interrogatoire de Brigitte Blais, 8 novembre 2012, Vol. 4 (A-0048), pp. 34-35.
62. Or, cette proposition pourrait causer des iniquités entre les clients en achat direct desservis par GMi-EDA et ceux desservis à GMi-NDA, les premiers s'approvisionnant à Dawn, les seconds s'approvisionnant à Empress;

II) PROGRAMME DES DÉRIVÉS FINANCIERS

Cote Gaz Métro		Cote Régie	Cote Gaz Métro		Cote Régie
Gaz Métro	Doc.		Gaz Métro	Doc.	
2	1		5	10	B-0094Q/R 8
5	1	B-0092, Q/R 24 à 30	5	11	B-0102

63. Le programme des dérivés financiers sous sa forme actuelle existe depuis 2001;
64. Ce programme doit être évalué en gardant à l'esprit qu'il constitue une police d'assurance et non pas un véhicule financier spéculatif. À ce sujet, la Régie indiquait dans sa décision D-2001-214, à la p. 44, que :

« a) Outils financiers autorisés

Dans le présent dossier, SCGM spécifie que les outils en vigueur offrent dans leur globalité une diversification suffisante en fonction des objectifs à atteindre et recommande de les maintenir [note de bas de page omise]. La Régie accepte la demande et reconduit les outils déjà en vigueur. La Régie prend note qu'en aucun cas les opérations de dérivés financiers ne seront menées à des fins spéculatives. »

(nos soulignés)

65. Gaz Métro rappelle également qu'elle ne fait aucun profit avec ce programme, l'article 53 de la Loi exigeant que seul le coût réel d'acquisition soit récupéré intégralement de la clientèle; celle-ci est la seule bénéficiaire du programme :

→Contre-interrogatoire de Pierre Despars, 6 septembre 2012, Vol. 2 (A-0042), p. 71.

66. Le programme poursuit trois objectifs :

- a. Stabiliser le coût du gaz naturel en réduisant la volatilité;
- b. Limiter l'impact d'une augmentation potentielle des prix du gaz naturel;
- c. Saisir ce qui est perçu comme une opportunité de marché afin de préserver la position concurrentielle du gaz naturel.

67. Au fil des ans, les prix du gaz naturel ont fluctué de façon importante et le programme a permis à la clientèle en gaz de réseau de se prémunir contre ces fluctuations ou de subir des variations de prix moins élevées qu'en l'absence de dérivés financiers :

→Pièce A-0029.

68. Toutefois, avec la baisse soutenue et la faible volatilité des prix du gaz naturel depuis quelques années, le programme a présenté des résultats qui peuvent paraître décevants si on ne les met pas dans une perspective de long terme;

69. Au sujet de cette perspective de long terme, Gaz Métro rappelle que les « pertes d'opportunité » doivent être mises en perspective avec le montant total des achats pour une période donnée;

→Contre-interrogatoire de Pierre Despars, 7 novembre 2012, Vol. 2 (A-0042), pp. 81-82.

70. Les prix du gaz naturel étant relativement faibles et peu volatils depuis 4 ans, Gaz Métro a entrepris une réflexion afin d'évaluer la pertinence de maintenir le programme des dérivés financiers et de revoir ses paramètres d'opération dans ce contexte de marché;

71. La conclusion de cette réflexion fut que :

- a. L'impact des dérivés financiers sur le prix du gaz de réseau est entièrement dû à la baisse des prix du gaz naturel sur le marché;
- b. Des prix bas et stables de gaz naturel n'entraînent pas nécessairement des pertes dans le programme;
- c. Gaz Métro n'a observé aucune migration marquée de clients qui serait associée à la pression à la hausse qu'a exercé le programme sur le coût de la fourniture :

→Gaz Métro-2, Document 1 (B-0021), p. 7;

→Contre-interrogatoire de Frédéric Morel, 6 novembre 2012, Vol. 2 (A-0042), p. 107.

-
72. Gaz Métro a adapté sa stratégie en privilégiant des outils financiers tels que les colliers de même qu'en réduisant le pourcentage des volumes protégés à l'intérieur de la fourchette autorisée;
- Contre-interrogatoire de Pierre Despars, 6 septembre 2012, Vol. 2 (A-0042), pp. 43, 49-50, 63;
 - Gaz Métro-5, Document 1 (B-0092), pp. 43-45, Q/R 25.1.
73. Gaz Métro bâtit son programme de façon méthodique, en cherchant à atteindre les pourcentages de couverture qu'elle se fixe; elle ne se laisse pas influencer par les fluctuations des prix des dérivés :
- Contre-interrogatoire de Pierre Despars, 6 septembre 2012, Vol. 2 (A-0042), pp. 66-67.
74. Par ailleurs, le comité d'audit de Gaz Métro, celui qui s'assure d'une gestion efficace des risques, revoit trimestriellement toutes les nouvelles transactions et s'assure que le programme respecte les limites fixées par la Régie :
- Contre-interrogatoire de Pierre Despars, 6 septembre 2012, Vol. 2 (A-0042), pp. 69-70.
75. La présente demande de reconduire le programme est le fruit de cette réflexion. Les paramètres selon lesquels le programme devrait être opéré se trouvent résumés à la p. 3 de la pièce Gaz Métro-2, Document 1 (B-0021);
76. Ceci étant dit, plusieurs préoccupations ont été exprimées à l'égard de la pertinence de reconduire le programme de même que ses paramètres d'opération;
77. La poursuite du programme est-elle justifiée dans un contexte de prix du gaz naturel bas et stable sur un horizon de quelques années?
- a. Sur la question de l'évolution des prix du gaz naturel sur le marché, personne n'est devin. Les prévisions sont sujettes à toutes sortes d'aléas qui pourraient provoquer des fluctuations du prix du gaz naturel (ouragan, reprise économique, normes environnementales plus serrées, centrales au charbon et contrôle des GES, etc.) :
 - Contre-interrogatoire de Frédéric Morel, 6 septembre 2012, Vol. 2 (A-0042), p. 15 à 19;
 - Contre-interrogatoire de Pierre Despars, 6 septembre 2012, Vol. 2 (A-0042), p. 21;
 - Article transmis par la Régie « *Hedging under scrutiny* », p. 14;
 - SÉ-AQLPA-1, Document 1, pp. 10-12;
 - Interrogatoire en chef de Brigitte Blais, 8 novembre 2012, Vol. 4 (A-0048), pp. 16, 25-28.

-
- b. Quant à savoir si le programme devrait être renouvelé, Gaz Métro considère que oui dans la mesure où le coût des dérivés financiers actuel est bas et que les prix du gaz naturel peuvent difficilement descendre plus bas; Gaz Métro préfère que le prix du gaz naturel soit un peu plus élevé lorsque le prix est bas que d'exposer la clientèle à une flambée des prix :
- Contre-interrogatoire de Pierre Despars, 6 septembre 2012, Vol. 2 (A-0042), p. 24, 78-79;
 - Contre-interrogatoire d'Hélène St-Pierre, 6 septembre 2012, Vol. 2 (A-0042), p. 25;
 - Article transmis par la Régie « *Hedging under scrutiny* », p. 19.
78. Les balises temporelles du programme devraient-elles être réduites?
79. Dans le contexte actuel de bas prix où les probabilités sont que ces prix augmenteront au courant des prochaines années, les balises temporelles ne devraient pas être réduites; la clientèle serait alors privée d'une opportunité :
- Contre-interrogatoire de Pierre Despars, 6 septembre 2012, Vol. 2 (A-0042), p. 57 à 59.
80. Il ne faut pas tomber dans le piège de l'évaluation rétrospective du programme qui conduit inévitablement à vérifier si en prenant une décision, on a réussi à « battre le marché ». Il est facile de juger d'une décision *a posteriori*. Si on veut évaluer ce type de programme et les décisions prises dans le cadre de son opération, il faut nécessairement le faire en ayant à l'esprit l'information qui était à la connaissance des décideurs au moment où la décision fut prise :
- Contre-interrogatoire de Pierre Despars, 6 septembre 2012, Vol. 2 (A-0042), pp. 47-48.
81. Il n'est pas possible de conclure que les coûts du programme sont prohibitifs dans la mesure où l'on ne sait pas ce qui nous attend demain :
- Contre-interrogatoire de Pierre Despars, 6 septembre 2012, Vol. 2 (A-0042), pp. 100-101.

III) RETRAITS INTERDITS

82. Les pièces liées au présent sujet sont :

Cote Gaz Métro		Cote Régie
Gaz Métro	Doc.	
3	1	
5	1	B-0092, Q/R 31 à 37
5	3	B-0084, Q/R 7
5	4	B-0042, Q/R 9

Cote Gaz Métro		Cote Régie
Gaz Métro	Doc.	
5	5	B-0043, Q/R 1-14 à 1-17
5	9	B-0047, Q/R 1 et 2
5	13	B-0106

A) PROPOSITION DE GAZ MÉTRO

83. Les objectifs des propositions est de s'assurer que le tarif interruptible soit utilisé adéquatement par la clientèle et répondre aux besoins opérationnels de Gaz Métro en préservant l'intégrité du réseau :

→ Gaz Métro-3, Document 1 (B-0039), p. 3;

→ Gaz Métro-3, Document 2 (B-0105), p. 2.

84. Les besoins opérationnels de certaines régions sont liés aux débits horaires requis plutôt qu'aux volumes;

→ Gaz Métro-5, Document 1 (B-0092), réponse à la question 32.1.

85. Les retraits interdits sont susceptibles d'augmenter dans certaines régions en raison de la diminution de la disponibilité du gaz d'appoint pour éviter une interruption (GAI) liée à la saturation du réseau et du bas coût des pénalités pour retraits interdits;

→ Gaz Métro-5, Document 1 (B-0092), réponse à la question 32.1.

86. Une augmentation des retraits interdits pourrait menacer l'intégrité du réseau;

87. Pour éviter qu'un tel risque se matérialise, Gaz Métro propose :

- a) de réviser à la hausse la pénalité pour retraits interdits (article 16.4.2.6 des *Conditions de service et Tarif*);
- b) de permettre que l'ordre dans lequel les interruptions doivent être effectuées soit modifié en cas de besoins opérationnels (article 16.4.6 des *Conditions de service et Tarif*);
- c) de permettre une interruption physique du service en cas de non respect d'un avis d'interruption par un client interruptible (article 16.4.6 des *Conditions de service et Tarif*);

- d) que les *Conditions de service et Tarif* mentionnent explicitement que Gaz Métro réserve ses recours visant à obtenir réparation en cas de dommages découlant du non respect d'un avis d'interruption (article de la responsabilité de celui qui effectue des retraits interdits (article 16.4.6. *Conditions de service et Tarif*).

B) POSITIONS DES INTERVENANTS

88. OC est d'accord avec les propositions faites par Gaz Métro :

→ Pièce OC-0010, p. 10 et ss.

89. OC souhaite toutefois que d'autres mesures soient également adoptées :

a. Retrait du droit au tarif interruptible :

i. Outil qui serait mal adapté à la réalité de Gaz Métro :

→ Gaz Métro-3, Document 2 (B-0105), p. 3.

ii. Si la Régie souhaite donner suite à la proposition d'OC, l'utilisation de cette mesure par Gaz Métro devrait être facultative plutôt qu'automatique :

→ Contre-interrogatoire de Brigid Rowan, 7 novembre 2012, vol. 3 (A-0046), p. 167.

b. Le client doit démontrer sa capacité de s'interrompre :

i. Mesure qui n'est pas garante d'une réelle interruption de la part du client :

→ Interrogatoire en chef de Jean-Benoit Trahan, 7 novembre 2012, vol. 3 (A-0046), p. 27.

c. Perte du rabais octroyé en cas de défaut d'interruption :

i. L'augmentation de la pénalité prévue à l'article 16.4.2.6 des *Conditions de service et Tarif* parvient au même résultat :

→ Interrogatoire en chef de Jean-Benoit Trahan, 7 novembre 2012, vol. 3 (A-0046), p. 27.

ii. OC n'est pas en mesure de quantifier cette mesure :

→ Contre-interrogatoire de Brigid Rowan, 7 novembre 2012, vol. 3 (A-0046), p. 170.

d. Augmentation des pénalités pour les récidivistes :

- i. L'augmentation de la pénalité prévue à l'article 16.4.2.6 des *Conditions de service et Tarif* suffit selon Gaz Métro pour dissuader les récidives :

→ Interrogatoire en chef de Jean-Benoit Trahan, 7 novembre 2012, vol. 3 (A-0046), p. 29.

- ii. OC n'est pas en mesure de quantifier sa proposition :

→ Contre-interrogatoire de Brigid Rowan, 7 novembre 2012, vol. 3 (A-0046), p. 170.

90. La FCEI est satisfaite des propositions formulées par Gaz Métro :

→ Pièce FCEI-0007, p. 7.

91. SÉ-AQLPA appuie les propositions formulées par Gaz Métro :

→ Pièce SÉ-AQLPA-0011, p. 24 et ss.

- a. Quant à la recommandation de SÉ-AQLPA consistant à faire en sorte que le client soit avisé d'une interruption physique imminente, l'avis d'interruption sera modifié de manière à préciser qu'une interruption physique sera possible en cas de consommation :

→ Gaz Métro-5, Document 5 (B-0043), réponse à la question 1.16.

C) QUESTIONS FORMULÉES PAR LA RÉGIE (PIÈCE A-0045)

« 1. Par [l'ajout du sous-alinéa 7o à l'article 16.4.6], on comprend que vous désirez protéger le distributeur dans l'éventualité où le non respect de l'avis d'interruption causerait des dommages supérieurs à la pénalité prévue à l'article 16.4.2.6 – C'est exact ? »

92. La question de la Régie laisse entendre que la pénalité prévue à l'article 16.4.2.6 viserait un objectif compensatoire similaire à celui des dommages réclamés par Gaz Métro par l'intermédiaire d'un recours entrepris par Gaz Métro conformément au sous-alinéa 7^o de l'article 16.4.2.6;

93. Selon Gaz Métro, l'objectif poursuivi par la pénalité de l'article 16.4.2.6 est très différent de celui poursuivi par le sous-alinéa de l'article 16.4.6 :

- a. En introduisant le sous-alinéa 7^o de l'article 16.4.6, Gaz Métro veut réserver ses droits d'entreprendre, par exemple, un recours en dommages-intérêt afin d'être compensé pour le préjudice découlant d'un non respect d'un avis d'interruption

(ex : perte de réseau, coûts associés par la remise en gaz de plusieurs milliers de clients);

- b. La pénalité de l'article 16.4.2.6 est d'une toute autre nature : elle est une mesure dissuasive et d'équité :

→ Réponse à la question 35.2 de la demande de renseignements n° 1 de la Régie (Gaz Métro-5, Document 1 (B-0092), p. 73).

- c. D'ailleurs, la pénalité n'est aucunement calculée sur la base d'une évaluation anticipée des dommages que pourrait subir Gaz Métro en cas de non respect, par le client interruptible, de l'obligation de ne pas consommer suivant l'émission d'un avis d'interruption :

- i. La pénalité est plutôt fixée en fonction des coûts associés à l'alternative énergétique offerte à la clientèle interruptible (le mazout) dans une perspective dissuasive de consommer du gaz naturel;
- ii. Les dommages que pourrait subir Gaz Métro en cas d'incapacité du réseau de suffire à la demande pourraient dépasser largement le montant de cette pénalité.

94. Conséquemment, compte tenu des objectifs poursuivis par ces différentes dispositions, il est inexact d'affirmer que l'ajout du sous-alinéa 7^o de l'article 16.4.6 « vise à protéger le distributeur dans l'éventualité ou le non respect de l'avis d'interruption causerait des dommages supérieurs à la pénalité prévue à l'article 16.4.2.6 »;

« 2. Pouvez-vous nous décrire quels types de dommages peuvent résulter d'un retrait interdit ? »

95. Pourraient notamment constituer des dommages découlant d'un retrait interdit les coûts encourus afin de rétablir le service auprès de plusieurs clients suite à une perte de capacité du réseau occasionnée par un retrait interdit :

→ Interrogatoire en chef de Jean-Benoit Trahan, 7 novembre 2012, vol. 4 (A-0048), p. 18.

« 3. Pourquoi l'ajout d'une telle disposition à ce moment-ci ? Les dommages que vous décrivez ne pouvaient-ils pas se produire par le passé ? »

96. L'ajout d'une telle disposition s'inscrit dans le cadre d'un processus d'amélioration des *Conditions de service et Tarif*;

97. Les dommages décrits auraient peut-être pu se produire dans le passé et, heureusement, ils ne se sont pas matérialisés :

→ Voir à cet effet la réponse donnée par Gaz Métro à la question 32.1 de la Demande de renseignements n° 1 de la Régie (Gaz Métro-5, Document 1 (B-0092)).

« 4. En somme, si nous comprenons bien, il s'agit d'une disposition dont l'objectif est d'assurer la sécurité du réseau de Gaz Métro. C'est exact ? »

98. L'objectif poursuivi par l'ajout du sous-alinéa 7° à l'article 16.4.6 consiste à clairement informer les clients des recours auxquels ils s'exposent en cas de non respect de leurs obligations de ne pas consommer suivant la transmission d'un avis d'interruption;

99. Ce faisant, Gaz Métro croit que l'ajout devrait dissuader les clients d'effectuer des retraits interdits, assurant ainsi la sécurité du réseau :

→ Gaz Métro-3, Document 1 (B-0036), p. 7, lignes 22 à 27 et p. 8, p. 1 à 4.

« 5. De l'avis de Gaz Métro, un tel recours peut être exercé même en l'absence d'un tel ajout aux *Conditions de service et Tarif*. À votre connaissance, est-ce que Gaz Métro a déjà exercé par le passé un recours fondé sur le non respect d'un avis d'interruption? »

100. Gaz Métro n'a jamais exercé de recours en dommages-intérêts fondé sur le non respect d'un avis d'interruption;

« 6. Si des dommages étaient causés au réseau en raison d'un retrait interdit, Gaz Métro pourrait réclamer à la fois (1) le montant de la pénalité prévue à l'article 16.4.2.6 et (2) le montant des dommages réellement subis. Avez-vous documenté cette possibilité, sur le plan légal, de cumuler de tels montants (i.e. Clause pénale + dommages intérêts)? Le cas échéant, pouvez-vous fournir à la Régie la documentation (jurisprudence, doctrine etc.) au soutien de cette possibilité? »

101. Tel qu'indiqué précédemment, Gaz Métro est d'avis que l'objectif poursuivi par (1) la pénalité de l'article 16.4.2.6 et (2) le recours en dommages-intérêt sont distincts;

102. Ainsi, l'article 16.4.2.6 (pénalité) n'est pas de la nature d'une clause pénale, au sens de l'article 1622 du *Code civil du Québec* (« CcQ ») ou de la définition retenue par la doctrine :

a. L'article 1622 CcQ prévoit ce qui suit :

« La clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent par anticipation les dommages-intérêts en stipulant que le débiteur se soumettra à une peine au cas où il n'exécuterait pas son obligation.

Elle donne au créancier le droit de se prévaloir de cette clause au lieu de poursuivre, dans les cas qui le permettent, l'exécution en nature de l'obligation; mais il ne peut en aucun cas demander en même temps l'exécution et la peine, à moins que celle-ci n'ait été stipulée que pour le seul retard dans l'exécution de l'obligation. » (nous soulignons)

b. La doctrine décrit la notion de clause pénale en ces termes :

« Ainsi, selon plusieurs auteurs, la clause pénale est l'estimation que le parties font du montant des dommages et intérêts qui devront être payés si le débiteur n'exécute pas son obligation ou s'il l'exécute tardivement. Elle établirait donc une condamnation anticipée et volontaire pour tous dommages pouvant résulter de l'inexécution ou du retard. » (nous soulignons)

→ Chantal Perreault, *Les clauses pénales*, Éditions Yvon Blais inc., 1988, p. 23

103. Conséquemment, Gaz Métro croit qu'il est possible de cumuler de tels montants;

104. Subsidiairement, si l'article 16.4.2.6 devait être assimilé à une clause pénale, une telle clause pénale ne viserait pas à compenser le même type de dommages que ceux visés au sous-alinéa 7^o de l'article 16.4.6 :

a. La doctrine enseigne que la clause pénale peut viser à compenser un type de dommages en particulier :

« Une clause pénale peut fort bien être stipulée pour un certain type de dommage seulement, comme par exemple la perte de profit, ou un type particulier d'inexécution. Si le créancier ne donne aucune spécificité aux dommages envisagés par la clause, ils sont censés inclure tous les dommages possibles. »

→ Chantal Perreault, *Les clauses pénales*, Éditions Yvon Blais inc., 1988, p. 81.

-
- b. Sur la base de cette doctrine, la jurisprudence a reconnu la possibilité pour un créancier de réclamer un montant stipulé dans une clause pénale visant un type de dommage particulier (ex : pénalité associée à la résiliation de contrat) et d'intenter un recours en dommages-intérêts pour compenser d'autres types de dommages (perte de profits) :
- *Girard c. Fortin*, [2002] R.D.I 502, p. 5.
- c. En l'espèce, la pénalité de l'article 16.4.2.6 viserait un type de dommage particulier, soit « *les coûts additionnels potentiellement encourus par Gaz Métro aux différents services autres que la distribution, et la pénalité de 50 ¢/m³ couvre les frais pour le service de distribution.* » :
- Gaz Métro-5, Document 4 (B-0042), réponse à la question 9.5.3.
105. Puisque la pénalité de l'article 16.4.2.6 viserait à compenser un type de dommage en particulier (coûts des services), Gaz Métro pourrait exercer un recours en dommages-intérêts afin d'être compensé pour tout autre type de dommages;
- « 7. Dans le contexte actuel, ou Gaz Métro informe la Régie de l'ajout d'un client majeur, débit horaire maximal en service continu de 3 000 M³/hr. (Projet St-Félicien), pour un volume continu et interruptible de 6 000 M³/hr. et que la capacité maximale du réseau du Saguenay est de 128 000 M³/hr, et qu'en 2010 Gaz Métro a atteint un volume de pointe de 127 292 M³/hr, comment Gaz Métro entend-t-elle répliquer, dans le contexte de recours multiples, par exemple ou Gaz Métro serait poursuivi par un de ses clients pour des pertes de productions, suite à une perte de réseau découlant de retraits interdits, à l'argument d'une entreprise qui serait poursuivi suite à des retraits interdits, que c'est en fait Gaz Métro, qui en ajoutant des clients à un réseau déjà saturé, a été l'auteur de son propre malheur, de sa propre turpitude? »**
106. Dans l'exemple suggéré par la Régie, afin que la responsabilité civile de Gaz Métro soit engagée, il faudrait démontrer que celle-ci a commis une faute au sens de l'article 1457 CcQ :
- a. En procédant à l'ajout d'un client, Gaz Métro ne commet pas une faute. Au contraire, elle répond à l'obligation de desserte prévue à la *Loi sur la Régie de l'énergie*;
- b. En offrant au client la possibilité qu'une portion de sa consommation soit soumise au tarif interruptible, Gaz Métro ne commet pas de faute. Au contraire, elle ne fait qu'appliquer une des composantes des tarifs approuvés par la Régie.

107. Pour fins de discussions, si on devait prendre pour avéré que Gaz Métro commet une faute en acceptant l'ajout d'un client majeur dans les circonstances citées par la Régie, la cause directe des dommages (*causa causans*) demeurerait le non respect, par un client, de l'obligation de ne pas consommer, ouvrant notamment la voie à une action en garantie contre ce dernier.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Montréal, le 9 novembre 2012

(s) Vincent Regnault

M^e Vincent Regnault
M^e Hugo Sigouin-Plasse
Procureurs de la demanderesse
1717, rue du Havre
Montréal (Québec) H2K 2X3
téléphone : (514)-598-3102
télécopieur : (514)-598-3839
adresse courriel pour ce dossier : dossiers.reglementaires@gazmetro.com

Les clauses pénales

Chantal Perreault



LES ÉDITIONS
YVON BLAIS INC.

C. P. 180
COWANSVILLE (QUÉ.)
J2K 3H6

TÉL. 842-3937 (MTL)
TÉL. 1-800-363-3047

Les

Vous trouverez également aux Éditions Yvon Blais Inc.,
dans la collection Minerve les volumes suivants :

LE DROIT À L'ÉDUCATION
ÉLÉMENTAIRE PUBLIQUE AU QUÉBEC
Hélène Côté

L'OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT
DU MÉDECIN
Étude comparée du droit québécois, français
et du common law canadien
Louise Potvin

L'ARTICLE 96 DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1867
ET LES ORGANISMES INFÉRIEURS D'APPEL
Jean-François Jobin

LE DROIT PROVINCIAL ET LES TERRES INDIENNES
Micheline Patenaude

LE CAUTIONNEMENT PAR COMPAGNIE DE GARANTIE
Louise Poudrier-Le Bel

CONCEPTION ARTIFICIELLE ET RESPONSABILITÉ MÉDICALE
Une étude de droit comparé
Bartha Maria Knoppers

LES CONTRATS DE RÉALISATION D'ENSEMBLES INDUSTRIELS ET LE TRANSFERT DE
TECHNOLOGIE
Vincent Karim

LES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES RELATIVES À L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR
JUDICIAIRE AU CANADA
Karim Benyekhlef

CHAPITRE II

LA FINALITÉ DE LA CLAUSE PÉNALE

Nombre de juristes ont analysé la nature de la clause pénale, par le biais du but recherché et de l'effet pratique qui en découlait. Ainsi, doit-on la considérer comme une évaluation anticipée des dommages possibles, un moyen de pression, une punition ou une limitation de la responsabilité de celui qui doit l'assumer?

SECTION 1

LA CLAUSE PÉNALE COMME ÉVALUATION ANTICIPÉE DES DOMMAGES

Le principe de base en matière contractuelle veut que le créancier puisse rechercher le débiteur pour la réparation du préjudice causé par la contravention de ce dernier à toute obligation³⁶.

Le débiteur est responsable des dommages directs, immédiats et prévisibles et même, dans certains cas, des dommages imprévisibles³⁷. Pour réussir dans son action, le demandeur doit prouver le contrat, l'inexécution fautive, le dommage subi et le lien de causalité qui rend le dommage « direct ». La difficulté de prouver la quotité des dommages subis et l'arbitraire en découlant peuvent donc être évités par l'incorporation au contrat d'une clause pénale. Ainsi, selon plusieurs auteurs, la clause pénale est l'estimation que les parties font du montant des dommages et intérêts qui devront être payés si le débiteur n'exécute pas son obligation ou s'il l'exécute tardivement³⁸. Elle établirait donc une condamnation anticipée et volontaire pour tous dommages pouvant résulter de l'inexécution ou du retard³⁹.

36. Art. 1065 C.c.B.C., voir annexe I.

37. Art. 1074 C.c., voir Annexe I.

38. MIGNAULT, P.B., *Droit Civil Canadien*, t.5, à la page 520.

39. *Traité de Droit civil du Québec*, Tome 8 bis, par L. FARIBEAULT, Montréal, Wilson & Lafleur, 1959, aux pages 284 et 285.

Conséquemment, une pénalité ne peut être imposée pour une cause autre que celle pour laquelle elle a été stipulée²²⁰. Les parties contractantes, ou celui qui dicte les stipulations du contrat d'adhésion, doivent exprimer clairement leur intention, le doute étant toujours interprété en faveur du débiteur et donc contre l'application de la clause²²¹.

Une clause pénale peut fort bien être stipulée pour un certain type de dommage seulement, comme par exemple la perte de profit²²², ou pour un type particulier d'inexécution²²³. Si le créancier ne donne aucune spécificité aux dommages envisagés par la clause, ils sont censés inclure tous les dommages possibles.

Il ne pourra donc pas exiger de dommages additionnels²²⁴. Il n'en est point différemment des peines établies par le législateur²²⁵.

De plus, l'absence ou l'aspect négligeable du gain réalisé par le contrevenant ne saurait être pris en considération pour décider si la clause pénale doit ou non s'appliquer.

C'est ainsi que la Cour suprême confirmait sur ce point la Cour d'appel dans *Trudeau c. Cochrane*:

« Certes l'on ne doit pas, comme l'a fait la Cour supérieure, tenir compte du gain minime que l'intimé a pu en retirer pour décider si la clause doit s'appliquer ou ne pas s'appliquer; la Cour d'appel relève cette erreur mais elle n'en maintient pas moins le jugement de première instance... »²²⁶

- MAZEAUD, L. et MAZEAUD, J., *op. cit.*, note 151, à la page 783; JURISCLASSEUR CIVIL, Responsabilité civile, -Régime de la réparation, par P. Delebecque, 1985, Fascicule 22, à la page 5; *Jean-Paul Simard Autos Inc. c. Laliberté*, 1986, C.P. 300-02-000082-867, J.E. 87-216.
220. T.D.C.Q., *op. cit.*, note 39, no 406, à la page 295; PLANIOL, M.F., RIPERT, G., *op. cit.*, note 42, p. 201; BAUDRY LACANTINERIE, *op. cit.*, note 9, à la page 440; *Compagnie d'immeubles de Valdor Ltée c. Placements Ultima Inc.*, [1969] C.S. 561, aux pages 563 et 564; *Miga Construction Inc. c. Office Municipal d'Habitation Notre-Dame du Lac et al.*, [1975] C.S. 1000; *Hydro-Québec c. Churchill Falls Corporation Ltd.*, [1983] C.S. 604, à la page 624, confirmé en appel C.A.M., J.E. 85-255; *Raymond, Chabot, Fajard, Gagnon Inc. c. Trust général du Canada*, C.P. Hull 500-02-000857-847, (1985-04-02), J.E. 85-539.
221. *Compagnie d'immeubles de Valdor Ltée c. Placements Ultima Inc.* [1969] C.S. 561; *Peladeau c. Desormiers*, [1965] B.R. 849; *Thibault et Associés Inc. c. Langerin*, [1970] R.P. 385; *Hydro-Québec c. Churchill Falls Corporation Limited*, [1983] C.S. 604, p. 624.
222. *Nord Laurentien Automate Inc. c. McClure*, [1978] C.P. 430, à la page 435.
223. *Compagnie d'immeuble de Valdor Ltée c. Placements Ultima Inc. op. cit.*, note 221, à la page 563.
224. *Laiterie Côté Inc. c. Vanasse*, [1975] C.S. 1012, à la page 1013; *Gagnon, De Billy, Cantin et al. c. Gosselin*, [1981] C.S. 1139; *Paradis & Nicole Inc. c. Belle-Ville Electrique Inc.*, [1973] C.A. 952, page 956.
225. *Commission de l'Industrie de la Construction c. Frank Globe Ltée*, [1975] R.D.T. 391; *Office de la Construction du Québec c. Vallières*, [1976] C.P. 305.
226. *Trudeau c. Cochrane*, [1977] 2 R.C.S. 55, à la page 65.

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE QUÉBEC

COUR DU QUÉBEC
CHAMBRE CIVILE

N^o: 200-22-005906-987

Le 24^e jour de mars mil neuf cent quatre-vingt-dix-neuf

SOUS LA PRÉSIDENTE DU JUGE
GÉRALD BOSSÉ, j.c.Q. (JB 0535)

F. VERMETTE LTÉE

personne morale légalement constituée ayant
son siège social au 2727, rue Watt, Sainte-Foy,
district de Québec, G1P 3X3

DEMANDERESSE

c.

GILLES LAMONTAGNE

domicilié et résidant au 1440, rue Notre-Dame,
L'Ancienne-Lorette, district de Québec, G2E
2Z3

DÉFENDEUR

JUGEMENT

Par son action amendée, la demanderesse réclame du défendeur une somme de 12 362\$. en alléguant une perte de profit (10 362\$) et, en vertu d'une clause pénale, des dommages liquidés au montant de 2 000\$.

La preuve révèle que le défendeur, qui exploitait un commerce sous la raison sociale de Alimentation J. Paradis enr., a signé un contrat, en février 1997, par lequel son commerce devait s'approvisionner exclusivement de la demanderesse, du 20 février 1997 au 20 février 1999, en y faisant des achats minimaux annuels de 125 000\$. Le contrat fut produit sous la cote P-1.

Alors que, en septembre 1997, le défendeur achetait pour 10 745,91\$, ses achats, en octobre,

n'étaient que de 4 834.46\$. Il avait commencé à s'approvisionner d'un tiers.

Après discussions, le représentant de la demanderesse a consenti à la résiliation synallagmatique du contrat, conditionnellement à ce que le défendeur paye une somme de 2 500\$ en dommages-intérêts, par application d'une clause pénale prévue au contrat. Le défendeur n'a versé que 500\$ et il a cessé complètement de s'approvisionner auprès de la demanderesse au début de l'année 1998.

Considérant que la transaction proposée ne s'était donc pas concrétisée, la demanderesse, basant sa réclamation sur la clause 6 du contrat, recherche à la fois compensation de la perte de revenus subie et paiement des dommages liquidés par la clause pénale en compensation des «services rendus».

Le défendeur, dans son plaidoyer, invoque d'abord pour repousser l'action, soit qu'il s'est approvisionné auprès de la demanderesse conformément au contrat. La preuve révèle, au contraire, comme je l'ai déjà mentionné, que, après avoir commencé à s'approvisionner en partie ailleurs, il a cessé complètement bien avant la fin du contrat de s'approvisionner chez la demanderesse. Ce moyen doit donc être écarté.

Le défendeur invoque en outre, dans son plaidoyer, que la demanderesse a délibérément augmenté ses prix de vente des produits, provoquant ainsi des difficultés financières au défendeur. La preuve révèle que le défendeur, lorsqu'il a signé le contrat, faisait affaire depuis longtemps avec la demanderesse. Toutefois, après la signature du contrat, son commerce n'étant pas assez florissant, il a tenté d'obtenir des escomptes de la demanderesse, surtout sur les cigarettes, et ses tentatives n'ont pas eu de succès. Il a alors marchandé avec d'autres fournisseurs et trouvé des prix plus bas. C'est pourquoi il s'est mis à faire ses achats auprès d'autres fournisseurs. Aucune preuve ne permet de conclure que la demanderesse aurait délibérément augmenté ses prix de vente. Ce moyen doit donc aussi être écarté.

Cependant, dans sa plaidoirie, le procureur du défendeur soumet que la demanderesse ne peut

réclamer simultanément des dommages-intérêts et invoquer une clause pénale.

L'action est basée particulièrement sur la clause 6 du contrat, à savoir:

«6. Le présent contrat couvre la période du 20 février 1997 au 20 février 1999 et prend en considération des achats annuels minimums de 125,000.00 \$ en excluant les livraisons directes. Il va de soi, que si le total des achats annuels prévu au contrat n'est pas atteint, une pénalité sera appliquée, un pourcentage équivalent à l'écart entre les achats en prévision et les achats réels sera réclamé annuellement. Le calcul sera fait sur la base du montant forfaitaire versé au client. Il est résiliable de part et d'autre par un avis écrit de 90 jours transmis par courrier recommandé. Un montant de 2,500.00 \$ sera remboursable à la compagnie comme dommages-intérêts liquidés pour les services rendus, si l'entente est non menée à terme.» (sic)

Le contrat dans lequel cette clause est intégrée n'est pas un contrat d'adhésion, puisque les parties pouvaient discuter de gré à gré des conditions du contrat et que le défendeur, comme il l'a d'ailleurs fait éventuellement, pouvait s'adresser à d'autres fournisseurs proposant des conditions différentes. L'article 1436 *C.c.Q.* ne trouve donc pas application: malgré que la clause soit très ambiguë, elle ne peut donc être considérée comme nulle en vertu de cet article. Il faut toutefois rappeler que, dans le cas de tous les contrats, l'article 1432 *C.c.Q.* édicte que, dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée.

Cette clause excessivement ambiguë prévoit d'abord une indemnisation dans le cas où, en cours d'exécution du contrat, le client n'aurait pas fait des achats annuels pour un montant minimal de 125 000\$.

Elle prévoit par ailleurs le droit des parties de résilier unilatéralement le contrat, sur avis écrit de 90 jours, sujet à l'application d'une clause pénale si c'est le client qui ne «mène pas à terme» le contrat et sans pénalité si c'est le fournisseur.

La demanderesse agit, dans l'espèce, en réclamant, d'une part, des dommages-intérêts basés sur la perte de profits bruts anticipés pour le reste de la durée du contrat prévue et en réclamant,

d'autre part, par application de la clause pénale, le solde de l'indemnité prévue encore dû, soit 2 000\$.

Il convient de rappeler que le défendeur a commencé à diminuer le montant de ses achats en octobre 1997, passant de 10 745\$ en septembre à 4 834\$ en octobre, pour n'acheter que pour 2 696\$ en novembre et pour à peu près le même montant en décembre.

Dès le mois de novembre 1997, un préposé de la demanderesse, dûment mandaté pour ce faire, a discuté de l'exécution du contrat avec le défendeur. Dès décembre, la demanderesse consentait à la résiliation du contrat si le défendeur lui versait la somme de 2 500\$, à titre de dommages liquidés, en vertu de la clause 6.

Ceci dit, le principe de l'irrévocabilité d'un contrat à durée déterminée a normalement pour conséquence que les parties ne sont pas libres de le révoquer, d'une façon unilatérale. Cependant, les parties peuvent convenir contractuellement d'un droit de résiliation unilatérale. C'est ce qu'elles ont fait dans le présent cas.

Chaque partie pouvait donc résilier unilatéralement le contrat. Le défendeur a mis fin à l'exécution du contrat et il en a averti verbalement le représentant de la demanderesse. Ce dernier était tellement au courant du fait que le défendeur discontinuait l'exécution du contrat que, moyennant paiement de l'indemnité de 2 500\$ prévue par la clause pénale, il a accepté la résiliation.

Le défaut du défendeur de transmettre, par courrier recommandé, un préavis de résiliation, suivant la formalité prévue par la clause 6, peut-il entraîner la conclusion qu'il n'y a pas eu de résiliation unilatérale?

Le préavis qui est contractuellement prévu peut tenir lieu, dans bien des cas, de mise en demeure d'exécuter et constituer ainsi une condition essentielle à la mise en œuvre des recours que la loi donne en cas d'inexécution. La loi ou le contrat peut aussi prévoir la déchéance du droit à

l'indemnisation en cas de défaut de transmettre un avis prévu.

L'avis peut aussi avoir tout simplement pour objet l'information de l'autre partie. Cette dernière peut, par son attitude, y renoncer implicitement. Dans l'espèce, en apprenant du défendeur qu'il discontinuerait l'exécution du contrat, le représentant de la demanderesse a discuté d'une transaction pour mettre fin au litige entre les parties sur simple application de la clause pénale. Ceci constituait une renonciation implicite de la demanderesse à l'accomplissement de la formalité.

Or, en cas de résiliation ou même dans le cas où l'entente n'est pas menée à terme, la demanderesse a prévu des dommages-intérêts liquidés par une clause pénale. La clause précise que ces dommages-intérêts liquidés seront versés «pour les services rendus».

S'il ne fait aucun doute que la clause pénale trouve application, limite-t-elle cependant, comme le procureur du défendeur le prétend, le droit de la demanderesse de réclamer aussi des dommages-intérêts additionnels en compensation d'une perte de profit?

En règle générale, la clause pénale peut fort bien stipuler pour un certain type de dommage seulement. Par contre, si le créancier ne restreint pas la clause pénale à des dommages particuliers, elle est alors censée inclure tous les dommages éventuels et il ne pourra alors exiger des dommages additionnels.

Dans l'espèce, la demanderesse a prévu, par la clause 6, l'indemnisation forfaitaire de dommages particuliers en cas de résiliation. Ceci, en principe, pourrait donc lui permettre de réclamer des dommages-intérêts pour compenser d'autres dommages, comme la perte de profits⁽¹⁾. Je suis d'accord avec la procureure de la demanderesse à cet égard. Toutefois, il faudrait qu'il s'agisse d'un cas où la résiliation est faite à l'encontre des stipulations du contrat et qu'elle constitue, partant, une faute. Pour obtenir des dommages-intérêts dans le cas d'action basée sur un contrat,

(1) Chantal Perreault, *Les clauses pénales*. Cowansville, Yvon Blais, 1988 à la p. 81: *Nord Laurentien Automate inc. c. Mc Chure*, [1978] C.P. 430, à la p. 435 (jurisprudence citée par la demanderesse).

il faut établir la faute du débiteur contractuel, c'est-à-dire démontrer qu'il ne s'est pas conformé aux obligations qu'il avait assumées. Je veux bien croire que, comme le souligne la procureure de la demanderesse, le défendeur avait une obligation de résultat, mais il avait aussi le droit, prévu au contrat, de résilier le contrat: comment, dans un tel cas, le fait de résilier le contrat pourrait-il constituer une faute contractuelle? Les parties ont prévu une indemnité, il est vrai, en guise de dédommagement pour les services rendus mais ceci n'ouvre pas la porte à une indemnité additionnelle pour d'autres dommages, puisqu'il ne peut y avoir préjudice indemnisable sans faute contractuelle.

Je me permets de souligner que, le défendeur n'invoquant pas qu'il y a eu transaction et n'ayant pas fait d'offre et consignation pour le solde du montant de 2 500\$, la preuve n'a pas porté d'une façon particulière sur la transaction discutée qui a déjà fait l'objet d'un paiement de 500\$. D'une part, je dois donc, à partir du seul témoignage qui traite explicitement de cette question, soit celui du représentant de la demanderesse, considérer que la transaction était faite sous condition suspensive du paiement entier de la somme de 2 500\$. D'autre part, je ne peux restreindre les dépens comme j'aurais dû le faire s'il y avait eu offre et consignation.

POUR CES MOTIFS, LA COUR:

ACCUEILLE pour partie l'action de la demanderesse;

CONDAMNE le défendeur à payer à la demanderesse la somme de 2 000\$ en capital avec intérêts au taux légal plus l'indemnité additionnelle prévue à l'article 1619 C.c.Q. à compter de la mise en demeure, avec dépens.

GÉRALD BOSSÉ
JUGE À LA COUR DU QUÉBEC

LA FORGE, BARBEAU, avocats - Me Marjorie Forgues
procureurs de la demanderesse - casier 160

DESJARDINS DUCHARME STEIN MONAST - Me Benoît Ringuet
procureurs du défendeur - casier 14

Jurisprudence et doctrine citées:

Lavallée c. 134525 Canada inc., [1993] R.D.J. 598 (C.A.).

Laverdière c. St-Georges (15 février 1996), Montréal 500-09-001659-903 (C.A.) - J.E. 96-489.

Thalasso P.D.G. inc. c. Laboratoires Aeterna inc. (21 avril 1997), Québec 200-05-003961-963 (C.S.) - J.E. 97-1115.

I.C.G. gaz liquide ltée c. Méro Liquid Carriers Ltd. (26 mars 1991), Montréal 500-09-000262-873 (C.A.) - J.E. 91-550.

Nord Laurentien Automate inc. c. Mc Clure, [1978] C.P. 430.

Roger Bisson inc. c. Bannester, [1989] R.J.Q. 2359 (C.S.).

Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 5e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1998 aux pp. 675-681.

Louise Langevin et Nathalie Vézina, «*Certaines autres sources de l'obligation*» dans École du Barreau du Québec, *Obligations et contrats*, vol. 5 (1997-98), Cowansville, Yvon Blais, 1997 à la p. 61.

Louise Langevin et Nathalie Vézina, «*L'exécution de l'obligation*» dans École du Barreau du Québec, *Obligations et contrats*, vol. 5 (1997-98), Cowansville, Yvon Blais, 1997 aux pp. 95-97.

Jean Pineau, Danielle Burman et Serge Gaudet, *Théorie des obligations*, 3e éd., Montréal, Thémis, 1996 aux pp. 64S-677.

Chantal Perreault, *Les clauses pénales*, Cowansville, Yvon Blais, 1988 aux pp. 23-25, 32-33, 46-49, 78-81, 108-111, 120-123, 130-141.