

C A N A D A

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

DOSSIER R-3879-2014
PHASE 3

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

CAUSES TARIFAIRES
2014-2015 ET 2015-2016
DE GAZ MÉTRO
(Phase 3)

GAZ MÉTRO

Demanderesse

-et-

STRATÉGIES ÉNERGÉTIQUES (S.É.)

-et-

L'ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE LUTTE
CONTRE LA POLLUTION ATMOSPHÉRIQUE
(AQLPA)

Intervenantes

**ARGUMENTATION SUR LES POUVOIRS ET OBLIGATIONS DE LA RÉGIE QUANT À L'EMPLOI D'UNE
MÉTHODE DE FIXATION DE TARIFS « AUTRE »**

**M^E DOMINIQUE NEUMAN, LL.B.
PROCUREUR**

Préparé pour:
Stratégies Énergétiques (S.É.)
Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)

Le 10 mars 2015

TABLE DES MATIÈRES

1.	INTRODUCTION.....	1
2.	LA MÉTHODE TARIFAIRE « PAR DÉFAUT » ET LE POUVOIR DU TRIBUNAL D'UTILISER UNE « AUTRE » MÉTHODE TARIFAIRE APPROPRIÉE , DANS UN CONTEXTE D'ÉQUITÉ PROCÉDURALE	2
3.	L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU POUVOIR DE LA RÉGIE D'UTILISER UNE « AUTRE » MÉTHODE TARIFAIRE QUE LA MÉTHODE « PAR DÉFAUT » DE L'ARTICLE 49 LRÉ	6
4.	APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE	13

1. INTRODUCTION

1 - La Régie de l'énergie est saisie, au présent dossier, des causes tarifaires 2014-2015 et 2015-2016 de *Gaz Métro*.

En vue de préparer la phase 3 de ce dossier, le Tribunal a tenu le 9 mars 2015 une conférence préparatoire qui l'a amené à s'interroger sur les pouvoirs et obligations de la Régie quant à l'emploi d'une méthode de fixation de tarifs « *autre* » au sens de l'article 49 al. 4 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*. La Régie a alors invité tous les participants à lui formuler leurs arguments en réponse à l'interrogation suivante du Tribunal :

*Veillez concilier le droit discrétionnaire de la Régie de déterminer la méthode à être utilisée pour fixer ou modifier un tarif de transport, de livraison ou d'emmagasinage de gaz naturel, avec le droit fondamental allégué de Gaz Métro d'être entendu spécifiquement sur chacune de ses dépenses.*¹

2 - La présente constitue l'argumentation de l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et de Stratégies Énergétiques (S.É.) en réponse à cette interrogation.

¹ **RÉGIE DE L'ÉNERGIE (Monsieur le président de la formation)**, Dossier R-3979-2014 phase 3, Pièce A-0088, n.s. 9 mars 2015, p. 108, lignes 16-24.

RÉGIE DE L'ÉNERGIE, Pièce A-0087, lettre du 9 mars 2015.

2. **LA MÉTHODE TARIFAIRE « PAR DÉFAUT » ET LE POUVOIR DU TRIBUNAL D'UTILISER UNE « AUTRE » MÉTHODE TARIFAIRE APPROPRIÉE, DANS UN CONTEXTE D'ÉQUITÉ PROCÉDURALE**

3 - Les 4 alinéas de l'article 49 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* se lisent comme suit :

Loi sur la Régie de l'énergie, R.L.R.Q., c. R-6.01, art. 49

Alinéa 1 *Lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif de transport d'électricité ou un tarif de transport, de livraison ou d'emmagasinement de gaz naturel, la Régie doit notamment:*

1° *établir la base de tarification du transporteur d'électricité ou d'un distributeur de gaz naturel en tenant compte, notamment, de la juste valeur des actifs qu'elle estime prudemment acquis et utiles pour l'exploitation du réseau de transport d'électricité ou d'un réseau de distribution de gaz naturel ainsi que des dépenses non amorties de recherche et de développement et de mise en marché, des programmes commerciaux, des frais de premier établissement et du fonds de roulement requis pour l'exploitation de ces réseaux;*

2° *déterminer les montants globaux des dépenses qu'elle juge nécessaires pour assumer le coût de la prestation du service notamment, pour tout tarif, les dépenses afférentes aux programmes commerciaux, et pour un tarif de transport d'électricité, celles afférentes aux contrats de service de transport conclus avec une autre entreprise dans le but de permettre au transporteur d'électricité d'utiliser son propre réseau de transport;*

3° *permettre un rendement raisonnable sur la base de tarification;*

4° *favoriser des mesures ou des mécanismes incitatifs afin d'améliorer la performance du transporteur d'électricité ou d'un distributeur de gaz naturel et la satisfaction des besoins des consommateurs;*

5° *s'assurer du respect des ratios financiers;*

6° *tenir compte des coûts de service, des risques différents inhérents à chaque catégorie de consommateurs et, pour un tarif de gaz naturel, de la concurrence entre les formes d'énergie et de l'équité entre les classes de tarifs;*

7° s'assurer que les tarifs et autres conditions applicables à la prestation du service sont justes et raisonnables;

8° tenir compte des prévisions de vente;

9° tenir compte de la qualité de la prestation du service;

10° tenir compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales que peut lui indiquer le gouvernement par décret;

11° maintenir, sous réserve d'un décret du gouvernement à l'effet contraire, l'uniformité territoriale de la tarification sur l'ensemble du réseau de transport d'électricité.

Alinéa 2 Lorsqu'elle fixe un tarif de livraison de gaz naturel, la Régie doit également tenir compte du montant total annuel qu'un distributeur de gaz naturel alloue à l'efficacité et à l'innovation énergétiques.

Alinéa 3 La Régie peut, pour un consommateur ou une catégorie de consommateurs, fixer un tarif afin de financer les économies d'énergie non rentables pour un distributeur de gaz naturel mais rentables pour ce consommateur ou cette catégorie de consommateurs.

Alinéa 4 Elle peut également utiliser toute autre méthode qu'elle estime appropriée.

4 - Nous soumettons qu'il résulte de la structure de l'article 49 LRÉ que la méthode de fixation de tarifs traditionnelle des organismes de régulation économique (dite « COS+ROE », à savoir la méthode du coût de service additionné du rendement raisonnable sur l'avoire propre), exprimée dans le long alinéa 1 de cet article, constitue la méthode de fixation tarifaire « par défaut » applicable devant la Régie. (Note : par exemple, cet alinéa inclut même déjà aussi, en son paragraphe 4, la possibilité de mesures ou de mécanismes incitatifs).

5 - En accord avec l'article 48 de la Loi, la Régie de l'énergie peut toujours, d'office ou à la demande de l'entreprise assujettie, d'un intervenant ou de tout autre intéressé, utiliser toute méthode de fixation « autre » jugée appropriée. Toutefois, comme les caractéristiques

de cette éventuelle méthode « *autre* » ne sont pas définies d'avance dans la *Loi*, il nous semble que l'équité procédurale requiert que l'assujetti et les intervenants du dossier soient raisonnablement avertis d'avance qu'une telle méthode « *autre* » pourrait être considérée et en quoi elle consisterait.

Ainsi par exemple, si Gaz Métro optait, au présent dossier pour la fixation de ses tarifs de 2014-2015 et/ou de 2015-2016, de se désister de sa demande de remplacement de la méthode « *par défaut* » par une méthode « *autre* » (ou si cette demande de Gaz Métro était rejetée), la Régie ou les intervenants pourraient certes eux-mêmes proposer leur propre « *méthode autre* », Mais ils devraient s'assurer que l'assujetti et les autres participants ne soient pas pris par surprise. L'information quant à l'intention d'examiner une « *méthode autre* » et le contenu de cette méthode devraient donc être communiqués d'avance, d'une manière qui respecte les règles d'équité procédurale et évite que l'assujetti et les autres participants ne soient pas pris par surprise.

6 - Plus particulièrement, nous notons qu'au présent dossier Gaz Métro propose, à titre de « *méthode autre* » une formule d'augmentation tarifaire paramétrique qui serait indissociable d'une révision du mécanisme de partage des résultats d'écart de rendement (*tout en conservant la possibilité qu'en cas de rejet de cette formule paramétrique, le mécanisme de partage des écarts de rendement puisse lui-même être révisé seul*).

Dans l'éventualité où une telle proposition de Gaz Métro serait rejetée par la Régie (ou dans l'éventualité où Gaz Métro s'en désisterait) mais qu'en lieu et place, le Tribunal d'office ou un intervenant envisagerait une formule d'augmentation tarifaire paramétrique **sans** révision du mécanisme de partage des écarts de rendement, il s'agirait alors d'une toute nouvelle proposition de « *méthode autre* ». Cela constituerait bien plus qu'un simple changement dans les modalités de la proposition de Gaz Métro; il s'agirait d'une « *méthode autre* » radicalement différente. **L'information quant à l'intention d'examiner cette « *méthode autre* » radicalement différente devrait donc être communiquée d'avance, d'une manière qui**

respecte les règles d'équité procédurale et évite que l'assujetti et les autres participants ne soient pas pris par surprise.

**3. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU POUVOIR DE LA RÉGIE D'UTILISER UNE « AUTRE »
MÉTHODE TARIFAIRE QUE LA MÉTHODE « PAR DÉFAUT » DE L'ARTICLE 49 LRÉ**

7 - Si l'on se limitait à lire de manière littérale et isolée l'article 49 de la *Loi*, l'on pourrait croire à tort que le pouvoir discrétionnaire de la Régie d'utiliser une « *méthode autre* » lui permettrait même de fixer des tarifs « *injustes et déraisonnables* ». En effet l'obligation de la Régie de fixer des tarifs « *justes et raisonnables* » se trouve inscrite à l'article 49 al. 1 par. 7^o de la *Loi*. Elle fait donc partie de la liste des dispositions auxquelles le droit d'utiliser une « *méthode autre* » de l'article 49 al. 4 fait exception.

8 - Or tous s'entendent pour dire que, même lorsque la Régie emploie une « *méthode autre* », la Régie continue d'être obligée de fixer des tarifs « *justes et raisonnables* ».

Si tel est le cas, c'est parce que la Régie, même en cas d'usage d'une « *méthode autre* », reste tenue à des obligations résultant d'autres règles de droit que celles auquel l'article 49 al. 4 de la *Loi* lui permet de déroger.

9 - Nous soumettons respectueusement que ces règles de droit auxquelles la Régie ne peut pas déroger, même lorsqu'elle emploie (de sa propre initiative ou à la demande d'un assujetti ou d'un intervenant) une « *méthode autre* » selon l'article 49 al. 4 de la *Loi* sont les suivantes :

□ **Raisonnabilité**

En premier lieu, la décision rendue doit non seulement être conforme au droit mais être « *raisonnable* » au sens du droit administratif. Cette raisonnabilité s'apprécie, notamment mais non exclusivement, en fonction des autres règles ci-après énumérés.

□ **L'article 5 LRÉ**

En second lieu, l'article 5 de la *Loi* prescrit que, dans l'exercice de ses fonctions (donc, notamment, lorsqu'elle fixe des tarifs selon les articles 48 et 49 de la *Loi*), la Régie assure la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable du transporteur d'électricité et des distributeurs. Elle doit aussi favoriser la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable et d'équité au plan individuel comme au plan collectif.

Cette disposition, selon nous, a pour effet d'éviter à la fois que les tarifs soient trop élevés (pour les consommateurs), mais également d'éviter qu'ils ne soient trop bas (nuisant ainsi à la récupération des coûts et du rendement de l'assujetti ou nuisant à la réalisation de dépenses ou d'investissements qu'il serait souhaitables d'effectuer dans l'intérêt public et/ou dans une perspective de développement durable et d'équité intergénérationnelle, notamment).

□ **L'article 51 LRÉ**

L'article 51 de la *Loi* prescrit également qu'un tarif (notamment un tarif de livraison de gaz naturel) « *ne peut prévoir des taux plus élevés ou des conditions plus onéreuses qu'il n'est nécessaire pour permettre, notamment, de couvrir les coûts de capital et d'exploitation, de maintenir la stabilité du transporteur d'électricité ou d'un distributeur de gaz naturel et le développement normal d'un réseau (...) de distribution, ou d'assurer un rendement raisonnable sur sa base de tarification* ».

En apparence, cette disposition aurait pour unique but d'éviter des tarifs trop élevés. Toutefois, cet article est manifestement le résultat d'ajouts qui en ont dénaturé le sens; l'article 51 ressemble en effet à « *un cheval dessiné par un comité* ». D'une part, l'insertion du mot « *notamment* » dans cet article en réduit la fonction baissière. D'autre part, l'insertion des mots « *de maintenir la stabilité du transporteur d'électricité ou d'un distributeur de gaz naturel et le développement normal d'un réseau (...) de distribution* » est quelque peu surprenante puisque l'on ne voit pas ce que ces mots pourraient désigner d'autre que *la récupération des coûts de capital, des dépenses d'exploitation et du rendement* déjà énumérés dans l'article 51 (en fonction des critères de raisonabilité, de nécessité, de prudence et d'utilité déjà connus). Une interprétation possible de cette partie de l'article 51 consisterait peut-être à y voir une ouverture à une interprétation généreuse (plutôt que restrictive) des dépenses et investissements admissibles aux fins de l'établissement du revenu requis ou même d'accepter des tarifs supérieurs à ce revenu requis (comme la Régie l'avait d'ailleurs fait pendant plusieurs années avant 2012 en acceptant que, pour encourager l'investissement, *Intragaz* bénéficie de tarifs basés sur le marché, tarifs alors d'un niveau supérieur à ceux qui auraient résulté de la méthode COS+ROE).

Il nous semble donc qu'en raison de ses composantes multiples, la fonction de l'article 51 de la *Loi* ne consiste pas seulement à maintenir de bas tarifs mais également à rendre possible des tarifs plus élevés, voire même plus élevés que la méthode COS+ROE et qui seraient alors fixés selon une « *méthode autre* ».

□ **Les principes réglementaires fondamentaux**

Outre les articles 5 et 51, existe-t-il des principes tarifaires fondamentaux que la Régie serait tenue de respecter même lorsqu'elle emploie une méthode tarifaire « *autre* » selon l'article 49 al. 4 de la *Loi* ? Ou existe-t-il des principes tarifaires fondamentaux qui deviendraient des principes obligatoires en vertu des règles de « *raisonnabilité* » et des articles 5 et 51 de la *Loi* énoncés plus haut ?

Il est par exemple établi par l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.*, 320 U.S. 591, 603 (1944) qu'une utilité réglementée est en droit raisonnable de s'attendre à pouvoir récupérer ses dépenses prudemment encourues. Selon un autre arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Bluefield Water Works and Improvement Co. v. Public Service Commission of West Virginia*, 262 U.S. 679 (1923), une utilité réglementée est aussi en droit raisonnable de s'attendre à pouvoir obtenir un rendement juste et raisonnable. Selon l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Northwestern Utilities Limited v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186 (J. Lamont, pp. 192-193), « *the duty of [a regulatory] Board [is] to fix fair and reasonable rates which under the circumstances would be fair to the consumer on the one hand and which on the other hand would secure to the company fair return for the capital invested* ». Des auteurs tels que Bonbright ont aussi énoncé divers principes réglementaires fondamentaux.

Dans *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 RCS 140, la majorité de la Cour suprême du Canada, sous la plume de l'Honorable juge Bastarache, indique :

2.3.3.2 Établissement des tarifs

La réglementation tarifaire a plusieurs objectifs — viabilité, équité et efficacité — qui expliquent le mode de fixation des tarifs :

[TRADUCTION] . . . **l'entreprise réglementée doit être en mesure de financer ses activités et tout investissement nécessaire à la poursuite de ses activités. [...] L'équité est liée à la redistribution de la richesse dans la société. L'objectif de la viabilité suppose déjà que les actionnaires ne doivent pas réaliser un « trop faible » rendement (défini comme la gratification requise pour assurer l'investissement continu dans l'entreprise), alors que celui de l'équité implique qu'ils ne doivent pas obtenir un rendement « trop élevé ».**

(R. Green et M. Rodriguez Pardina, *Resetting Price Controls for Privatized Utilities : A Manual for Regulators* (1999), p. 5)

Ces objectifs sont à l'origine d'un arrangement économique et social appelé « pacte réglementaire » qui garantit à tous les clients l'accès au service public à un prix raisonnable, sans plus, et qui, je l'explique plus loin, ne transmet aucun droit de propriété aux clients. Le pacte réglementaire accorde en fait aux entreprises réglementées le droit exclusif de vendre leurs services dans une région donnée à des tarifs leur permettant de réaliser un juste rendement au bénéfice de leurs actionnaires.

En contrepartie de ce monopole, elles ont l'obligation d'offrir un service adéquat et fiable à tous les clients d'un territoire donné et voient leurs tarifs et certaines de leurs activités assujettis à la réglementation (voir [Black, Alexander J. «

Responsible Regulation : Incentive Rates for Natural Gas Pipelines » (1992), 28 Tulsa L.J. 349], p. 356-357; [Milner, H. R. « Public Utility Rate Control in Alberta », (1930), 8 R. du B. can. 101]; Atco Ltd., p. 576; Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton, [1929] R.C.S. 186 (« Northwestern 1929 »), p. 192-193).

*Par conséquent, **lorsqu'il s'agit d'interpréter les vastes pouvoirs de la Commission, on ne peut faire abstraction de ce subtil compromis servant de toile de fond à l'interprétation contextuelle.** L'objet de la législation est de protéger le client et l'investisseur (Milner, p. 101). Le pacte ne supprime pas le caractère privé de l'entreprise. La Commission a essentiellement pour mandat d'établir une tarification qui accroît les avantages financiers des consommateurs et des investisseurs.²*

***Le pouvoir discrétionnaire que le par. 15(3) de l'AEUBA et l'art. 37 de la PUBA confèrent à la Commission n'est donc pas absolu.** Comme le dit ATCO, la Commission doit l'exercer en respectant le cadre législatif et les **principes généralement applicables en matière de réglementation, dont le législateur est présumé avoir tenu compte en adoptant ces lois** (voir Sullivan, p. 154-155).³*

Il nous semble donc que les principes réglementaires fondamentaux (dont ceux énoncés ci-dessus) constituent des règles obligatoires s'imposant à la Régie même lorsqu'elle emploie (de sa propre initiative ou à la demande d'un assujéti ou d'un intervenant) une « méthode autre » de fixation des tarifs selon l'article 49 al. 4 de la Loi.

Il est à noter que, le 3 décembre 2014, la Cour suprême du Canada a pris en délibéré ses dossiers *Commission de l'énergie de l'Ontario c. Ontario Power*

² *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board), [2006] 1 RCS 140, J. Bastarache pour la majorité, par. 62-64. Souligné en caractère gras par nous.*

³ *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board), [2006] 1 RCS 140, J. Bastarache pour la majorité, par. 50. Souligné en caractère gras par nous.*

*Generation Inc.*⁴ *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta Utilities Commission*⁵ où se pose de nouveau la question de savoir si les principes réglementaires fondamentaux constituent ou non des règles obligatoires s'imposant aux régies de l'énergie ou s'ils ne constituent que de simples outils sans effet contraignant sur ces tribunaux. La date de prononcé du jugement de la Cour suprême n'est pas encore connue. Il nous semble toutefois que, même si la Cour en venait à statuer que les régies de l'énergie de l'Ontario ou de l'Alberta ne sont pas obligées de suivre les principes réglementaires fondamentaux, la situation pourrait être différente au Québec, notamment en raison des articles susdits 5 et 51 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* qui peuvent constituer le véhicule par lequel ces principes s'appliquent.

⁴ *Commission de l'énergie de l'Ontario c. Ontario Power Generation Inc.*, C.S.C. 35506, <http://www.scc-csc.gc.ca/case-dossier/info/fac-mem-fra.aspx?cas=35506> .

⁵ *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta Utilities Commission*, C.S.C. 35624, dossier disponible sous <http://www.scc-csc.gc.ca/case-dossier/info/fac-mem-fra.aspx?cas=35624> .

4. APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE

10 - *Stratégies Énergétiques (S.É.)* et l'*Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)* soumettent donc respectueusement que, même lorsqu'elle emploie (de sa propre initiative ou à la demande d'un assujetti ou d'un intervenant) une « *méthode autre* » de fixation des tarifs selon l'article 49 al. 4 de la *Loi* la discrétion dont jouit la Régie n'est pas absolue.

Tel qu'indiqué en section 3 des présentes, la Régie doit suivre notamment les articles 5 et 51 de la *Loi* et les principes réglementaires fondamentaux.

De plus, tel qu'indiqué en section 2 des présentes, sans l'éventualité où la telle proposition de Gaz Métro serait rejetée par la Régie (ou que Gaz Métro s'en désisterait) mais qu'en lieu et place, le Tribunal d'office ou un intervenant envisagerait une formule d'augmentation tarifaire paramétrique **sans** révision du mécanisme de partage des écarts de rendement, il s'agirait alors d'une toute nouvelle proposition de « *méthode autre* ». Cela constitue bien plus qu'un simple changement dans les modalités de la proposition de Gaz Métro; il s'agirait d'une « *méthode autre* » radicalement différente. L'information quant à l'intention d'examiner cette « *méthode autre* » radicalement différente devrait donc être communiquée d'avance, d'une manière qui respecte les règles d'équité procédurale et évite que l'assujetti et les autres participants ne soient pas pris par surprise.

11 - Il ne semble pas opportun à ce stade que le Tribunal cherche à énumérer d'avance la liste complète de ce que les articles 5 et 51 de la *Loi* et les principes réglementaires fondamentaux l'obligeraient à faire lorsqu'elle aura à statuer sur la proposition de Gaz Métro de fixation paramétrique des tarifs et de modification du mécanisme de partage des écarts de rendement. Il y a lieu plutôt de laisser le dossier procéder. En traitant de la demande à son mérite, la Régie aura inévitablement à gérer ces principes et à entendre les représentations

spécifiques de chaque participant. Peut-être qu'à l'issue de la décision finale sur cette proposition, aucun des participants ne remettra en question la conformité de cette décision par rapport aux articles 5 et 51 de la *Loi* et les principes réglementaires fondamentaux.

Ce n'est que l'éventualité où une telle contestation viendrait à exister que le Tribunal aura à se pencher davantage sur la possibilité que ces règles n'aient pas été respectées par la décision et sur les remèdes s'offrant alors. Ces remèdes ne seraient pas nécessairement limités à une demande de révision de décision. En effet, il est déjà arrivé (par exemple dans le cas de la formule d'établissement d'un taux de rendement) que la Régie, malgré le caractère pluriannuel de la formule établie, décide ponctuellement de ne pas l'appliquer lors de certaines années si des arguments la convainquent que cela est préférable.

12 - Le tout, respectueusement soumis.

Montréal, le 10 mars 2015



Dominique Neuman
Procureur de *Stratégies Énergétiques (S.É.)* et de
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)