

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2014-097

R-3852-2013

6 juin 2014

PRÉSENTS :

Lise Duquette

Françoise Gagnon

Pierre Méthé

Régisseurs

Costco Wholesale Canada Ltd

Demanderesse en révision

et

Association québécoise des indépendants du pétrole

Intervenante

Décision finale

*Demande de révision de la décision D-2013-087 rendue
dans le dossier R-3787-2012*

1. CONTEXTE

[1] Le 7 juin 2013, la Régie de l'énergie (la Régie) rend sa décision D-2013-087¹ (la Décision) par laquelle elle fixe à 3,5 cents par litre (¢/l) le montant au titre des coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant en essence ou en carburant diesel.

[2] Le 5 juillet 2013, Costco demande la révision de la Décision² au motif qu'elle est entachée d'erreurs constituant des vices de fond de nature à l'invalider, en application de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*³ (la Loi).

[3] Le 5 septembre 2013, par sa décision procédurale D-2013-139, la Régie accorde le statut d'intervenant à l'AQUIP, fixe l'échéancier pour le dépôt des plans d'argumentation et des autorités et convoque les parties à une audience sur la demande de révision (la Demande) devant se tenir le 17 février 2014.

[4] Le 6 janvier 2014, Costco dépose à la Régie son plan d'argumentation, ainsi que ses autorités⁴.

[5] Le 20 janvier 2014, l'AQUIP dépose également à la Régie son plan d'argumentation ainsi que ses autorités⁵.

[6] Le 12 février 2014, à la demande de l'AQUIP, la Régie reporte l'audience au 11 mars 2014⁶.

[7] L'audience sur la Demande a lieu le 11 mars 2014, date à laquelle la Régie entame son délibéré.

¹ Dossier R-3787-2012.

² Pièce B-0002.

³ RLRQ, c. R-6.01.

⁴ Pièces B-0027 et B-0029 à B-0054.

⁵ Pièces C-AQUIP-0003 à C-AQUIP-0026.

⁶ Pièce A-0003.

2. CADRE JURIDIQUE

[8] La Demande déposée par Costco s'appuie sur le 3^e motif de l'article 37 de la Loi. Selon cette disposition, la Régie peut réviser une décision « lorsqu'un vice de fond ou de procédure » est de nature à l'invalider.

[9] La Régie a eu l'occasion de préciser le cadre applicable en matière de révision à plusieurs reprises dans ses décisions antérieures.

[10] D'abord, la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc. c. Régie des Alcools, des Courses et des Jeux*, mentionne qu'un vice de fond, au sens de l'article 37 de la Loi, doit être sérieux et fondamental⁷ :

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

[11] Dans une décision plus récente, soit l'arrêt *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine et Commission des lésions professionnelles*, la Cour d'appel du Québec résume bien l'état du droit à l'égard d'une demande de révision⁸ :

« [51] *En ce qui concerne la raison d'être de la révision pour un vice de fond de cet ordre, la jurisprudence est univoque. Il s'agit de rectifier les erreurs présentant les caractéristiques qui viennent d'être décrites. Il ne saurait s'agir de substituer à une première opinion ou interprétation des faits ou du droit une seconde opinion ni plus ni moins défendable que la première. Intervenir en révision pour ce motif commande la réformation de la décision par la Cour supérieure car le tribunal administratif “commits a reviewable error when it*

⁷. [1996] R.J.Q. 608, p. 613 et 614.

⁸ 2005 QCCA 775 (CanLII), par. 51.

revokes or reviews one of its earlier decisions merely because it disagrees with its findings of fact, its interpretation of a statute or regulation, its reasoning or even its conclusions". L'interprétation d'un texte législatif « ne conduit pas nécessairement au dégagement d'une solution unique » mais, comme « il appart[ient] d'abord aux premiers décideurs spécialisés d'interpréter » un texte, c'est leur interprétation qui, toutes choses égales d'ailleurs, doit prévaloir. Saisi d'une demande de révision pour cause de vice de fond, le tribunal administratif doit se garder de confondre cette question précise avec celle dont était saisie la première formation (en d'autres termes, il importe qu'il s'abstienne d'intervenir s'il ne peut d'abord établir l'existence d'une erreur manifeste et déterminante dans la première décision). Enfin, le recours en révision « ne doit [...] pas être un appel sur la base des mêmes faits » : il s'en distingue notamment parce que seule l'erreur manifeste de fait ou de droit habilite la seconde formation à se prononcer sur le fond, et parce qu'une partie ne peut « ajouter de nouveaux arguments » au stade de la révision ». [nous soulignons]

[12] De plus, comme l'a indiqué la Régie dans sa décision D-2011-040, seule une décision insoutenable en fait ou en droit est révisable. Pour qu'une décision soit insoutenable, en fait ou en droit, il faut que l'erreur ait été fondamentale lors du processus décisionnel. Il faut, pour paraphraser la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, que la décision n'appartienne pas aux « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit »⁹.

[13] Enfin, il est de jurisprudence constante que la révision ne peut être un moyen déguisé d'appel par lequel la formation en révision substituerait sa propre appréciation des faits à celle de la formation initiale.

[14] Si les conditions prévues à l'article 37 de la Loi sont remplies, la Régie a compétence pour réviser ou révoquer toute décision qu'elle aura rendue et y substituer sa décision, le cas échéant. À l'inverse, si les conditions ne sont pas satisfaites, la Régie n'a pas compétence pour réviser ou révoquer une décision, sous peine de révision judiciaire.

⁹ [2008] 1 R.C.S. 27, par. 47.

3. ANALYSE

3.1 LES MOTIFS DE RÉVISION INVOQUÉS PAR COSTCO

[15] Au soutien de sa Demande, Costco invoque deux motifs. Le premier porte sur l'exclusion, par la formation initiale, des rabais à la rampe de chargement (les Rabais) pour fixer le montant au titre des coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant. Le second motif porte sur le volume de référence de 5,5 millions de litres (MI) par an établi par la formation initiale pour une essencerie efficace. En effet, Costco considère que la Décision doit être révisée considérant :

- « a. *L'application manifestement erronée de l'article 59 de la LRE de façon à exclure toute considération des rabais sur le coût d'achat d'essence dont bénéficie les détaillants d'essence du Québec;*
- b. *Les prémisses manifestement déraisonnables eu égard à la preuve soumise, sur lesquels s'est appuyée la première formation afin d'imposer une limite au volume de référence de ventes annuelles »¹⁰.*

[16] Costco soutient que ces erreurs de fait et de droit sont substantielles, manifestes et déterminantes sur l'issue du dossier, en ce qu'elles ont comme résultat d'exagérer le montant fixé par la formation initiale au titre des coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant¹¹. À cet égard, Costco précise que :

« En premier lieu, le montant des rabais sur le coût d'essence réduit directement le montant qu'un détaillant doit supporter pour acquérir et revendre ses produits. Des rabais entre 1 à 2 ¢/l auront comme résultat de réduire le montant auquel est arrivé la première formation dans la Décision finale de 3,5 ¢/l à 2,5 ¢/l ou 1,5 ¢/l.

[...] L'augmentation du volume de référence de 5,5 MI, accepté par la première formation dans la Décision finale, à un volume entre 6,5 MI et 8,0 MI, aura comme résultat de réduire le montant auquel est arrivé celle-ci de 3,5 ¢/l respectivement entre 3,0 ¢/l et 2,5 ¢/l »¹².

¹⁰ Pièces B-0002, par. 3 et B-0027, par. 3.

¹¹ Pièces B-0002, par. 5 et B-0027, par. 9.

¹² Pièces B-0002, par. 6 et 7 et B-0027, par. 10 et 11.

[17] En considérant ces deux éléments, Costco demande donc à la Régie de réviser la Décision et de fixer à 2,0 ¢/l ou moins, selon sa détermination, le montant au titre des coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant¹³.

3.2 PREMIER MOTIF DE RÉVISION : L'EXCLUSION DES RABAIS SUR LE COÛT D'ACHAT DE L'ESSENCE

3.2.1 POSITION DE COSTCO

[18] Costco mentionne d'abord que la question de la disponibilité pour les détaillants des rabais sur le coût d'essence était le seul motif de la tenue d'une audience. Or, cette question a été traitée par la formation initiale en seulement quatre paragraphes, soit les paragraphes 211 à 214 de la Décision¹⁴.

[19] Elle identifie ensuite les devoirs de la Régie en vertu des articles 59 de la Loi et 67 de la *Loi sur les produits pétroliers*¹⁵ (la LPP), soit¹⁶ :

- la Régie doit « *déterminer, tout en assurant la protection des intérêts des consommateurs, les coûts nécessaires et raisonnables que doit supporter un détaillant pour faire le commerce au détail d'essence ou de carburant de façon efficace* »;
- l'objectif de cette détermination est l'application de la présomption de l'article 67, alinéa 1 de la LPP, selon laquelle il est excessif et déraisonnable de vendre de l'essence ou du diesel « *à un prix inférieur à ce qu'il en coûte à un détaillant [...] pour acquérir et revendre ces produits* ».

[20] À partir de son analyse historique et téléologique de ces dispositions législatives, Costco mentionne que le respect des objectifs législatifs commande l'inclusion des rabais dans la détermination des coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant pour acquérir et revendre ses produits. L'objectif est de sanctionner les ventes à perte par les détaillants d'essence. À cette fin, la Régie a de larges pouvoirs discrétionnaires pour

¹³ Pièces B-0002, par. 9 et p. 12 (conclusions) et B-0027, par. 13.

¹⁴ Pièces B-0002, par. 15 et 16 et B-0027, par. 14 et 15.

¹⁵ RLRQ, c. P-30.01.

¹⁶ Pièces B-0002, par. 8 et B-0027, par. 12 et 13.

protéger les intérêts des consommateurs. Enfin, Costco précise que pour assurer l'accomplissement de cet objectif, l'article 59 de la Loi doit être interprété et appliqué de façon large et libérale¹⁷.

[21] Suivant cette analyse, de l'avis de Costco, l'exclusion des Rabais :

- « *équivaut à présumer que le législateur ait voulu fixer le PME à quelques cents de plus que ce qu'il en coûte à un détaillant pour acquérir et revendre ses produits, contrairement à l'objectif clairement exprimé au premier alinéa de l'article 67 LPP* »;
- « *est contraire à la notion d'efficacité consacrée comme condition primordiale d'évaluation à l'alinéa 2 de l'article 59 de la Loi* »;
- fait en sorte que le montant total des coûts d'exploitation est « *plus important que les coûts nécessaires et raisonnables que doit supporter un détaillant pour faire le commerce au détail de façon efficace* »;
- crée « *une injustice grave à l'endroit des consommateurs, en ce qu'ils se trouvent une fois de plus à devoir payer leur essence plus chère alors que les détaillants continuent de bénéficier de marges importantes en haut* » de ce qu'il leur en coûte pour acquérir et revendre ce produit¹⁸.

[22] Costco soutient également que la formation initiale a commis une erreur de droit manifeste et déterminante en faisant une distinction entre « *coût d'exploitation* » et « *coût d'acquisition* », laquelle ne trouve aucune assise dans la législation applicable. Elle précise que, selon l'article 59 de la Loi, la Régie doit fixer les coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant. Ainsi, inclure dans le calcul des coûts d'exploitation des montants qui ne sont pas ultimement supportés par le détaillant, puisque compensés à même les rabais, est donc agir en contravention de cette disposition pourtant sans équivoque¹⁹.

[23] En concluant qu'elle « *ne peut* » considérer les Rabais comme elle l'a fait au paragraphe 214 de la Décision, Costco est d'avis que la formation initiale a omis de tenir compte d'un élément essentiel et déterminant aux fins de l'exercice de sa compétence, ce

¹⁷ Pièce B-0027, par. 23 à 45.

¹⁸ Pièces B-0002, par. 21 à 31 et B-0027, par. 46 à 49.

¹⁹ Pièces B-0002, par. 25 à 28 et B-0027, par. 50 à 65.

qui constitue une erreur de droit grave et substantielle, de sorte que les conclusions de la Décision finale sont insoutenables²⁰. Elle mentionne en audience :

« *Ne peut pas, c'est ça leur conclusion, ils refusent, suite à leur interprétation de la loi, de regarder la preuve sur la question des rabais sur le coût d'acquisition et cela est un vice de fond* »²¹. [nous soulignons]

[24] De l'avis de Costco, la formation initiale a ainsi écarté une preuve non contredite démontrant la présence de rabais, ainsi que l'impact de ces derniers sur les coûts que doit supporter un détaillant efficace au Québec²².

3.2.2 POSITION DE L'AQUIP

[25] Selon l'AQUIP, Costco demande à la Régie de réexaminer une preuve, d'apprécier la crédibilité de témoins et de juger à nouveau du bien-fondé des arguments livrés lors des plaidoiries en première instance²³. Elle considère ainsi qu'il s'agit d'un appel déguisé²⁴.

[26] L'AQUIP soutient que la Décision de la formation initiale repose sur la preuve déposée au dossier et, à son d'avis, aucune preuve n'a démontré la disponibilité des rabais de rampe pour les détaillants opérant seuls²⁵. L'intervenante définit ces Rabais comme suit :

« *Un rabais de rampe est offert à un distributeur et/ou à un opérateur de réseau, comme Canadian Tire, Couche-tard ou Costco, ayant un volume important avec des activités de siège social générant des frais généraux que doit supporter ce distributeur et/ou opérateur de réseau* »²⁶.

²⁰ Pièces B-0002, par. 17 et 18 et B-0027, par. 17 à 21. Costco invoque les décisions suivantes : *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.), par. 137, 138 et 140; *Commission scolaire de la Haute-Gatineau c. Monnier*, [1993] R.J.Q. 365 (C.A.); *Association internationale des commis du détail FAT-CIO-CTC, local 486 (Union des commis du détail) c. Commission des relations de travail du Québec et al.*, [1971] R.C.S. 1043; *Commission des relations de travail du Québec c. L'Association unie des compagnons et des apprentis de l'industrie de la plomberie et tuyauterie des États-Unis et du Canada et al.*, [1969] R.C.S. 466.

²¹ Pièce A-0006, p. 20.

²² Pièces B-0002, par. 32 à 37 et B-0027, par. 66 à 76.

²³ Pièce C-AQUIP-0003, par. 2.

²⁴ Pièce C-AQUIP-0003, par. 7 à 12.

²⁵ Pièces C-AQUIP-0003, par. 23 et A-0006, p. 157.

²⁶ Pièce C-AQUIP-0003, par. 36.

[27] L'AQUIP soumet donc que si la Régie devait prendre en compte de tels Rabais, il faudrait également inclure les frais généraux encourus pour les obtenir²⁷.

[28] Quant au montant des Rabais, évalué par Costco à 1,0 ¢/l, l'AQUIP précise qu'il ne repose sur aucune preuve et est fixé de façon arbitraire par Costco²⁸.

[29] L'AQUIP conclut que les Rabais n'influencent pas les coûts d'exploitation que le détaillant doit supporter, puisque lorsque la situation du détaillant indépendant est étudiée au sens du modèle de référence de l'essencerie efficace, il peut être constaté que ce dernier ne bénéficie pas de rabais à la rampe. Par sa Décision, la formation initiale a ainsi démontré sa connaissance et sa compréhension des réalités commerciales qui ont cours²⁹.

3.2.3 OPINION DE LA RÉGIE

[30] L'article 67 de la LPP prévoit la règle suivante :

« 67. Lorsque, dans une zone, une entreprise vend au détail de l'essence ou du carburant diesel à un prix inférieur à ce qu'il en coûte à un détaillant de cette zone pour acquérir et revendre ces produits, cette entreprise est présumée exercer ses droits de manière excessive et déraisonnable, contrairement aux exigences de la bonne foi, et commettre une faute envers ce détaillant.

Le tribunal peut condamner l'auteur d'une telle faute à des dommages-intérêts punitifs.

Pour l'application du premier alinéa :

1° les coûts que doit supporter le détaillant sont la somme :

- a) du prix minimal à la rampe de chargement indiqué dans le périodique désigné par le ministre dans un avis publié à la Gazette officielle du Québec;*
- b) du coût minimal de transport du produit, lequel s'entend de ce qu'il en coûte à un détaillant pour acheminer le produit depuis la raffinerie jusqu'à l'essencerie par le moyen de transport le plus économique;*
- c) des taxes fédérales et provinciales;*

²⁷ Pièces C-AQUIP-0003, par. 26, 37 et 38 et A-0006, p. 159.

²⁸ Pièces C-AQUIP-0003, par. 25 et 26 et A-0006, p. 126 et 127, 143 et 144, 181.

²⁹ Pièce C-AQUIP-0003, par. 48 à 52.

d) *du montant que la Régie a fixé au titre des coûts d'exploitation en vertu de l'article 59 de la Loi sur la Régie de l'énergie (chapitre R-6.01), sauf décision contraire de la Régie; [...].* » [nous soulignons]

[31] L'article 67 de la LPP permet donc d'établir une présomption de pratique abusive lorsqu'un détaillant vend de l'essence ou du carburant diesel à un prix inférieur à ses coûts d'acquisition et de revente. En d'autres mots, en pareil cas, ce détaillant est alors présumé exercer ses droits de manière excessive et déraisonnable, contrairement aux exigences de la bonne foi. Il s'expose ainsi à une condamnation à des dommages-intérêts punitifs dans le cadre d'un litige qui serait porté devant la Cour supérieure.

[32] Selon cette même disposition, les coûts que doit supporter un détaillant sont composés de la somme des quatre éléments suivants :

- a) le prix minimal à la rampe de chargement indiqué dans le périodique désigné par le ministre dans un avis publié à la *Gazette officielle du Québec*, soit, en l'occurrence, le *Bloomberg Oil Buyers' Guide*³⁰;
- b) le coût minimal de transport du produit;
- c) les taxes fédérales et provinciales;
- d) le montant fixé par la Régie au titre des coûts d'exploitation selon l'article 59 de la Loi.

[33] Quant aux coûts d'exploitation, ils sont fixés par la Régie selon l'article 59 de la Loi, rédigé comme suit :

« 59. Pour l'application de l'article 67 de la Loi sur les produits pétroliers (chapitre P-30.01) :

1° la Régie fixe à tous les trois ans un montant, par litre, au titre des coûts d'exploitation que doit supporter un détaillant en essence ou en carburant diesel; elle peut fixer des montants différents selon des régions qu'elle détermine; [...]

Aux fins du paragraphe 1°, les coûts d'exploitation sont les coûts nécessaires et raisonnables pour faire le commerce au détail d'essence ou de carburant diesel de façon efficace.

Dans l'exercice de ses pouvoirs, la Régie doit assurer la protection des intérêts des consommateurs ». [nous soulignons]

³⁰ Arrêté du ministre d'État des Ressources naturelles en date du 26 novembre 1997, A.M., 1997 (1997) 129 G.O. II, 7553 Gazette officielle du Québec, 10 décembre 1997.

[34] Les coûts d'exploitation correspondent donc aux « *coûts nécessaires et raisonnables pour faire le commerce au détail d'essence ou de carburant diesel de façon efficace* ».

[35] Dans sa Décision, la formation initiale réfère aux coûts d'exploitation identifiés par la Régie dans sa décision D-99-133, dont les composantes et valeurs sont présentées dans le tableau suivant³¹ :

**TABLEAU 1 : COÛTS D'EXPLOITATION ANNUELS JUGÉS NÉCESSAIRES
ET RAISONNABLES PAR LA RÉGIE EN 1999**

Composantes du coût d'exploitation	Dollars
1. Salaires	38 000
2. Avantages sociaux	6 800
3. Uniformes	500
4. Amortissement	17 200
5. Taxes relatives aux équipements pétroliers	7 000
6. Permis	265
7. Électricité et chauffage	9 000
8. Déneigement et entretien paysager	600
9. Entretien et réparation	5 100
10. Télécommunication et terminal de point de vente	900
11. Cartes de débit et de crédit	8 400
12. Fournitures de bureau	2 000
13. Pertes d'inventaire	3 000
14. Frais bancaires	1 000
15. Assurances	1 500
16. Honoraires professionnels	2 400
17. Publicité	2 000
Total	105 665

³¹ Par. 126.

[36] La formation initiale se prononce sur chacune des 17 composantes apparaissant dans ce tableau. Elle traite également de quatre autres éléments proposés par les parties :

« [195] Outre les éléments de la liste des composantes du coût d'exploitation retenues en 1999, la Régie doit se pencher sur quatre nouveaux éléments. En effet, l'AQUIP propose d'ajouter trois éléments, soit les frais de garantie bancaire, les frais de financement ainsi que les coûts environnementaux. Costco, pour sa part, propose à la Régie de prendre en considération les rabais à la rampe de chargement. Par ailleurs, l'AQUIP demande de tenir compte de l'inflation à venir sur les coûts retenus »³². [nous soulignons]

[37] À l'égard des Rabais, la formation initiale dispose de cette question comme suit :

« [211] Costco propose à la Régie de tenir compte des rabais à la rampe de chargement pour fixer le montant au titre des coûts d'exploitation.

[212] La Régie est d'avis que les rabais à la rampe de chargement font partie du coût d'acquisition et ne représentent donc pas un coût d'exploitation.

[213] Par ailleurs, ces rabais ne sont pas pris en compte dans l'établissement du prix minimal à la rampe de chargement prévu à l'article 67 de la LPP. En effet, le prix minimal à la rampe de chargement correspond à celui indiqué dans Bloomberg Oil Buyers' Guide, périodique désigné par le ministre dans un avis publié à la Gazette officielle du Québec.

[214] Ainsi, la Régie ne peut considérer les rabais à la rampe de chargement aux fins de fixer un montant au titre des coûts d'exploitation ». [nous soulignons]

[38] La Régie ne retient pas la prétention de Costco selon laquelle la formation initiale a refusé ou omis d'exercer sa compétence en utilisant les mots « *ne peut* » au paragraphe 214 de la Décision.

³² Pages 33 à 44.

[39] En effet, il faut lire les quatre paragraphes dans leur ensemble. La formation initiale affirme au paragraphe 212 de la Décision qu'elle est d'avis que les rabais à la rampe de chargement font partie des coûts d'acquisition et ne représentent donc pas un coût d'exploitation. En d'autres termes, la formation initiale a décidé, dans l'exercice de sa discrétion prévue à l'article 59 de la Loi, que les rabais à la rampe de chargement ne font pas partie des coûts nécessaires et raisonnables pour faire le commerce au détail d'essence ou de carburant diesel de façon efficace. Cette détermination est d'ailleurs conforme à la décision D-99-133 rendue par la Régie dans le dossier R-3399-98.

[40] Dans sa décision D-99-133, la Régie a précisé que l'article 59 de la Loi lui « *donne une grande latitude [...] pour déterminer quels sont ces coûts nécessaires et raisonnables* »³³. [nous soulignons]

[41] La Régie y a retenu également la définition des coûts présentée par l'expert de l'AQUIP, à savoir :

« [...] les coûts sont composés de toutes les sorties de fonds en dehors des mouvements de capitaux. [...]. Cette façon de définir les coûts correspond aux principes généralement reconnus de la comptabilité financière. De plus, elle est semblable à celle pratiquée par l'American Accounting Association (AAA) telle que présentée par le professeur Naciri. Selon l'AAA, un coût est un terme général décrivant la sortie de fonds liée à l'acquisition ou à la création d'une ressource économique tangible ou pas »³⁴. [nous soulignons]

³³ Dossier R-3399-98, p. 15.

³⁴ Dossier R-3399-98, décision D-99-133, p. 48 et 49.

[42] De plus, dans cette décision, la Régie a procédé à l'analyse de la « *liste générale des coûts susceptibles d'être encourus par un débit d'essence* » préparée par l'expert de l'AQUIP, soit³⁵ :

TABLEAU 2
COMPOSANTES DU COÛT D'EXPLOITATION

Coûts des marchandises vendues
Pertes d'inventaires (évaporations, vols, etc.)
Amortissements
Salaires
Avantages sociaux
Équivalent normal du salaire du propriétaire (lorsqu'il ne se paye pas de salaire)
Électricité, chauffage, etc.
Déneigement
Loyers
Assurances
Taxes, licences, permis, immatriculations
Frais de franchises
Téléphone et autres moyens de télécommunication
Autres frais généraux (courrier, carburant, siège social, représentants)
Uniformes et vêtements de travail
Entretien général et réparation
Mauvaises créances
Publicité, promotion, dons, commandites, etc.
Honoraires professionnels, comptabilité, etc.
Papeteries et autres fournitures de bureau
Frais bancaires, marge de crédit, etc.
Frais de financement des inventaires
Frais de financement à terme (équipements, bâtisse, équipement de bureau)
Frais de traitement des cartes de crédit et d'Interac
Frais de restructuration
Équivalent normal du coût du capital investi (apports et bénéfices laissés dans l'entreprise)
Autres (tous les coûts qui ne trouvent pas place dans le classement précédent)

³⁵ Dossier R-3399-98, décision D-99-133, p. 49.

[43] La Régie a jugé en 1999 qu'elle devait exclure de cette liste générale certaines composantes non applicables ou non nécessaires, dont « *les coûts de la marchandise vendue* » au motif qu'ils sont « *déjà inclus dans le prix minimum actuellement en vigueur au Québec* »³⁶.

[44] En raison de la conclusion au paragraphe 212 de la Décision à l'effet que les rabais à la rampe de chargement ne font pas partie des coûts d'exploitation, la formation initiale ne pouvait rationnellement inclure ceux-ci dans le calcul aux fins de fixer un montant au titre des coûts d'exploitation au paragraphe 214 de la Décision.

[45] C'est ce que l'expression « *ne peut* » au paragraphe 214 de la Décision vient simplement affirmer. Il ne s'agit pas de refuser d'exercer sa juridiction comme le prétend Costco, car elle l'a expressément exercé au paragraphe 212 de la Décision. Le paragraphe 214 vient exprimer la conséquence de l'exercice de sa juridiction et la détermination que les rabais à la rampe de chargement ne font pas partie des coûts d'exploitation.

[46] La Régie ne constate donc aucune erreur commise par la formation initiale donnant ouverture à une révision de la Décision à l'égard du traitement des Rabais.

3.3 DEUXIÈME MOTIF DE RÉVISION : LES PRÉMISSSES POUR ÉTABLIR LE VOLUME DE RÉFÉRENCE DE L'ESSENCERIE EFFICACE

3.3.1 POSITION DE COSTCO

[47] Costco invoque notamment les paragraphes 123 et 124 de la Décision, où la formation initiale fait état de la preuve de l'AQUIP selon laquelle les équipements de l'essencerie de référence ne sont pas en mesure de permettre la vente d'un volume supérieur à 5,5 Ml par année. Ces paragraphes sont rédigés comme suit³⁷ :

« [123] Le volume moyen des essenceries opérant dans cette zone s'élève à 4,4 Ml par année. En audience, l'AQUIP estime que la livraison d'un tel volume nécessite un équipement de trois distributrices. Elle évalue qu'un tel équipement peut permettre, en théorie, la vente d'un maximum de 5,5 Ml par année sans

³⁶ Dossier R-3399-98, décision D-99-133, p. 50. Il est à noter que l'AQUIP avait proposé, dans le cadre de ce même dossier, de retirer un montant de 0,8 ¢/litre pour tenir compte des Rabais, proposition qui n'a pas été retenue par la Régie.

³⁷ Pièces B-0002, par. 43 et B-0027, par. 79.

installations supplémentaires. L'AQUIP déclare cependant que pour vendre 6,0 Ml par année, trois distributrices ne sont pas suffisantes.

[124] Sur la base de l'ensemble des faits mis en preuve, la Régie est d'avis que le volume de référence pour une essencerie efficace dans un marché efficace s'élève à 5,5 Ml par année. Ce volume correspond à une augmentation de 25 % du volume moyen des essenceries de la zone 1 identifiée par l'AQUIP et permet d'optimiser le rendement des équipements du modèle commercial retenu. Selon les calculs effectués par la Régie, déjà près de 30 % des essenceries de la zone 1 vendent plus de 5,5 Ml par année ». [références omises].

[48] Selon Costco, par sa Décision, la formation initiale omet de se prononcer sur les éléments de la preuve :

« Et là, sans plus, elle [la formation initiale] enchaîne au paragraphe 124 vraiment cette fois-ci. Et là, sans justifier autrement d'une quelconque façon permettant de comprendre vraiment le fondement et puis son raisonnement derrière sa conclusion, elle termine en disant que le volume d'un marché efficace est à cinq point cinq millions (5,5 M) de litres par année.

Et là, nous, on vous soutient de prime abord qu'il y a une omission, là, une omission de se prononcer sur les éléments de preuve qui, comme l'a été également plaidé par mon collègue, qu'une omission est aussi grave... une omission de se prononcer sur des éléments est aussi grave qu'une omission de les considérer et que d'omettre de se prononcer.

[...]

Mais il ressort à tout le moins de ce paragraphe que la première Formation repose entièrement sa décision sur le témoignage du représentant de l'AQUIP, uniquement sur ce qui a été dit.

[...]

[...], il y a eu un problème au niveau de déterminer, de fonder sa décision sur une preuve qui est illogique et qui n'est pas soutenable »³⁸. [nous soulignons]

³⁸ Pièce A-0006, p. 86 à 89.

[49] En contrepartie, Costco fait état du calcul devant mener au volume moyen de l'essencerie efficace³⁹.

[50] En somme, selon Costco, la Décision est erronée et en contradiction avec la preuve présentée en première instance par l'AQUIP. Elle allègue que le modèle proposé par l'AQUIP est suffisant pour générer 6,5 MI sans qu'aucun coût additionnel ne soit encouru⁴⁰.

[51] Costco rappelle que les objectifs législatifs d'efficacité et de promotion des intérêts des consommateurs exigent une utilisation optimale des installations pétrolières actuelles. La Régie ne doit donc pas tenir compte d'une utilisation non efficace d'équipements, ce qui est manifestement le cas du modèle proposé par l'AQUIP et adopté par la Régie par sa Décision⁴¹.

[52] Costco est donc d'avis que la Décision à l'égard du volume de référence est insoutenable et doit être cassée et révisée⁴².

3.3.2 POSITION DE L'AQUIP

[53] L'AQUIP mentionne qu'aucune preuve ne permet d'appuyer la demande de Costco de fixer, à au moins 6,5 MI, le volume annuel de référence de l'essencerie efficace. Pour l'intervenante, ce volume est fixé de manière subjective et arbitraire⁴³.

[54] Quant au volume de référence proposé par Costco, soit 10,5 MI, il s'agit, selon l'AQUIP, d'un volume théorique inapplicable au Québec. Elle précise que même si une essencerie est physiquement capable de pomper 10 MI par année, il faudrait une affluence constante de clients pour en arriver à ce volume⁴⁴.

³⁹ Pièce A-0006, p. 93 à 100.

⁴⁰ Pièces B-0002, par. 44 et 45 et B-0027, par. 80 à 99.

⁴¹ Pièces B-0002, par. 46, 54 et B-0027, par. 88.

⁴² Pièce B-0027, par. 97.

⁴³ Pièces C-AQUIP-0003, par. 59, 69 et A-0006, p. 185.

⁴⁴ Pièce C-AQUIP-0003, par. 65 à 68.

[55] L'AQUIP présente également la preuve ayant amené la formation initiale à fixer le volume annuel de référence à 5,5 MI pour une essencerie efficace et non à 10,5 MI comme proposé par Costco⁴⁵.

[56] Enfin, l'AQUIP conclut que la Décision est conforme à la preuve au dossier et que le volume de référence fixé par la formation initiale ne constitue pas un vice de fond de nature à invalider cette Décision⁴⁶.

3.3.3 OPINION DE LA RÉGIE

[57] La formation initiale conclut que le volume de référence pour une essencerie opérant dans un marché efficace s'élève à 5,5 MI par année, notamment pour les motifs suivants :

« [120] Tout comme la Régie le soulignait en 1999, retenir les ventes moyennes du Québec comme volume de référence ne serait pas représentatif du gain d'efficacité que le consommateur est en droit d'espérer du marché québécois. Ainsi, la Régie considère qu'elle ne doit pas établir le volume de référence sur la base du volume moyen de vente de l'ensemble des essenceries au Québec.

[121] La Régie est plutôt d'avis que la détermination du volume de référence doit se faire en tenant compte de la réalité des essenceries opérant dans un marché efficace, c'est-à-dire dans lequel la densité de population est importante, où la probabilité de guerres de prix est plus élevée et dans lequel une certaine rationalisation est possible, voire nécessaire au maintien d'une saine concurrence. La Régie constate que les régions éloignées et intermédiaires ne font pas partie de ce type de marché.

[122] Dans ces circonstances, la Régie est d'avis que l'établissement du volume de référence doit tenir compte de la réalité des essenceries opérant à l'intérieur de la zone 1 identifiée par l'AQUIP. Cette zone possède les caractéristiques d'un marché efficace.

⁴⁵ Pièce C-AQUIP-0003, par. 61 à 83.

⁴⁶ Pièce C-AQUIP-0003, par. 60 et 84.

[123] Le volume moyen des essenceries opérant dans cette zone s'élève à 4,4 Ml par année. En audience, l'AQUIP estime que la livraison d'un tel volume nécessite un équipement de trois distributrices. Elle évalue qu'un tel équipement peut permettre, en théorie, la vente d'un maximum de 5,5 Ml par année sans installations supplémentaires. L'AQUIP déclare cependant que pour vendre 6,0 Ml par année, trois distributrices ne sont pas suffisantes.

[124] Sur la base de l'ensemble des faits mis en preuve, la Régie est d'avis que le volume de référence pour une essencerie efficace dans un marché efficace s'élève à 5,5 Ml par année. Ce volume correspond à une augmentation de 25 % du volume moyen des essenceries de la zone 1 identifiée par l'AQUIP et permet d'optimiser le rendement des équipements du modèle commercial retenu. Selon les calculs effectués par la Régie, déjà près de 30 % des essenceries de la zone 1 vendent plus de 5,5 Ml par année.

[125] En conséquence, aux fins de fixer un montant au titre des coûts d'exploitation, la Régie juge raisonnable d'établir un volume annuel de référence à 5,5 Ml pour une essencerie efficace opérant dans un marché efficace ». [notes de bas de page omises] [nous soulignons]

[58] La Régie ne constate aucun vice de fond, sérieux et fondamental, de nature à invalider la Décision de la formation initiale.

[59] Contrairement à ce qu'allègue Costco, il n'apparaît pas de la Décision que la formation initiale ait omis de se prononcer sur des éléments de preuve. Au contraire, la Décision se base sur « *l'ensemble des faits mis en preuve* », dont, notamment, le volume moyen des essenceries opérant dans la zone 1, le témoignage des représentants de l'AQUIP et le Portrait du marché québécois de la vente au détail d'essence et de carburant⁴⁷. La Décision tient donc compte de différents éléments de preuve aux fins de déterminer le volume de référence d'une essencerie efficace, éléments auxquels la formation initiale a accordé une valeur probante. Elle explique comment elle est parvenue à la somme de 5,5 Ml par année⁴⁸, somme corroborée par ailleurs dans un rapport qu'elle a émis en 2012.

⁴⁷ Pièces B-0026 et C-AQUIP-0026.

⁴⁸ 4,4 Ml/an * 1,25% = 5,5 Ml/an.

[60] La formation initiale ne s'est pas prononcée sur la preuve soumise par Costco mais elle n'a pas, à titre de décideur, l'obligation de commenter tous les faits mis en preuve et elle n'a pas à expliciter en détail les arguments développés par les parties. Les parties doivent comprendre la conclusion et ses fondements⁴⁹, ce qui est le cas dans la Décision.

[61] Costco conteste le calcul de l'AQUIP devant mener au volume moyen de l'essencerie efficace et retenu par la Régie pour déterminer le volume annuel de référence. Elle cherche à démontrer que ce calcul de l'AQUIP est incohérent avec la preuve présentée et que la conclusion de la Régie devient, par le fait même, insoutenable.

[62] Ainsi, pour faire la démonstration de la contradiction invoquée avec la preuve, Costco présente un tableau au paragraphe 82 de son plan d'argumentation⁵⁰. Selon elle, le modèle présenté par l'AQUIP est celui d'une essencerie efficace qui vend 5,0 millions de litres par an, seulement aux heures de pointe, à raison de 38 litres x 360 transactions par jour x 365 jours. Ce résultat excède, pour la seule période de pointe, le volume de référence proposé de 4,4 millions de litres par l'AQUIP, de sorte que l'essencerie reste ouverte, malgré le fait qu'elle ne vend aucune essence en dehors des heures de pointe, ce qui est incohérent.

[63] L'argument de Costco ne résiste pas à l'analyse. Costco utilise des informations parcellaires et imprécises pour établir les calculs de ce tableau. Ainsi, d'une part, les 38 litres par transaction utilisés portent uniquement sur les transactions effectuées par carte de débit. Or, selon la preuve au dossier, il appert que les cartes de débit comptent pour seulement 35 % des transactions. D'autre part, en ce qui a trait au nombre de transactions moyen à l'heure en période de pointe, l'hypothèse de 60 transactions par heure utilisée par Costco ne peut être retenue, car elle est imprécise. En effet, cette hypothèse ne fait pas la distinction entre les transactions liées au dépanneur et celles liées à la vente de carburants, et leur répartition n'a pas été mesurée. Dans les circonstances, Costco échoue dans sa démonstration de l'utilisation d'une preuve incohérente par la formation initiale dans sa Décision.

[64] C'est pourquoi, donner suite aux prétentions de Costco équivaldrait pour la Régie à se substituer à la formation initiale à l'égard de la preuve et de son appréciation.

⁴⁹ *Syndicat des employés de la Société des casinos du Québec (CSN) c. Abramowitz*, 2010 QCCS 981 (CanLII).

⁵⁰ Pièce B-0029.

[65] **En conséquence, la Régie est d'opinion qu'il n'y a pas lieu de réviser ou révoquer la Décision.**

[66] **Pour ces motifs,**

La Régie de l'énergie :

REJETTE la demande de révision de Costco.

Lise Duquette
Régisseur

Françoise Gagnon
Régisseur

Pierre Méthé
Régisseur

Représentants :

Association québécoise des indépendants du pétrole (AQUIP) représentée par M^e Pierre-Olivier Charlebois;

Costco Wholesale Canada Ltd/Les Entrepôts Costco (Costco) représentée par M^{es} Christopher Richter et Chanelle Charron-Watson.