

C A N A D A

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
District de Montréal

No. R-3867-2013 – PHASE 1

ENERGIR, s.e.c., 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 « Énergir »),

PLAN D'ARGUMENTATION D'ÉNERGIR

AU SOUTIEN DE SA DEMANDE, ÉNERGIR EXPOSE RESPECTUEUSEMENT CE QUI SUIT :

I. **ARGUMENT PRINCIPAL : LA RÉGIE N'A PAS RENDU DÉCISION DONNANT OUVERTURE À L'APPLICATION DES ARTICLES 37 ET 40 DE LA LOI SUR LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE (« LRÉ »)**

A. **CONDITIONS REQUISES POUR L'APPLICATION DES ARTICLES 37 ET 40 LRÉ**

1. Dans sa décision D-2001-049, la Régie écrivait ce qui suit quant à la nature des décisions visées par l'article 37 LRÉ :

« La décision D-2000-214 de la Régie est-elle de la nature de celles visées à l'article 37 de la Loi et sa révision en conséquence limitée aux cas d'ouverture et selon les conditions énoncées à cet article?

Pour répondre à cette question, il y a lieu de rappeler la distinction qui doit être faite entre une décision interlocutoire et une décision ultime ou finale. Les commentaires du professeur Yves Ouellette à cet égard s'avèrent pertinents :

« Pour être élevé au rang de décision, l'acte du tribunal administratif doit d'abord résulter de l'exercice d'une habilitation législative et épuiser cette compétence légale, ce qui distingue la décision de l'acte préparatoire, comme l'ordonnance interlocutoire [...] »¹¹

« [...] de façon générale, une décision interlocutoire ne doit pas être considérée sur le même pied qu'une décision ultime par laquelle un organisme épuise sa compétence aux termes de la loi. C'est cette dernière catégorie de décisions seulement qui est assujettie à la doctrine du dessaisissement (« functus officio ») et aux textes de loi ne permettant le réexamen que pour certains motifs déterminés. Bien que le droit en la matière soit encore en développement, reconnaître aux tribunaux administratifs une compétence implicite pour réviser, et au besoin révoquer pour cause, ces ordonnances interlocutoires est dans l'intérêt de l'efficacité de la procédure et de la primauté du droit; c'est aussi reconnaître la spécificité des tribunaux administratifs.

Le cas des ordonnances que la loi autorise expressément un tribunal à prononcer en cours d'audience présente une difficulté particulière (ordonnances de produire des documents, de non-publication, etc.). De telles ordonnances prennent effet

*immédiatement et peuvent souvent faire l'objet d'un recours en révision judiciaire. Bien qu'aux fins de réexamen, le droit en la matière ne soit pas clair, il faut reconnaître aux commissions une compétence implicite pour réexaminer et au besoin annuler pour cause de telles ordonnances interlocutoires, dans l'intérêt de la simplicité de la procédure et de la primauté du droit. » (Yves Ouellette, *Les Tribunaux Administratifs au Canada, Procédure et Preuve*, 1997, Éditions Thémis, page 424)*

2. Le juge Sopinka, dans l'arrêt *Chandler* ([1989] 2 R.C.S. 848, 861), s'est prononcé de la façon suivante au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada à propos de l'application de la doctrine du dessaisissement aux tribunaux administratifs :

*« Je ne crois pas que le juge Martland ait voulu affirmer que le principe *functus officio* ne s'applique aucunement aux tribunaux administratifs. Si l'on fait abstraction de la pratique suivie en Angleterre, selon laquelle on doit hésiter à modifier ou à rouvrir des jugements officiels, la reconnaissance du caractère définitif des procédures devant les tribunaux administratifs se justifie par une bonne raison de principe. En règle générale, lorsqu'un tel tribunal a statué définitivement sur une question dont il était saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé. Il ne peut le faire que si la loi le lui permet ou s'il y a eu un lapsus ou une erreur au sens des exceptions énoncées dans l'arrêt *Paper Machinery Ltd. v. J. O. Ross Engineering Corp.*, précité.*

*Le principe du *functus officio* s'applique dans cette mesure. Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d'une cour de justice dont la décision peut faire l'objet d'un appel en bonne et due forme. C'est pourquoi j'estime que son application doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décisions rendues par des tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Il est possible que des procédures administratives doivent être rouvertes, dans l'intérêt de la justice, afin d'offrir un redressement qu'il aurait par ailleurs été possible d'obtenir par voie d'appel. »*

[nous soulignons]

3. Énergir soumet que la décision D-2016-100 n'affiche pas le caractère « final », « ultime » ou « définitif » donnant ouverture à l'application des articles 37 et 40 LRÉ, ou de la doctrine du dessaisissement, de manière à rendre irrecevable la 3^e demande réamendée;

B. DÉCISION D-2016-100

- 1 4. Le 23 juin 2016, dans sa décision D-2016-100, la Régie écrivait notamment ce qui suit :

« [693] La Régie ordonne au Distributeur de mettre à jour l'Étude portant sur les données du dossier tarifaire 2014 pour tenir compte de la présente décision. Il devra présenter, pour chacun des éléments modifiés :

- les hypothèses retenues;
- le détail des calculs effectués et les explications requises;
- l'impact de la modification sur les résultats de l'Étude par rapport aux résultats obtenus avec la méthode actuelle. »

[nous soulignons, emphases dans la décision]

5. Énergir soumet qu'en demandant à Énergir de fournir une mise à jour de l'étude d'allocation illustrant « l'impact de la modification sur les résultats de l'Étude par rapport aux résultats obtenus avec la méthode actuelle », la Régie annonçait qu'elle ne se « dessaisissait » pas définitivement de la demande soumise par Énergir portant sur l'établissement de la méthode d'allocation des coûts et signalait qu'une étape supplémentaire était requise afin de lui permettre de constater le *comportement* de la Méthode retenue ;
6. Énergir soumet que la Régie n'était donc pas *functus officio* le 23 juin 2016 à l'égard de la méthode d'allocation des coûts en rendant la décision D-2016-100 et, conséquemment, pouvait continuer de recevoir et de considérer des éléments de preuve à cet égard, sous réserve du respect des règles de justice naturelle;

C. 2^E DEMANDE RÉAMENDÉE ET LES « AJUSTEMENTS POSSIBLES À LA MÉTHODE RETENUE »

7. Au lendemain du 23 juin 2016, Énergir pouvait donc soumettre d'autres éléments à la Régie pour fins de considération relativement à la méthode d'allocation des coûts;
- 2 8. Ainsi, le 21 octobre 2016, lors du dépôt de sa 2^e demande réamendée (B-0148), Énergir portait à l'attention de la Régie des « ajustements possibles » à la Méthode retenue;
9. Par sa 2^e demande réamendée et la preuve produite à son soutien (notamment la pièce B-0149) Énergir portait à l'attention de la Régie un constat qu'elle a tiré dans les semaines suivant la réception de la décision D-2016-100 voulant que la Méthode retenue, lorsque mise en application, ne permettait pas « un partage équitable des économies et déséconomies d'échelle ni de respecter la causalité des coûts » (B-0148, par. 10);
10. Sur la base de ce constat, Énergir demandait alors à la Régie, par l'intermédiaire de sa 2^e demande réamendée, de « prendre acte d'ajustements possibles à la Méthode retenue » (« Ajustements »);
11. Cette demande a amené la Régie à convoquer les participants au présent dossier à une rencontre préparatoire devant se tenir le 2 novembre 2016;

3 D. RENCONTRE PRÉPARATOIRE DU 2 NOVEMBRE 2016

12. Dans le cadre de la rencontre préparatoire, la Régie désirait entendre les participants sur les éléments suivants :
 - 1- Commentaires sur la nature de la 2^e demande réamendée et des conclusions recherchées par le Distributeur,
 - 2- Commentaires quant au traitement, le cas échéant, de la 2^e demande réamendée et incidence anticipée sur le traitement des différentes phases du dossier,
- Lettre communiquée aux participants le 27 octobre 2016 (A-0060);

13. Lors de la rencontre préparatoire, les plaidoiries ont porté, en très grande partie, sur la conclusion de la 2^e demande réamendée relative aux Ajustements;
14. À cette occasion, aucun procureur n'a plaidé l'irrecevabilité de la 2^e demande réamendée et/ou de la conclusion relative aux Ajustements;
15. Bien au contraire, les représentations formulées en rencontre préparatoire ne pouvaient être comprises que d'une seule façon : la Régie était pleinement compétente pour se saisir et disposer de la conclusion relative aux Ajustements, sous réserve toutefois de devoir permettre aux participants de se faire entendre à ce sujet;

- Représentations de M^e Guy Sarault pour l'ACIG, notes sténographiques du 2 novembre 2016, Vol. 6, p. 43 et 44 :

« Alors, qu'est-ce qu'on fait? Est-ce qu'on va en révision? Techniquement, oui. On pourrait dire, bon, « On aurait pu le faire au mois de juillet. Oui, écoutez, on vous a envoyé une lettre. On a été pragmatique nous autres aussi. On a dit, écoutez, on s'est dit, ça serait prématuré. On va attendre de voir ce que ça dit, cette décision-là selon Gaz Métro. C'est quoi l'analyse qualitative, quantitative, les hypothèses retenues, et caetera? » Puis là, on a lu la preuve. On trouve que c'est une bonne preuve, que c'est bien fait, que c'est fouillé. Gaz Métro connaît son sujet, ils l'ont étudié pour les fins de la décision. Après ça, ils ont bien analysé la décision, ils arrivent avec ça. On nous dit que c'est une approche pragmatique. » (nous soulignons)

- Représentations de M^e Jean-Philippe Thériault pour la FCEI, notes sténographiques du 2 novembre 2016, Vol. 6, p. 60 et 61 :

« Une fois que la Régie aura déterminé si la méthode a été appliquée de façon adéquate ou non et une fois que la Régie a déterminé s'il existe ou non des failles ou des problématiques relativement à l'application de la décision, on pourra aller dans une phase subséquente déterminer... établir... Excusez-moi! La Régie pourra décider d'apporter des ajustements à cette dernière et, dans un tel cas, déterminer quelle sera la procédure appropriée d'office, voir selon quelle procédure on devrait procéder. Mais, comme je le mentionnais, avant ça, c'est nécessaire de se prononcer quant à la conformité de la méthode qui a été appliquée. » (nous soulignons)

- Représentation de M^e Geneviève Paquet pour le GRAME, notes sténographiques du 2 novembre 2016, Vol. 6, p. 65 :

« Donc, ça implique que Gaz Métro n'aurait pas eu l'occasion de se faire entendre par rapport à la méthode qui était proposée par Gaz Métro et donc peut-être la règle audi alteram partem n'aurait pas été respectée pour le Distributeur qui était le demandeur au présent dossier. Donc, si on veut lui permettre de présenter ses observations, on soumet que la meilleure façon, ce serait de réouvrir l'enquête. Et on soumet que la Régie a ce pouvoir-là. J'ai un extrait à vous déposer, un extrait de doctrine qui est en fait un extrait du livre « Droit administratif » de monsieur Patrice Garant. Donc, j'en donne une copie à mon confrère et à Madame la Greffière. » (nous soulignons)

- Représentations de M^e Franklin Gertler pour le ROÉÉ, notes sténographiques du 2 novembre 2016, Vol. 6, p. 75 et 85 :

« Alors, c'est possible que ça soit dans vos pouvoirs de les entendre ou de regarder la demande de cette manière-là, même si le « prendre acte » est eu peu, peut-être curieux. » (nous soulignons)

« Mais c'est sûr que, en même temps, il faut composer avec la réalité, que ce soit maintenant comme suivi, ou maintenant comme ouverture de requête, ou maintenant demande de révision, ou dans un an dans une nouvelle demande. On ne peut pas se mettre à l'abri de se faire dire qu'il y a un problème. Mais par contre, il va falloir le... si on réouvre le débat, bien, il faut le faire correctement. » (nous soulignons)

- Représentations de M^e Dominique Neuman pour SÉ-AQLPA, notes sténographiques du 2 novembre 2016, Vol. 6, p. 95 :

« Mais, je comprends, des échanges qui ont été tenus depuis le début de la journée entre la Régie et les différents participants que ce n'est pas seulement la qualification qui vous préoccupe, c'est l'opportunité d'accueillir cette demande de rouvrir le... de rouvrir le débat, peu importe comment est-ce qu'on qualifie la demande, compte tenu du principe de finalité, du principe d'efficacité qui... des actions de la Régie qui doivent prévaloir. (...) Ceci étant dit, nous vous plaidons que la demande de Gaz Métro pourrait être qualifiée de sept manières possibles qui seraient toutes de la juridiction de la Régie en premier instance. » (nous soulignons)

- Représentations de M^e Hélène Sicard pour UC, notes sténographiques du 2 novembre 2016, Vol. 6, p. 117-118

« Vous avez posé la question à maître Sigouin-Plasse : « Est-ce que c'est un fait nouveau? » Dans le contexte du présent dossier, où on a un dossier générique et une toute nouvelle formule, je pense que les résultats que donne cette formule, avec des hypothèses que vous ne connaissiez pas, que vous ne saviez pas d'avance quelles hypothèses Gaz Métro allait utiliser, et les hypothèses et le résultat qu'elle donne sont des faits nouveaux auxquels... vous ne saviez pas à quoi vous attendre. Alors, ça arrive, c'est là, si ça ne fait pas votre affaire, si vous jugez que, de fait, l'intention de votre décision, de par l'application de ces hypothèses et de ces deux (2) ou trois (3) éléments, là, qui sont problématiques, amènent à quelque chose que vous ne vouliez pas et que vous n'aviez pas l'intention de voir, vous avez définitivement, selon moi, en vertu de l'article 37, de pouvoir de dire : « O.K., fait nouveau, ça ne marche pas. Sur ces deux (2) éléments là ou ces trois (3) éléments là, je veux un correctif. Je veux un ajustement. » (nous soulignons)

16. D'ailleurs, lors de la rencontre préparatoire, la question des effets produits par la décision D-2016-100 à la lumière de l'article 40 LRÉ a été discutée et aucune représentation n'a alors été formulée voulant que cette disposition rendait impossible l'examen de la conclusion relative aux Ajustements;

- Notes sténographiques du 2 novembre 2016, p. 16, 70, 87

17. Ainsi, Énergir soumet respectueusement qu'au sortir de cette rencontre préparatoire, il était permis de croire que s'il existait toujours un doute quant à la possibilité pour la Régie de se saisir de la conclusion relative aux Ajustements, ceci aurait alors été signalé dans la décision procédurale subséquente à la rencontre préparatoire;

18. Or, comme il appert du contenu de la décision procédurale D-2016-178, la Régie n'a pas emprunté cette avenue et a plutôt défini un traitement procédural propre aux Ajustements;

E. DÉCISION PROCÉDURALE D-2016-178 : TRAITEMENT EN DEUX « SOUS-PHASES »

- 4 19. Le 17 novembre 2016, la Régie a rendu la décision D-2016-178, intitulée « Décision procédurale – Suite de la phase 1 »;
20. Dans cette décision, la Régie indique notamment ce qui suit :

« [39] La Régie n'a pas complété son examen des documents soumis par Gaz Métro, qu'il s'agisse de vérifier la conformité d'application de la Décision, **ou encore**, de juger de la pertinence ou du caractère probant des constats et suggestions d'ajustement.

[40] À cette étape du déroulement de la Phase 1, comme mentionné par plusieurs participants à la rencontre préparatoire, la Régie doit **d'abord** s'assurer que les informations déposées par le Distributeur satisfont aux exigences de la Décision et vérifier qu'il en a fait une application conforme.

[41] Si la Régie considère les informations incomplètes ou juge non conforme l'application du Distributeur, elle pourra le questionner à cet effet, lui demander d'effectuer d'autres calculs ou encore, lui ordonner de déposer des documents additionnels.

[42] La Régie entend conduire **cette étape** au cours des prochaines semaines. **Au terme de cette étape**, elle devra rendre une décision visant l'approbation et la mise en vigueur de l'Étude.

[43] **En ce qui a trait à l'autre volet** de la 2e Demande réamendée, **qui concerne les ajustements possibles** à la Méthode proposés par le Distributeur, la Régie a pris bonne note des commentaires formulés lors de la rencontre préparatoire. Elle constate, par ailleurs, une certaine unanimité sur le fait qu'il n'y a pas lieu de revoir l'ensemble des sujets traités dans la Décision.

[44] Si, à la lumière des résultats de l'Étude mise à jour, la Régie considère que ceux-ci ne satisfont pas aux principes qu'elle a retenus et à l'esprit de la Décision, et si elle juge qu'il y a lieu de reconsidérer certains paramètres de la Méthode, **elle en informera** les participants et **établira la procédure appropriée à cette reconsidération**. À l'instar de plusieurs participants, la Régie est d'avis qu'il serait plus opportun et efficient que **cet examen** se fasse dans le cadre du présent dossier.

[45] En conséquence, la Régie considère qu'il est **prématuré de se prononcer** sur la 2e Demande réamendée **en ce qui a trait aux ajustements possibles** à la Méthode proposés par le Distributeur. »

[nos emphases, nous soulignons]

21. Il appert de cet extrait de la décision D-2016-178 que la Régie a défini un traitement procédural de la phase 1 en la scindant virtuellement, mais néanmoins clairement, en deux « sous-phases » : une première afin de « s'assurer que les informations déposées par le Distributeur satisfont aux exigences de la [décision D-2016-100] Décision et vérifier qu'il en a fait une application conforme » et une seconde portant sur l'examen des Ajustements;
22. En effet, en employant les mots « ou encore » et « d'abord » aux paragraphes 39 et 40, la Régie dissociait nettement, d'une part, l'étude de la question de la « conformité d'application de la [décision D-2016-100] » et, d'autre part, l'examen des Ajustements;

-
23. Cette dissociation se retrouve également exprimée au paragraphe 42 de la décision D-2016-178 où la Régie emploie les mots « étape » et « au terme de cette étape » pour désigner l'exercice de validation de la conformité à la décision D-2016-100 ainsi qu'au paragraphe 43 lorsqu'elle utilise les mots « autre volet » à propos des Ajustements;
 24. Par ailleurs, par sa décision D-2016-178, la Régie n'indique pas qu'elle refuse de se saisir de la conclusion portant sur les Ajustements ou qu'elle juge cette conclusion irrecevable à la lumière, notamment, de l'article 40 LRÉ;
 25. Au contraire, au paragraphe 44 de cette décision, la Régie précise qu'il serait plus efficace et opportun que « l'examen » des Ajustements se fasse dans le présent dossier mais qu'il était, alors, « prématuré de se prononcer (...) en ce qui a trait [aux Ajustements] »;
 26. Suivant la décision D-2016-178, il était donc permis de s'attendre à ce que la Régie « se prononce » sur les Ajustements dans le cadre d'une « sous-phase » dédiée à cet effet;
 27. Ainsi, Énergir soumet respectueusement que le contenu de la décision D-2016-178 n'a pas eu pour effet d'écarter ou d'invalidier la conclusion relative aux Ajustements, mais simplement de surseoir à son analyse afin de permettre à la Régie, « d'abord » (D-2016-178, par. 40), de vérifier la conformité de la mise à jour de l'Étude avec la décision D-2016-100;
 28. Énergir soumet que l'utilisation du terme « d'abord » par la Régie au paragraphe 40 de la décision D-2016-178 revêt une grande importance dans l'évaluation de la portée des décisions D-2017-063 et D-2017-134 rendues subséquemment par la Régie en lien avec la conformité de la mise à jour de l'Étude;
 29. En effet, en utilisant le terme « d'abord » au paragraphe 40 de la décision D-2016-178, la Régie signalait alors clairement qu'en disposant éventuellement de la question de la conformité dans une décision (ou des décisions) à intervenir, elle ne disposerait pas, par la même occasion, de la conclusion relative aux Ajustements et que cela se fera plutôt dans un second temps ;
 30. Comme il appert des étapes procédurales subséquentes à la décision D-2016-178, et comme il sera plus amplement ci-après discuté, la Régie a mené à terme cette première « étape » (D-2016-178, par. 42) ou première « sous-phase » en rendant la décision D-2017-134;

F. ÉTAPES PROCÉDURALES SUBSÉQUENTES À LA DÉCISION D-2016-178 : EXERCICE DE VALIDATION DE LA CONFORMITÉ DE L'ÉTUDE D'ALLOCATION (PREMIÈRE SOUS-PHASE)

- 5.1 31. Le 18 janvier 2017, Énergir déposait ses réponses à la demande de renseignements (« DDR ») n° 4 de la Régie, laquelle, comme il appert de son contenu, visait à valider la conformité de la mise à jour de l'étude d'allocation déposée par Énergir le 21 octobre 2016 (B-0153) et ne comportait aucune question relative aux Ajustements, confirmant ainsi le traitement procédural en deux « sous-phases »;
- B-0169, Gaz Métro-3, Document 20, Réponses d'Énergir à la demande de renseignements n° 4 de la Régie

5.2 32. Le 20 janvier 2017, Énergir déposait ses réponses à la DDR n° 6 de la Régie, laquelle, comme il appert de son contenu, visait à valider la conformité de la mise à jour de l'étude d'allocation déposée par Énergir le 21 octobre 2016 (B-0153) et ne comportait aucune question relative aux Ajustements, confirmant ainsi le traitement procédural en deux « sous-phases »;

➤ B-0173, Gaz Métro-3, Document 21, Réponses d'Énergir à la demande de renseignements n° 6 de la Régie

5.3 33. Le 16 février 2017, une séance de travail s'est tenue afin de « clarifier certains éléments de l'Étude d'allocation des coûts » et, à cette occasion, les Ajustements n'étaient pas à l'ordre de jour, confirmant ainsi le traitement procédural en deux « sous-phases »;

➤ A-0085, Lettre de convocation à la séance de travail du 16 février 2017

34. Il appert de ce qui précède que les étapes procédurales subséquentes à la décision D-2016-178 étaient conséquentes avec la volonté exprimée par la Régie dans cette dernière décision de « d'abord s'assurer que les informations déposées par le Distributeur satisfont aux exigences de la [décision D-2016-100] et vérifier qu'il en a fait une application conforme » (nous soulignons, D-2016-178, par. 42);

G. DÉCISIONS D-2017-063 ET D-2017-134 CLÔTURANT LA PREMIÈRE « SOUS-PHASE »

5.4 35. Le 22 juin 2017, la Régie a rendu la décision D-2017-063 intitulée « Décision partielle – Conformité d'application de la décision D-2016-100 relative à l'étude d'allocation du coût de service »;

36. Comme il appert de l'intitulé de cette décision ainsi que de son contenu, et de manière conséquente au traitement procédural défini par la décision D-2016-178 (par. 40 à 42), la Régie aborde dans cette décision la question de la conformité d'application à la décision D-2016-100, sans y aborder celle des Ajustements;

37. D'ailleurs, au paragraphe 97 de sa décision D-2017-063, la Régie écrit :

« [97] Comme mentionné dans la décision D-2016-178, dans l'attente de la mise à jour de l'Étude, conformément à l'ensemble des décisions rendues dans le cadre de la phase 1, la Régie réserve sa décision sur la 2^e demande réamendée du Distributeur ».

[nous soulignons]

38. Nous soulignons que cette réserve de la Régie, malgré sa facture générale, ne pouvait pas concerner l'ensemble des conclusions recherchées par Énergir dans la 2^e demande réamendée puisque, par cette décision D-2017-063, la Régie donne partiellement suite à une des conclusions qui y étaient contenues, soit d'approuver « les nouveaux facteurs FACTURATION et CONDPRIN-FS21 »;

39. Dès lors, par la décision D-2017-063, la Régie disposait d'une des cinq conclusions recherchées par la 2^e demande réamendée, réservant par ailleurs sa juridiction à l'endroit des autres conclusions recherchées, dont celle relative aux Ajustements, et ce, toujours de manière conséquente avec le traitement procédural défini dans la décision D-2016-178;

40. Également, la Régie demandait notamment à Énergir de déposer, au plus tard le 31 août 2017, une seconde mise à jour de l'étude d'allocation, illustrant du même coup que les travaux d'analyse étaient loin d'être terminés au lendemain de la décision D-2016-100 et confirmant l'absence de caractère « final », « ultime » ou « définitif » de cette décision ;

5.5 41. Le 31 août 2017, Énergir déposait sa 3^e demande réamendée (B-0310) ainsi que les réponses aux différents suivis requis par la Régie dans la décision D-2017-063, dont la seconde mise à jour de l'Étude;

42. Comme il appert du paragraphe 15 de la 3^e demande réamendée, Énergir indique qu'elle a adapté les Ajustements afin de tenir compte de l'impact de la décision D-2017-063, sans toutefois modifier la conclusion à l'égard des Ajustements, celle-ci étant alors toujours d'actualité dans l'attente d'un traitement et d'une décision de la Régie sur la seconde « sous-phase » de la phase 1;

43. Par ailleurs, comme il est d'usage de le faire, Énergir a retranché, par l'intermédiaire de sa 3^e demande réamendée, les conclusions relatives au « maintien du facteur CAU pour l'allocation des conduites de transmission » et aux nouveaux facteurs FACTURATIOND et CONDPRIN-FS21 puisque la Régie en avait disposé par l'intermédiaire de sa décision D-2017-063;

44. Ainsi, au 31 août 2017, les conclusions dont était saisie la Régie demeuraient les suivantes :

ACCUEILLIR la présente 3^e demande réamendée;

PRENDRE ACTE de la mise à jour de l'étude d'allocation du coût de service de distribution, tel que présentée à la pièce Gaz Métro-2, Document 20 et **S'EN DÉCLARER SATISFAITE**;

PRENDRE ACTE de l'échéancier des actions qui seront mises en place pour la constitution d'une base de données, tel que présenté à la pièce Gaz Métro-2, Document 20 et **S'EN DÉCLARER SATISFAITE**;

PRENDRE ACTE des ajustements possibles à la Méthode retenue;

[...]

APPROUVER le facteur APPRO;

5.6 45. Le 18 octobre 2017, Énergir déposait une version révisée de la seconde mise à jour de l'Étude d'allocation;

5.7 46. Le 13 décembre 2017, la Régie rendait sa décision D-2017-134 intitulée « Décision finale – Conformité d'application de la décision D-2017-063 en suivi de la décision D-2016-100 relative à l'étude d'allocation du coût de service »;

47. De manière conséquente au traitement procédural définit dans la décision D-2016-178, la Régie y précise l'objet de la décision D-2017-134 en ces termes :

« [15] Dans la présente décision, la Régie se prononce sur la conformité de la mise à jour de l'Étude déposée par Énergir (ou le Distributeur) le 18 octobre 2017 tel que demandé dans la décision D-2017-063, en suivi de la décision D-2016-100. »

[nous soulignons]

48. Ainsi, par cette décision, la Régie ne disposait que des conclusions relatives à la première « sous-phase » concernant la portion de l'analyse cernée par les paragraphes 40 à 42 de la décision D-2016-178 (et devenait *functus officio* à l'égard de cet exercice d'examen de la conformité), laissant par ailleurs plein effet à la conclusion relative aux Ajustements dans l'attente du démarrage de la seconde « sous-phase » annoncée dans cette dernière décision;
49. Énergir soumet respectueusement que le silence de la décision D-2017-134 à l'égard des Ajustements et le constat de la Régie qui s'y retrouve quant à la conformité de la mise à jour de l'Étude ne peuvent être interprétés comme constituant implicitement ou explicitement un rejet de la conclusion formulée par Énergir dans la 3^e demande réamendée relative aux Ajustements, et ce, notamment pour les deux raisons :
- a. comme indiqué aux paragraphes 29 et 30 du présent plan d'argumentation, l'utilisation du terme « d'abord » par la Régie au paragraphe 40 de la décision D-2016-178 signalait clairement que l'issue de la première « sous-phase », en l'occurrence la décision D-2017-134, ne concernerait que la question de la conformité,
 - b. la décision D-2017-134 ne motive pas suffisamment, voir aucunement, un tel éventuel rejet de la conclusion relative aux Ajustements, ce qui serait contraire à l'article 18 LRÉ;
50. Ainsi, Énergir soumet respectueusement que la décision D-2017-134, si elle revêt la nature d'une décision « finale », « ultime » ou « définitive » au sens des articles 37 et 40 LRÉ et de la jurisprudence applicable, ceci n'est vrai qu'à l'endroit du sujet traité dans la première sous-phase, soit celle de la conformité de la mise à jour de l'Étude;
51. Conséquemment, cette décision D-2017-134 n'a produit aucun effet « final », « ultime » ou « définitif » à l'endroit de la conclusion relative aux Ajustements de manière à la rendre maintenant irrecevable ou sans objet;
52. Bien que la D-2017-134 n'ait pas pour effet de rendre la conclusion relative aux Ajustement sans objet, Énergir reconnaît toutefois qu'elle jouera un rôle dans l'évaluation desdits Ajustements puisque, dans sa décision D-2016-178, la Régie écrivait :

« [44] Si, à la lumière des résultats de l'Étude mise à jour, la Régie considère que ceux-ci ne satisfont pas aux principes qu'elle a retenus et à l'esprit de la Décision, et si elle juge qu'il y a lieu de reconsidérer certains paramètres de la Méthode, elle en informera les participants et établira la procédure appropriée à cette reconsidération. »

[nous soulignons]

- 6.2
53. Énergir soumet que la Régie est rendue à l'étape décrite au paragraphe 44 de la décision D 2016-178 et qu'il y aurait lieu maintenant d'établir une procédure permettant l'examen des Ajustements, et ce, « à la lumière des résultats de l'Étude mise à jour » jugée conforme par la décision D-2017-134 et donnant l'occasion aux participants de se faire entendre à ce sujet;
 54. Compte tenu de ce qui précède relativement à l'argument principal avancé par Énergir, celle-ci invite la Régie à déclarer recevable la 3^e demande réamendée;
 55. Par ailleurs, si, pour quelque raison ou motif, la Régie devait ne pas retenir l'argument principal d'Énergir, cette dernière soumet alors que la 3^e demande réamendée demeure recevable considérant l'argument subsidiaire ci-après développé;

II. ARGUMENT SUBSIDIAIRE : LA RÉGIE PEUT D'OFFICE RÉVISER SA DÉCISION D-2016-100 EN VERTU DU PREMIER PARAGRAPHE DE L'ALINÉA 1 DE L'ARTICLE 37 LRÉ

56. Si, malgré l'argument principal développé par Énergir, la Régie devait conclure que la décision D-2016-100 affiche les caractéristiques d'une décision « finale », « ultime » et « définitive » au sens des articles 37 et 40 LRÉ ainsi que de la jurisprudence applicable, Énergir soumet alors, de manière subsidiaire, qu'elle devrait se saisir d'office de la 3^e demande réamendée en vertu du paragraphe 1 de l'alinéa 1 de l'article 37 LRÉ :

37. La Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue:

1° lorsqu'est découvert un fait nouveau qui, s'il avait été connu en temps utile, aurait pu justifier une décision différente;

57. Lors de la rencontre préparatoire du 2 novembre 2016, des représentations ont été effectuées soutenant que la conclusion relative aux Ajustements pouvait être assimilée à un « fait nouveau » au sens du 1^{er} paragraphe de l'alinéa 1 de l'article 37 LRÉ, considérant que le constat d'absence d'arrimage entre les résultats de la Méthode retenue et les Principes directeurs (« Constat ») constituerait un fait nouveau au sens de cette disposition;
 - Représentations de M^e Dominique Neuman pour SÉ-AQLPA, notes sténographiques du 2 novembre 2016, vol. 6, p. 105-106
 - Représentations de M^e Hélène Sicard pour UC, notes sténographiques du 2 novembre 2016, vol. 6, p. 117-18
58. Dans sa décision D-2012-090, la Régie écrivait ce qui suit à propos de la notion de « fait nouveau » :

« [19] En matière de demande de révision en vertu de l'article 37 alinéa 1 (1°) de la Loi, la Régie doit, pour y donner ouverture, constater l'existence d'un fait nouveau qui, s'il avait été connu en temps utile, aurait pu justifier une décision différente. Il est également de jurisprudence constante que la révision ne peut être le moyen déguisé d'un appel par lequel la seconde formation substituerait sa propre appréciation des faits.

[20] L'intervention de la formation en révision sur le fond du dossier n'est permise qu'une fois qu'est établie l'existence du fait nouveau mentionné au paragraphe précédent.

[21] La doctrine définit de la façon suivante la notion de « fait nouveau » :

« Ainsi, découvrir un fait nouveau au sens du paragraphe 1 de ces articles signifie que l'on découvre pour la « première fois » après l'audience un fait nouveau, et ce, malgré des démarches adéquates. Découvrir un fait nouveau ne signifie donc pas « obtenir » après l'audience une information pertinente. De plus, découvrir un fait nouveau ne veut pas dire découvrir un témoignage de plus au sujet d'un fait déjà discuté au procès.

En fait, trois éléments sont nécessaires pour que l'on puisse parler de la découverte d'un fait nouveau :

- 1) la découverte, postérieure à la décision, d'un fait nouveau;
- 2) la non disponibilité de cet élément au moment de l'audition;
- 3) le critère déterminant qu'aurait eu cet élément sur le sort du litige, s'il eût été connu en temps utile.

Soulignons ainsi qu'une nouvelle interprétation jurisprudentielle n'est pas un fait nouveau au sens du paragraphe 1 de ces articles. Ne serait pas non plus un fait nouveau que d'invoquer un nouvel argument de droit ». (M^e J.-P. Villaggi, *Droit public et administratif*, Collection de droit 2006-2007, vol. 7, Cowansville, Yvon Blais, 2006, p. 135)

59. Énergir soumet que le Constat décrit dans sa pièce B-0149 rencontre les critères définis par la doctrine et la jurisprudence en ce qu'il :
 - 1) ne pouvait être fait qu'après que la décision D-2016-100 ait été rendue
 - 2) n'était pas disponible au moment de l'audition
 - 3) est déterminant sur le sort du « litige »
60. Ainsi, Énergir croit que, dans la mesure où la Régie est convaincue que le Constat est exact, elle devrait d'office réviser la décision D-2016-100 en intégrant les Ajustements à la Méthode retenue;
61. À cet égard, Énergir comprend cependant des échanges tenus lors de la rencontre préparatoire du 2 novembre 2016 que la Régie voudra, d'abord, être convaincue de la justesse du Constat, autrement dit si le « fait nouveau » existe véritablement;
 - Notes sténographiques du 2 novembre 2016, p. 92
62. Or, les différentes étapes procédurales franchies depuis le dépôt de la 2^e demande réamendée le 21 octobre 2016 et de la preuve relative aux Ajustement (B-0149) n'ont pas permis à Énergir, ni aux intervenants, de se faire entendre à ce sujet, puisque la seconde sous-phase n'a jamais été amorcée;
63. Ainsi, afin de pouvoir statuer sur l'application du premier paragraphe de l'alinéa 1 de l'article 37 LRÉ, la Régie doit permettre aux participants de se faire entendre (oralement ou par écrit) sur l'exactitude du Constat et ensuite, déterminer si elle accepte, ou non, de réviser d'office la décision D-2016-100;

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Montréal, le 19 avril 2018

(s) Hugo Sigouin-Plasse

M^e Hugo Sigouin-Plasse
Procureur de la demanderesse
1717, rue du Havre
Montréal (Québec) H2K 2X3
téléphone : (514)-598-3767
télécopieur : (514)-598-3839
adresse courriel pour ce dossier :
dossiers.reglementaires@energir.com