

CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

No. : R-3959-2016
(R-3888-2014)

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

HYDRO-QUÉBEC, personne morale de droit public légalement constituée en vertu de la *Loi sur Hydro-Québec* (L.R.Q., c. H-5) ayant son siège social au 75, boul. René-Lévesque Ouest, dans les cité et district de Montréal, province de Québec, H2Z 1A4, dans ses activités de transport d'électricité,

Demanderesse

**Demande de révision du Transporteur de la décision D-2015-209
(Art. 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*)**

HYDRO-QUÉBEC, DANS SES ACTIVITÉS DE TRANSPORT D'ÉLECTRICITÉ (TRANSPORTEUR), EXPOSE CE QUI SUIT AU SOUTIEN DE SA DEMANDE DE RÉVISION :

I. LA DEMANDE DE RÉVISION

1. Le 18 décembre 2015, une formation de trois régisseurs (**Première formation**) de la Régie de l'énergie (**Régie**) mettait fin à la phase 1 de la demande du Transporteur relative à la politique d'ajouts au réseau de transport, dossier R-3888-2014 (**Demande - Phase 1**), en rendant la décision D-2015-209 (**Décision**).
2. Le Transporteur demande à la Régie de réviser certaines conclusions de la Décision (**Conclusion** ou **Conclusions**) concernant les sujets identifiés ci-dessous, soit celles relatives à la non-reconnaissance de droits acquis au Producteur, à l'abrogation immédiate de l'article 12A.2 i) des *Tarifs et conditions de service de transport d'Hydro-Québec (TC ou Tarifs et conditions)* et aux notions de « revenu additionnel » et de « neutralité tarifaire » dans la mesure où le sort des Conclusions relatives à ces deux notions doit suivre celui réservé aux Conclusions relatives aux deux premiers sujets.

Concernant les droits acquis:

- [406] Pour ces motifs, la Régie ne retient pas la prétention du Transporteur selon laquelle, à compter de la signature des Conventions, le Producteur bénéficie d'un droit acquis d'utiliser les revenus actualisés qu'elles génèrent afin d'assurer la couverture du coût d'ajouts ultérieurs assumés par le Transporteur.
- [407] En conséquence, la Régie ordonne au Transporteur de déposer, lors de la phase 2 du présent dossier, un texte modifié des Tarifs et conditions afin de refléter les conclusions de la présente section. En particulier, la Régie ordonne au Transporteur de supprimer l'option i) de l'article 12A.2 et d'apporter au texte des Tarifs et conditions les ajustements de concordance afin d'assurer la cohérence d'ensemble.
- [408] La Régie ordonne également au Transporteur de déposer, lors de la Phase 2 du présent dossier, une proposition de format de suivi des engagements conforme aux dispositions de la présente section.
- [715] Pour ces motifs,

La Régie de l'énergie : [...] **ORDONNE** au Transporteur de soumettre à la Régie, au plus tard le 26 février, à 12h, aux fins de la phase 2 du présent dossier, une proposition de texte refondu des versions française et anglaise des Tarifs et conditions reflétant l'ensemble des décisions énoncées dans les diverses sections de la présente décision, y incluant les propositions qui s'appliquent à la clientèle de la Partie III des Tarifs et conditions.

ORDONNE au Transporteur de déposer au plus tard le 26 février 2016, à 12h, une proposition de format de suivi des engagements conforme aux dispositions de la présente décision.

Concernant l'abrogation de l'article 12A.2 i):

- [381] En conséquence, la Régie juge qu'il y a lieu d'abroger l'option i) de l'article 12A.2. La Régie est d'avis qu'il est pertinent et opportun, afin de faire preuve de transparence et d'éviter toute

situation conflictuelle en raison de la période transitoire d'ici la fin de la phase 2, d'abroger immédiatement cet article des Tarifs et conditions. En conséquence, cette abrogation entrera en vigueur à la date de publication de la présente décision. Ainsi, les clients du Transporteur ne pourront plus bénéficier de l'option i) pour garantir la couverture des coûts encourus par le Transporteur pour les demandes d'autorisation à la Régie de raccordements de centrales, postérieurement à la présente décision.

- [715] Pour ces motifs,

La Régie de l'énergie : [...] **ABROGE** l'option i) de l'article 12A.2 des Tarifs et conditions avec effet à compter de la date de publication de la présente décision;

Concernant les notions de « revenu additionnel » et de « neutralité tarifaire »

- [109] En conséquence, la Régie ne retient pas l'interprétation du Transporteur sur le concept de revenu additionnel et de la neutralité tarifaire qui en découle.
- [110] Les revenus additionnels à considérer par projet doivent englober la totalité des revenus tirés de la (ou des) convention(s) de service associée(s) à ce projet.
- [212] En conséquence, l'application de l'allocation maximale dans le cadre d'un projet de « Croissance » associé à un client de point à point doit être accompagnée d'une nouvelle entente contractuelle distincte, associée au projet. Cette entente contractuelle distincte doit générer des revenus additionnels permettant, au moins, la couverture du coût supporté par le Transporteur. [...]
- [353] La Régie retient les recommandations de prudence des intervenants et rejette l'approche proposée par le Transporteur en matière de traitement et de suivi des engagements.
- [354] Les engagements prévus dans le cadre des projets d'investissement pour les clients de point à point sont établis par projet et doivent s'appuyer sur des revenus additionnels tels que précisés par la Régie dans la présente décision. Le suivi des engagements devra donc être fait par projet.
- [359] En conséquence, la Régie est d'avis que des modifications devront être apportées au texte de l'appendice J des Tarifs et conditions pour y inclure, lors d'un projet visant l'ajout ou la modification d'interconnexions, des modalités relatives à la signature d'engagements visant à couvrir, par des revenus additionnels, les coûts supportés par le Transporteur.

3. Le Transporteur soumet que les Conclusions sont grevées de vices de fond de nature à les invalider au sens de l'article 37(3°) de la *Loi sur la Régie de l'énergie (Loi ou LRÉ)*, considérant que :

- a) la Première formation a erré en décidant que le Producteur ne bénéficiait d'aucun droit acquis d'utiliser les revenus découlant de conventions de service¹ (**Conventions**) pour assurer la couverture des coûts d'ajouts au réseau, sauf en ce qui concerne les projets de raccordement de centrales ayant déjà fait l'objet d'une autorisation de la Régie², et plus particulièrement :
- i) en affirmant ne pouvoir reconnaître de droits acquis à un client du Transporteur en l'absence d'une preuve directe de ses véritables intentions ou motivations à l'origine de sa décision de conclure une convention;
 - ii) en omettant d'appliquer les règles de droit et critères établis aux fins de la reconnaissance de droits acquis à l'égard des situations juridiques dont elle était saisie;
 - iii) en exerçant sa compétence de façon arbitraire;
 - iv) en manquant à son obligation de motiver ses Conclusions conformément à l'article 18 LRÉ;
 - v) subsidiairement au motif énoncé au paragraphe 3.a)i), en omettant de considérer des éléments de preuve de faits déterminants et d'en tirer les inférences raisonnables concernant le rôle qu'a pu jouer l'article 12A.2 i) au moment de la signature des Conventions.
- b) la Première formation a erré en exerçant sa compétence illégalement :
- i) en omettant de concilier la protection des consommateurs, le traitement équitable du Transporteur et l'intérêt public lors de l'abrogation de l'article 12A.2 i), comme l'exige notamment l'article 5 LRÉ;
 - ii) subsidiairement au motif énoncé au paragraphe 3.b)i), en contrevenant aux règles d'équité procédurale en cas d'insuffisance de preuve d'impact d'un changement aux conditions de service du Transporteur.

II. LE CADRE LÉGISLATIF APPLICABLE EN MATIÈRE DE RÉVISION

4. L'article 37(3°) LRÉ prévoit que la Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à l'invalidier.
5. Il est bien établi par la Régie et les tribunaux de droit commun qu'une erreur de fait ou de droit sérieuse et fondamentale ayant un caractère déterminant sur l'issue de la décision constitue un vice de fond de nature à invalider une décision de la Régie au sens de l'article 37(3°) LRÉ.
6. L'erreur simple de droit suffit dès lors qu'elle soulève une question juridictionnelle.

¹ Voir Pièce HQT-1, doc. 1 révisé, note 33 qui réfère notamment aux conventions de service suivantes : convention de service de transport à long terme pour livraison à ON, signée le 16 octobre 2006 et déposée à la Régie le 16 novembre 2006; conventions de service à long terme pour livraison à MASS et NE signées le 31 mars 2009 et déposées à la Régie le 21 avril 2009.

² Décision, par. 405.

7. De plus, la notion de vice de fond doit être interprétée largement.

[140] [...] Elle est suffisamment large pour permettre la révocation d'une décision qui serait *ultra vires* ou qui, plus simplement, ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier. Il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation, d'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits lorsque cette erreur joue un rôle déterminant, de la mise à l'écart d'une règle de droit ou encore de l'omission de se prononcer sur un élément de preuve important ou sur une question de droit pertinente³.

8. Lorsque les conditions prévues à l'article 37 LRÉ sont remplies, la Régie a compétence pour réviser ou révoquer la décision et y substituer la sienne, le cas échéant.

III. LA DEMANDE D'ORIGINE DU TRANSPORTEUR ET LA DÉCISION

A. LA DEMANDE DU TRANSPORTEUR

9. Le 30 avril 2014, le Transporteur déposait la Demande - Phase 1 conformément aux articles 31, 32, 48, 49, 50 et 51 LRÉ.
10. Cette Demande - Phase 1 constituait une cause dite « générique » ne visant que les dispositions des Tarifs et conditions relatifs à la Politique d'ajouts au réseau de transport du Transporteur (**Politique d'ajouts**). Ces dispositions, intégrées à l'Appendice J des Tarifs et conditions, établissent les règles et modalités de partage de coûts encourus pour la réalisation des ajouts requis pour satisfaire les besoins des clients du service de transport.
11. Dans le cas d'un projet de croissance associé à un service de transport de point à point, le partage intervient entre le Transporteur et le client dont la demande de service ou de raccordement (incluant le raccordement de centrales visé à l'article 12A.2 TC) justifie ou « déclenche » l'ajout au réseau.
12. Ce partage s'effectue par l'attribution d'un montant maximal d'allocation assumé par le Transporteur et intégré à sa base de tarification. Lorsque les coûts du projet sont supérieurs à ce montant maximal, le solde est couvert par le paiement d'une contribution financière à la charge du client concerné.
13. La Demande - Phase 1 du Transporteur donnait effet à la jurisprudence de la Régie voulant que la neutralité tarifaire « s'incarne dans l'application de l'allocation maximale »⁴ et assure qu'un ajout n'a pas d'impact à la hausse sur les tarifs de transport d'électricité.
14. Cette Demande - Phase 1 s'appuyait également sur des décisions de la Régie permettant de considérer que les revenus générés par une convention de service excédant la couverture requise des coûts d'un ajout constituaient un « revenu additionnel » disponible pour couvrir les coûts d'autres ajouts⁵.
15. Ces notions, telles qu'elles étaient comprises et appliquées par le Transporteur et ses clients, étaient conformes à l'interprétation et à l'application de l'article 12A.2 i) TC reconnues par la Régie (avant son abrogation par la Décision) qui permettait aux clients du Transporteur d'utiliser les revenus d'une ou plusieurs conventions de service existantes

³ *Tribunal Administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.), par. 140.

⁴ Pièce HQT-4, doc. 1, R1.3.

⁵ Voir notamment les éléments résumés à la Décision, par. 87, 88.

pour couvrir les coûts d'ajouts futurs, y compris des conventions de très long termes signées par le Producteur en 2006 et 2009⁶.

16. Dans sa Demande - Phase 1, et en réponse à une demande antérieure de la Régie⁷ concernant le suivi des engagements souscrits en vertu de l'article 12A.2 i) TC, le Transporteur proposait d'effectuer un suivi annuel respectant les « cadres juridiques constitués » ou droits acquis de clients, en l'occurrence le Producteur, et reconnaissant l'utilisation des revenus découlant de conventions existantes pour couvrir le coût d'ajouts futurs.
17. Le Transporteur ne proposait aucune modification de l'article 12A.2 i) TC à cet égard et encore moins son abrogation pure et simple.
18. En fait, aucun intervenant ne demandait l'abrogation de l'article 12A.2 i). L'élimination de cette option étant le fait de la Première formation⁸ et à la base de sa conclusion à l'égard du suivi des engagements et de la non-reconnaissance de droits acquis au Producteur.

B. LES MOTIFS AU SOUTIEN DES CONCLUSIONS

19. La Première formation a rejeté les notions de « neutralité tarifaire » et de « revenu additionnel » proposées par le Transporteur puis a abrogé l'article 12A.2 i) TC. Elle a également refusé de reconnaître que les Conventions bénéficiaient d'un « cadre juridique constitué » et conféraient des droits acquis au Producteur.
20. Au titre des motifs énoncés par la Première formation pour nier l'existence de tels droits acquis, mentionnons les éléments principaux suivants :
 - a) l'absence de preuve du Producteur quant à ses « véritables intentions » ou « motivations » « à l'origine de la signature des conventions » et le « rôle qu'a pu jouer l'article 12A.2 lorsqu'il [le Producteur] a conclu des conventions d'un terme supérieur à 20 ans »⁹;
 - b) la formulation par le Transporteur d'« hypothèses » ou de supputations plaidées « pour autrui » donc prétendument en contravention « de la règle fondamentale *audi alteram partem* »¹⁰;
 - c) la non-reconnaissance de droits acquis découlant de la signature des Conventions au motif que « l'existence de droits acquis, s'il en est, ne peut découler directement d'un droit accordé par les Tarifs et conditions mais plutôt du cadre réglementaire plus global »¹¹, lequel est sujet à changement¹²;
 - d) le rejet, parce que déraisonnable, de la reconnaissance de droits acquis découlant de la signature d'une convention postérieurement à l'adoption de l'article 12A.2 i)

⁶ Voir notamment les éléments résumés à la Décision, par. 87, 88, 269, 382.

⁷ D-2009-071, par. 34.

⁸ En effet, aucune demande n'a été faite par le Transporteur, ni par aucun intervenant, à la Première formation de procéder à l'abrogation de l'article 12A.2 i), et cette question n'a aucunement été annoncée dans la liste des sujets à l'ordre du jour de ce dossier.

⁹ Décision, par. 385, 386 et 387.

¹⁰ Décision, par. 385, 386 et 387.

¹¹ Décision, par. 395.

¹² Décision, par. 399-400.

garantissant l'utilisation des revenus afin d'assurer la couverture du coût d'ajouts ultérieurs, en dépit de l'abrogation de l'article 12A.2 i)¹³;

- e) l'absence de « garantie » ou d'« abri » contre une modification du cadre réglementaire, en dépit de décisions antérieures de la Régie acceptant l'utilisation de revenus des Conventions afin d'assurer la couverture des coûts d'ajouts postérieurs et l'importance d'éviter d'élargir la portée de décisions statuant sur des demandes particulières d'autorisation de projets de raccordement de centrales¹⁴;
- f) l'affirmation d'un principe de prudence avant de reconnaître des droits acquis en matière tarifaire eu égard au « caractère évolutif de la réglementation »¹⁵ et à la primauté du « cadre réglementaire plus global »¹⁶ débordant une simple disposition des TC.

IV. LES MOTIFS DE RÉVISION

A. LA PREMIÈRE FORMATION A ERRÉ EN DÉCIDANT QUE LE PRODUCTEUR NE BÉNÉFICIAIT D'AUCUN DROIT ACQUIS D'UTILISER LES REVENUS DÉCOULANT DE CONVENTIONS DE SERVICE POUR ASSURER LA COUVERTURE DES COÛTS D'AJOUTS AU RÉSEAU

- 21. Il importe de distinguer les cas d'application prospective, rétroactive et rétrospective de modifications aux TC, pour ensuite adopter les critères de reconnaissance de droits acquis (**Critères**) énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dikranian*¹⁷ :
- 22. La règle générale veut que les modifications aux TC n'aient d'effet que pour l'avenir, sans modifier les droits acquis des parties. Il s'agit de l'application prospective des TC.
- 23. En aucun cas des amendements aux TC peuvent s'appliquer de manière rétroactive, la Régie n'ayant pas la compétence pour rendre une telle ordonnance.
- 24. L'application rétrospective d'amendements aux TC peut permettre, dans certaines circonstances, de régir les effets futurs de situations juridiques en cours au moment de l'entrée en vigueur des amendements.
- 25. En effet, la jurisprudence portant sur l'effet dans le temps d'amendements législatifs reconnaît qu'une loi nouvelle peut, sans être rétroactive, régir les conséquences futures de faits accomplis avant son entrée en vigueur sans toutefois modifier les effets qui se sont produits avant cette date.
- 26. Il est toutefois fait exception à cette possibilité d'application rétrospective en présence de droits acquis.
- 27. En effet, il existe une présomption à l'effet que le législateur ne souhaite pas porter atteinte aux droits acquis avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi. Il s'agit d'un principe reconnu en droit canadien depuis longtemps, qui s'applique en matière réglementaire.
- 28. Ainsi, l'application rétrospective de textes normatifs doit être écartée lorsqu'une telle application aurait pour effet de porter atteinte à des droits acquis ou substantiels.

¹³ Décision, par. 402 et 404.

¹⁴ Décision, par. 397.

¹⁵ Décision, par. 399.

¹⁶ Décision, par. 395.

¹⁷ *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, [2005] 3 R.C.S. 530 (*Dikranian*).

29. Selon la Cour suprême du Canada, une personne dispose de droits acquis lorsque sa situation juridique est : (1) suffisamment individualisée et concrète (par opposition à générale et abstraite) et (2) suffisamment constituée au moment de l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi.

30. Il appert de la Décision que la Première formation a pleinement reconnu ces règles de droit et Critères établis par la Cour suprême du Canada et leur application en matière de conditions de service :

[388] Par ailleurs, la Régie applique les modifications apportées au texte des Tarifs et conditions de manière prospective et non rétroactive. Personne ne conteste que la Régie puisse également, dans certaines circonstances, donner un effet rétrospectif à des amendements, c'est-à-dire régir les effets futurs des situations juridiques en cours au moment de l'entrée en vigueur des amendements. Peut-il y avoir une exception au caractère rétrospectif d'une décision en présence de droits acquis?

[389] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Dikranian c. Québec*, a énoncé certains critères afin de déterminer s'il y a présence de droits acquis. [...]

[390] Ainsi, une personne pourra se faire reconnaître des droits acquis si elle est en mesure de faire état d'une situation juridique individualisée, concrète et singulière. Il faut noter, de plus, que la seule possibilité de se prévaloir d'une loi ne saurait fonder de droits acquis.

(Nos soulignements)

31. C'est dans l'application de ces règles de droit et Critères que la Première formation a erré, pour les raisons discutées aux paragraphes 32 à 81.

1. Motif 1 : La Régie a erré en affirmant ne pouvoir reconnaître de droits acquis à un client du Transporteur en l'absence d'une preuve directe de ses véritables intentions ou motivations à l'origine de sa décision de conclure une convention

32. Aux paragraphes 385 à 387 de la Décision, la Première formation affirme ce qui suit :

[385] Tant le Transporteur que les intervenants n'ont pu que supputer sur les intentions du Producteur et le rôle qu'a pu jouer l'article 12A.2 i) lorsqu'il a conclu des conventions d'un terme supérieur à 20 ans.

[386] D'une part, le Transporteur réfère essentiellement au témoignage de son directeur Commercialisation et affaires réglementaires, qui avance des hypothèses sur les motivations du Producteur, alors qu'il admet ne pas pouvoir parler en son nom. [...]

[387] La Régie ne peut se prononcer sur les véritables intentions du Producteur lorsqu'il a conclu de ces contrats de long terme et du rôle que l'article 12A.2 i) a pu y jouer. Nul ne peut plaider pour autrui. Il aurait donc fallu que des représentants du Producteur participent à l'audience et témoignent formellement de sa position à cet égard. Autrement, il y aurait transgression de la règle fondamentale *audi alteram partem*.

(Nos soulignements)

33. En somme, la Première formation a conclu qu'elle ne pouvait reconnaître de droits acquis à un client du Transporteur en l'absence du témoignage formel de son représentant établissant ses intentions véritables ou motivations à l'origine de la signature d'une

convention de service de transport et le rôle qu'a pu jouer l'article 12A.2 i) lorsqu'il a conclu des conventions de services de Transport d'un terme supérieur à 20 ans¹⁸.

34. Ce motif est dénué de tout fondement juridique.
35. Les Critères pertinents s'intéressent à l'existence d'une situation juridique suffisamment individualisée, concrète et constituée au moment de l'entrée en vigueur d'une modification du cadre réglementaire;
36. Ainsi, ce n'est pas l'intention subjective ou la motivation interne d'une partie au moment de la signature d'une convention de service qui doit être étudiée aux fins de se prononcer sur l'existence de droits acquis mais bien la situation juridique créée par et découlant de la signature de cette convention.
37. Ignorer la situation juridique qui découle d'une convention de service pour plutôt s'interroger sur des intentions véritables ou motivations est contraire aux règles de droit et Critères établis par la Cour suprême du Canada.
38. De plus, il est déraisonnable d'ancrer l'existence de droits acquis sur l'analyse de l'intention ou des motivations d'une partie, sachant que l'introduction d'un tel critère subjectif pourrait, en pratique, procurer aux parties intéressées la faculté de faire reconnaître des droits acquis au gré de simples représentations sur leurs « véritables intentions ».
39. Au surplus, l'adoption de ce critère subjectif sans aucun appui jurisprudentiel est pour le moins incompatible avec le principe de prudence évoqué par la Première formation pour se justifier.
40. De plus, les Conclusions sont grevées d'un illogisme insoutenable.
41. D'une part, la Première formation nie l'existence de droits acquis au Producteur pour tout projet n'ayant pas déjà fait l'objet d'une autorisation en raison de l'absence du témoignage formel de son représentant quant à ses véritables intentions et motivations.
42. D'autre part, elle reconnaît l'existence de droits acquis à l'égard de tout projet ayant déjà fait l'objet d'une autorisation en dépit de l'absence de ce même témoignage d'intentions véritables ou de motivations.

[405] La Régie précise que l'abrogation de l'option 12A.2 i) n'aura aucun effet sur les projets de raccordement de centrales du Producteur qui ont fait l'objet d'une autorisation de la Régie antérieurement à la présente décision.
43. Outre le fait que le choix de retenir l'autorisation comme seuil de reconnaissance d'un droit acquis est non motivé et purement arbitraire, ce qui en soi constitue un vice de fond distinct discuté ci-dessous¹⁹, ces deux résultats contraires dans un même dispositif sont inintelligibles à l'examen des motifs de la Première formation.
44. Il semble que la Première formation ait vu l'absence du Producteur dénoncée par certains intervenants comme une façon pour nier ses droits acquis, et que ce motif a été déterminant dans sa Décision :

¹⁸ Décision, par. 384 à 387 et 396.

¹⁹ Voir les paragraphes 56 à 59 de la présente Demande.

[384] Selon la Régie, il ne suffit pas d'invoquer une atteinte à la règle des droits acquis. Encore faut-il que la partie concernée prouve que cette atteinte est réelle.

45. En somme, l'exigence d'une preuve d'intentions véritables ou de motivations constitue une grave erreur de droit et un vice de fond de nature à invalider les Conclusions visées.

2. Motif 2 : La Première formation a erré en omettant d'appliquer les règles de droit et Critères établis aux fins de la reconnaissance de droits acquis à l'égard des situations juridiques dont elle était valablement saisie

46. Pour disposer de la question particulière qui lui était soumise, la Première formation devait appliquer les Critères dégagés de l'arrêt *Dikranian* aux faits de l'espèce.

47. La Première formation devait donc déterminer si un client du Transporteur qui conclut une convention de services de transport à long terme est, de ce fait, dans une situation juridique suffisamment individualisée, concrète et constituée pour bénéficier de droits acquis en ce qui concerne les droits générés par cette convention, en regard des conditions de service alors en vigueur.

48. La Première formation n'a pas procédé à cette analyse.

49. Elle a plutôt conclu que les droits acquis ne peuvent découler que du cadre réglementaire global²⁰, lequel est sujet à changement²¹.

50. Ce raisonnement est insoutenable et circulaire puisqu'il dicte la conclusion de ne jamais reconnaître l'existence de droits acquis à la clientèle du service de transport.

51. En effet, la notion même de droits acquis implique nécessairement la survie d'un droit lors et en dépit de changements au cadre réglementaire global. Ainsi, il n'y aurait jamais de droits acquis découlant de contrats dont le contenu est réglementé.

52. Si la Première formation avait appliqué les Critères à la situation particulière qui lui était soumise, elle aurait conclu que la signature d'une convention de service de transport cristallise les droits et obligations du client, que sa situation juridique est dès lors individualisée, concrète et constituée et que le client bénéficie donc de droits acquis à compter de ce moment, conformément à l'analyse dictée par l'arrêt *Dikranian*.

53. En effet, la preuve non contredite au dossier devant la Première formation révélait ce qui suit :

a) les Conventions ont été signées entre 2006 et 2009, alors que les Tarifs et conditions incluaient, en tout temps et de manière continue jusqu'à la Décision, l'option d'engagement contenue à l'article 12A.2 i);

b) au moment de signer les Conventions, le client a fait le choix de s'engager à très long terme à souscrire le service de transport ferme (de 35 à 50 ans) et les revenus générés par le paiement des tarifs sur les durées des Conventions représentent un engagement financier énorme;

²⁰ Décision, par. 394-395.

²¹ Décision, par. 399-400.

- c) ces engagements financiers à long terme ont été pris à l'intérieur et sur la base du cadre réglementaire prévalant lors de leur formation, y compris l'article 12A.2 i);
 - d) les Conventions ont été signées au bénéfice de l'ensemble de la clientèle du réseau considérant l'importance, la stabilité et la prévisibilité des flux monétaires qu'elles procurent. De tels bénéfices sont significatifs et à long terme;
 - e) le Producteur a, depuis la signature des Conventions et dans les faits, été le seul client du service de transport point à point à soumettre des projets requérant du Transporteur qu'il fasse autoriser et réaliser des ajouts à son réseau;
 - f) il a, dans les faits, utilisé les revenus des Conventions aux fins de couvrir les coûts de plusieurs de ces projets depuis la signature des Conventions, notamment les projets de raccordement ou d'accroissement de puissance de centrales;
 - g) l'usage des revenus de ces Conventions pour couvrir les coûts de plusieurs ajouts a été confirmé expressément par la Régie à plusieurs reprises et était pleinement conforme aux Tarifs et conditions.
54. À compter de la signature des Conventions et, *a fortiori*, après la décision de la Première formation autorisant les différents projets, la situation juridique des parties contractantes était amplement individualisée, concrète et constituée pour conférer des droits acquis pour une durée équivalente à celle des Conventions.
55. La Première formation a commis une grave erreur en omettant d'appliquer les Critères déterminant l'existence et la reconnaissance de droits acquis découlant de la signature des Conventions.
- 3. Motif 3 : La Première formation a exercé sa compétence de façon arbitraire**
56. Sans égard à l'évolution du cadre réglementaire global qu'elle forçait par l'abrogation immédiate de l'article 12A.2 i), la Première formation décidait que cette abrogation ne produirait aucun effet à l'égard des projets de raccordement de centrales qui ont fait l'objet d'une autorisation par la Régie²².
57. Rien n'indique dans la Décision que cette limite dans la reconnaissance et déclaration de droits acquis à l'égard de certains projets résulte de l'application des Critères.
58. De plus, cette exemption partielle et discrétionnaire à l'abrogation rétrospective de l'article 12A.2 i) n'est aucunement justifiée sur la base d'une analyse des faits propres au Producteur, à la réalité de ses projets ou à l'état de cette catégorie générique de projets ou situations juridiques.
59. La Première formation ne fournit pas de base rationnelle, de principe ou de règle pour le choix de ce seuil de reconnaissance de droits acquis qui, à l'examen des motifs, est donc purement arbitraire et dictée par des considérations non explicitées.
60. Le raisonnement de la Première formation à cet égard et les Conclusions auxquelles il mène sont atteints d'un vice de fond de nature à invalider les Conclusions.

²² Décision, par. 405.

4. Motif 4 : La Première formation a manqué à son obligation statutaire de motiver les Conclusions conformément à l'article 18 LRÉ

61. Les Conclusions de la Première formation devaient être motivées au sens de l'article 18 LRÉ et de la jurisprudence pertinente en semblable matière.
62. Cette obligation statutaire est d'application stricte. L'absence ou l'insuffisance de motivation constitue un excès de compétence et un vice de fond au sens de l'article 37 LRÉ entachant les conclusions de nullité.
63. Une décision est motivée lorsque ses motifs sont suffisants, intelligibles, et qu'ils permettent de connaître les éléments de preuve et de comprendre les raisons qui ont mené aux conclusions tirées et aux ordonnances rendues par un décideur. La présentation d'un résumé de la preuve ou des représentations des parties ne constituent pas une motivation suffisante.
64. Bien qu'un décideur n'ait pas à relater en détails tous les éléments de preuve déposés, ni à trancher tous les arguments soumis, il est tenu d'analyser la preuve et de traiter des arguments déterminant ses conclusions.
65. En l'espèce, la Première formation a correctement identifié les Critères de reconnaissance de droits acquis énoncés par la Cour suprême du Canada mais :
 - a) n'a pas motivé ses Conclusions par référence aux règles de droit et Critères établis par la Cour suprême du Canada;
 - b) n'a pas motivé ses Conclusions par référence aux faits et à la preuve pertinente à l'application de ces règles, critères et précédents jurisprudentiels;
 - c) s'est contenté de conclure arbitrairement qu'aucun projet non déjà autorisé par la Régie ne pouvait faire l'objet de droits acquis;
 - d) n'a pas motivé le choix de l'autorisation d'un projet en vertu de l'article 73 LRÉ comme critère de reconnaissance de droits acquis.
66. Le Transporteur est dans l'incapacité de connaître les éléments de preuve et de comprendre les raisons qui ont mené la Première formation, simultanément et dans un même dispositif, à confirmer le bien-fondé des règles de droit et Critères applicables tout en se refusant de les appliquer.
67. Tel qu'évoqué précédemment, le Transporteur est aussi dans l'incapacité de connaître les éléments de preuve et de comprendre les raisons qui ont mené la Première formation à ne reconnaître l'existence de droits acquis qu'à l'égard d'une catégorie générique de projets déjà autorisés.
68. En somme, les motifs de la Décision sont inintelligibles car ils ne permettent pas de comprendre si la Première formation les a appliqués à la situation particulière dont elle était saisie.
69. Ce faisant, la Première formation a commis des erreurs constituant un excès de compétence et un vice de fond au sens de l'article 37 LRÉ entachant les Conclusions de nullité.

5. Motif 5 : Subsidiairement au motif énoncé au paragraphe 3.a)i), la Première formation a erré en omettant de considérer des éléments de preuve de fait déterminants et d'en tirer les inférences raisonnables concernant le rôle qu'a pu jouer l'article 12A.2 i) au moment de la signature des Conventions

70. Rappelons le contenu des paragraphes 385 à 387 de la Décision.

[385] Tant le Transporteur que les intervenants n'ont pu que supputer sur les intentions du Producteur et le rôle qu'a pu jouer l'article 12A.2 i) lorsqu'il a conclu des conventions d'un terme supérieur à 20 ans.

[386] D'une part, le Transporteur réfère essentiellement au témoignage de son directeur Commercialisation et affaires réglementaires, qui avance des hypothèses sur les motivations du Producteur, alors qu'il admet ne pas pouvoir parler en son nom. [...]

[387] La Régie ne peut se prononcer sur les véritables intentions du Producteur lorsqu'il a conclu de ces contrats de long terme et du rôle que l'article 12A.2 i) a pu y jouer. Nul ne peut plaider pour autrui. Il aurait donc fallu que des représentants du Producteur participent à l'audience et témoignent formellement de sa position à cet égard. Autrement, il y aurait transgression de la règle fondamentale *audi alteram partem*.

(Nos soulignements)

71. Or, en qualité de partie signataire des Conventions, le Transporteur a présenté une preuve directe et pertinente concernant :

- a) le cadre réglementaire prévalant lors de la signature des Conventions et l'interprétation correcte de l'article 12A.2 i) permettant d'utiliser les revenus en provenance de ces Conventions pour assurer la couverture des coûts d'ajouts futurs assumés par le Transporteur;
- b) la dissociation ou non-concomitance dans le temps de la signature des Conventions et des demandes de raccordement de centrales comme une réalité incontournable au soutien de l'interprétation de l'article 12A.2 i) et de sa pertinence lors la signature des Conventions à très long terme; et
- c) les inférences relatives au rôle qu'a pu jouer l'article 12A.2 i) lors de la signature des Conventions à la lumière des faits contemporains et postérieurs à leur signature, y compris, sans limitation, l'interprétation de cet article confirmé par la Régie et l'utilisation par le Producteur à trois reprises des Conventions au titre d'engagements pour couvrir notamment des projets visant les centrales de l'Eastmain-1-A et de la Sarcelle, la centrale Manic-2 et du complexe de la Romaine.

72. Il appert qu'aucun de ces faits n'aurait été retenu par la Première formation aux fins de son analyse portant sur la reconnaissance de droits acquis.

73. Cette preuve, bien que valablement déposée, aurait été ignorée ou écartée parce que réduite à des hypothèses ou supputations plaidées pour autrui en contravention de la règle *audi alteram partem*.

74. Or, le Transporteur témoignait bien en son nom.

75. La référence à la règle *audi alteram partem* en raison de l'absence de témoins du Producteur présume erronément que des intervenants ou la Première formation ont été privés d'un droit d'interroger le Transporteur sur le contexte vécu ou les circonstances observées en sa qualité de partie contractante et participante aux échanges intervenus avec le Producteur à l'époque de la signature des Conventions, y compris le rôle qu'a pu jouer l'article 12A.2 i).
76. Tous les intervenants ont été à même d'interroger les témoins du Transporteur à ce sujet.
77. Aucun ne s'est objecté à son témoignage, que ce soit en raison d'une interdiction de la preuve par ouï-dire ou de l'absence de représentants du Producteur.
78. En l'absence de telles objections, le Transporteur était en droit de s'attendre à ce que la preuve administrée et légalement produite par ses témoins soit considérée par la Première formation.
79. Il était également en droit de s'attendre à ce que la Première formation tire de cette preuve les inférences appropriées, y compris, si elle le jugeait nécessaire, quant au rôle qu'a pu jouer l'article 12A.2 i) lors de la signature des Conventions.
80. En exigeant erronément la preuve directe de véritables intentions ou motivations que seul le Producteur pouvait fournir, la Première formation s'offrait la licence d'ignorer toute la preuve du Transporteur concernant le contexte et la pertinence de l'article 12A.2 i) au moment de la signature des Conventions.
81. La Première formation a erré en excluant cette preuve directe, ce qui constitue un vice de fond au sens de l'article 37(3°) LRÉ.

B. LA PREMIÈRE FORMATION A ERRÉ EN EXERÇANT SA COMPÉTENCE ILLÉGALEMENT

6. Motif 6 : La Régie a omis de concilier la protection des consommateurs, un traitement équitable du Transporteur et l'intérêt public lors de l'abrogation de l'article 12A.2 i)

82. Un principe directeur qui sous-tend l'analyse des droits acquis est l'appréciation comparative des coûts individuels rattachés à l'introduction immédiate d'un changement normatif et des coûts sociaux qui découleraient d'une application différée :

609. On peut croire que le juge qui décide de reconnaître ou de ne pas reconnaître des droits acquis procède, le plus souvent sans le dire, à une appréciation comparative des coûts individuels et sociaux de sa décision. Plus grands sont les coûts individuels et plus grave le préjudice causé à l'individu par l'application immédiate de la loi, plus grandes sont les chances que des droits acquis lui soient reconnus. Par contre, si le coût individuel est jugé réduit (par exemple, lorsque la loi nouvelle ne prescrit qu'une règle de procédure), il est plus probable que la loi nouvelle soit appliquée immédiatement. D'autre part, si les inconvénients sociaux d'une application différée de la loi nouvelle sont perçus comme étant très lourds (par exemple, si cela met en cause la santé ou la sécurité publiques), il est probable que le juge hésitera à admettre des droits acquis. Au contraire, si la survie du droit ancien ne paraît pas menacer indûment l'intérêt social, il sera plus facile au juge d'admettre les droits acquis²³.

(Nos soulignements)

²³ P.A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal, Thémis, par. 609.

83. Cette conciliation ou arbitrage des coûts individuels et sociaux de l'introduction d'un changement réglementaire n'est pas nouvelle et s'impose déjà à la Régie en vertu de l'article 5 LRÉ :

5. Dans l'exercice de ses fonctions, 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 favorise la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable au plan individuel comme au plan collectif.

(Nos soulignements)

84. En l'espèce, même si elle avait valablement conclu que le Producteur ne bénéficiait d'aucun droit acquis à compter de la signature des Conventions (ce qui est expressément nié), la Régie était néanmoins tenue de procéder à cette conciliation ou arbitrage et à l'analyse des effets de l'abrogation de l'article 12A.2 i), y compris à l'égard de situations juridiques en cours.

85. Pour ce faire, la Première formation devait nécessairement s'interroger sur les impacts et préjudice découlant de la mise en œuvre de cette abrogation pour les usagers du réseau et le Producteur en particulier, eu égard, notamment, aux Conventions aux flux monétaires y associés par la couverture des coûts d'ajouts futurs conformément au régime réglementaire en place.

86. Elle devait tenir compte des besoins de stabilité des relations contractuelles et de prévisibilité des conséquences juridiques découlant de la signature de conventions de service à long terme, au bénéfice de l'ensemble de la clientèle du Transporteur.

87. Selon la Cour suprême du Canada, cet exercice est d'autant plus requis lorsque le changement normatif envisagé porte atteinte à des droits substantiels :

[10] Plusieurs règles d'interprétation peuvent aider à circonscrire les cas où une nouvelle mesure législative trouve application. Vu le besoin d'assurer la certitude des conséquences juridiques découlant des faits et des actes antérieurs, les tribunaux reconnaissent depuis longtemps le caractère exceptionnel des mesures législatives applicables rétrospectivement. Plus précisément, ils ont jugé indésirable l'application rétrospective de dispositions législatives portant atteinte aux droits acquis ou substantiels. Ainsi, une nouvelle mesure législative qui porte atteinte à de tels droits est présumée n'avoir d'effet que pour l'avenir, à moins qu'il soit possible de discerner une intention claire du législateur qu'elle s'applique rétrospectivement [...]²⁴.

(Nos soulignements)

88. Or, la preuve administrée devant la Première formation permettait de conclure que l'abrogation de l'article 12A.2 i), combinée à la non-reconnaissance des droits acquis du Producteur, aurait un impact préjudiciable important, causerait un « sérieux problème », un « enjeu majeur » en ce que le Producteur serait privé d'utiliser les revenus ou « montants considérables découlant » des Conventions de « plusieurs milliards » aux fins de couvrir les coûts de projets futurs.

89. Cette preuve non contestée établissait en toile de fond :

a) que le Producteur est signataire des Conventions, tout comme le Transporteur;

²⁴ R. c. Dineley, [2012]3 R.C.S. 272, par. 10.

- b) que le Producteur s'est prévalu de l'option de l'engagement prévu à 12A.2 i) et a utilisé les revenus de ces Conventions pour couvrir les coûts de nouveaux projets à au moins trois reprises, et le Transporteur s'est déclaré satisfait de cet engagement;
 - c) que la Régie a reconnu, donné effet et appliqué cette disposition de manière conforme à l'interprétation que lui ont donné le Transporteur et le Producteur.
90. Il appert que la Première formation a fait totalement abstraction du préjudice important qui serait subi par un client du service de transport en particulier, considérant sa situation particulière dans ce contexte.
91. Il semble que la Première formation ait plutôt choisi d'agir avec précipitation en ordonnant l'application immédiate de ses Conclusions dès la date de la Décision, malgré l'annonce et la tenue d'une Phase 2, et ainsi de cristalliser la négation des droits acquis découlant des Conventions.
92. À ce sujet, il appert du paragraphe 250 de sa Décision que la Première formation ait jugé utile d'identifier des « futurs projets de raccordement de centrales [...] [pour lesquels le Transporteur] présume des investissements importants », en l'occurrence, les projets relatifs aux centrales Petit-Mécatina 3 et 4 et Magpie 2 et 5, pour ensuite se dire préoccupée par la possibilité que les revenus des Conventions puissent être utilisés pour couvrir les coûts de raccordement de ces projets :

[338] Quant à l'accélération de la transition vers un suivi uniforme de tous les engagements pour les clients de point à point, la Régie est préoccupée par la durée de la mesure transitoire proposée, qui risque de s'étendre sur une très longue période. En effet, bien que le Transporteur mentionne que les revenus liés aux engagements de type Toulustouc sont appelés à « s'éteindre », la Régie constate que les revenus utilisés au titre de remboursements complémentaires ont trait à des conventions de service dont le terme peut aller jusqu'en 2044. Les montants en cause sont considérables et pourraient être utilisés pour couvrir des investissements importants prévus avant ce terme, comme les raccordements des centrales de Petit-Mécatina et Magpie, prévus pour 2020 qui totalisent plus de 2000 MW de capacité.

(Nos soulignements)

93. D'une part, ce raisonnement de la Première formation révèle une lecture erronée de la preuve et une incompréhension de la Demande du Transporteur qui porte à conséquence.
94. D'autre part, ces propos semblent avoir joué dans sa décision d'abroger immédiatement l'article 12A.2 i) de façon préemptive :

[381] En conséquence, la Régie juge qu'il y a lieu d'abroger l'option i) de l'article 12A.2. La Régie est d'avis qu'il est pertinent et opportun, afin de faire preuve de transparence et d'éviter toute situation conflictuelle en raison de la période transitoire d'ici la fin de la phase 2, d'abroger immédiatement cet article des Tarifs et conditions. En conséquence, cette abrogation entrera en vigueur à la date de publication de la présente décision.

(Nos soulignements)

95. Or, rien dans les motifs de la Première formation ne permet :
- a) de justifier cet empressement à priver immédiatement le Producteur de droits jusque-là exercés conformément aux TC, avec l'aval de la Régie;

- b) d'identifier la situation conflictuelle que voulait éviter la Première formation par cette ordonnance exceptionnelle.
96. Il semble plutôt que la Première formation ait voulu atteindre un résultat recherché et éviter que le Producteur ne puisse bénéficier de l'option prévue à l'article 12A.2 i) à l'égard de projets connus, individualisés et prévus pour 2020.
97. Cette démarche préemptive de la Première formation est hautement incompatible avec son devoir de conciliation dans l'exercice de ses fonctions.
98. Elle est par ailleurs contraire à la décision procédurale de la Première formation au dossier et la portée de la Phase 1²⁵.
99. La Première formation devait également considérer l'intérêt des consommateurs du service de transport de manière générale. Ces intérêts sont notamment assurés par un respect de la stabilité et de la force obligatoire des contrats, ce qui est hautement désirable pour le Transporteur pour le bénéfice de tous les clients du service de transport.
100. En effet, lorsqu'ils signent des conventions de service de transport à long terme, les clients du service de transport doivent pouvoir se fier que la Régie ne viendra pas modifier substantiellement le contenu obligationnel de ces contrats sans qu'il n'existe de motifs dirimants qui le justifient. À moins que l'intérêt public ou le traitement équitable du Transporteur ne l'exigent, la Première formation devait donc chercher à préserver la stabilité des contrats.
101. En l'espèce, la Régie devait déterminer si l'intérêt public ou le traitement équitable du Transporteur justifiaient de porter atteinte aux intérêts du Producteur et, plus généralement, de contrevenir au principe de la stabilité des contrats.
102. Or, la Première formation n'a pas procédé à cette analyse comparative et a rompu l'équilibre contractuel entre le Producteur et le Transporteur, sans prévoir quelque mesure d'adaptation que ce soit, en dépit des demandes du Transporteur à l'audience.
103. L'ingérence dans la stabilité des contrats et la certitude réglementaire commise par la Première formation, dans les circonstances particulières révélées par la preuve au dossier, est en rupture avec les précédents d'autres régulateurs, incluant la *Federal Energy Regulatory Commission (FERC)* qui reconnaissent l'importance de la stabilité tarifaire et la « *sanctity of contract* ».
104. En agissant comme elle l'a fait, la Première formation a exercé sa compétence illégalement.
- 7. Motif 7 : Subsidièrement au motif énoncé au paragraphe 3.b)i), la Première formation a erré en contrevenant aux règles d'équité procédurale en cas d'insuffisance de preuve d'impact d'un changement aux conditions de service**
105. Nul ne conteste qu'une décision rendue en contravention à la règle *audi alteram partem* doit être révisée ou révoquée en vertu de l'article 37(3°) LRÉ.

²⁵ D-2014-117, par. 24 et 25.

106. Ce droit fondamental d'être entendu implique, selon les circonstances comme en l'instance :
- a) un préavis identifiant les sujets à l'étude pour fins d'adjudication;
 - b) l'opportunité de présenter une preuve et de faire entendre des témoins;
 - c) l'opportunité de répondre aux questions et préoccupations que pourraient avoir la Régie ou des intervenants;
 - d) l'opportunité de soumettre une argumentation en faits et en droit et des autorités au soutien de sa proposition.
107. Si la Première formation considérait qu'en l'absence du Producteur, la preuve au dossier était insuffisante pour lui permettre de satisfaire à son obligation et faire l'exercice nécessaire de conciliation et d'arbitrage qui s'imposait à elle suivant les Critères et l'article 5 LRÉ, elle n'était pas pour autant libérée de cette obligation : elle devait s'abstenir de conclure à ce stade et veiller à ce que les parties intéressées aient une opportunité d'être entendues.
108. Dans les circonstances, l'omission de la Première formation de fournir aux parties intéressées la possibilité de se faire entendre sur cette question constitue un vice de fond de nature à invalider les Conclusions.

POUR CES MOTIFS, PLAISE À LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE :

ACCUEILLIR la présente Demande de révision suivant ses conclusions;

RÉVISER et RÉVOQUER la Décision D-2015-209 de la Première formation de la Régie;

INVALIDER ET DÉCLARER NULLES les Conclusions contenues au paragraphe 2 de la présente Demande de révision;

DÉCLARER que la signature des Conventions a créé des droits acquis d'utiliser les revenus qu'elles génèrent pour couvrir les coûts des ajouts futurs;

SUBSIDIAIREMENT, RENDRE toute ordonnance requise afin de **PERMETTRE** aux parties intéressées d'être entendues sur les impacts de l'abrogation immédiate de l'article 12A.2 i) TC;

RÉSERVER les droits du Transporteur de présenter à la Régie, pour adjudication, tout moyen et recours pour préserver ses droits, y compris une demande de sursis d'exécution des Conclusions dans l'attente d'une décision finale;

ORDONNER toute autre mesure que la Régie, siégeant en révision, pourrait juger nécessaire pour donner effet à la Demande de révision.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Montréal, le 18 janvier 2016

(s) Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l.

NORTON ROSE FULBRIGHT CANADA S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Procureurs du Transporteur

Me Éric Dunberry

Me Marie-Christine Hivon

Bureau 2500, 1 Place Ville-Marie

Montréal (Québec) H3B 1R1

Tél. ED: (514) 847-4492

Tél. MCH : (514) 847-4805

Télé. : (514) 286-5474

eric.dunberry@nortonrosefulbright.com

marie-christine.hivon@nortonrosefulbright.com