

CANADA

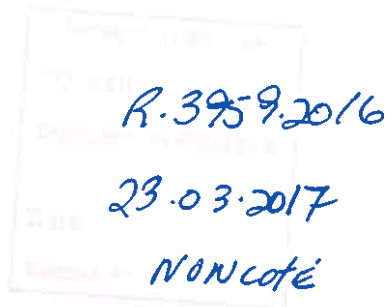
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

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



**COMPLÉMENT AU PLAN D'ARGUMENTATION DU
TRANSPORTEUR**

AUDITION DU 23 MARS 2017 SUITE À LA DÉCISION D-2016-190
Demande de révision amendée 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), DÉPOSE LE PRÉSENT COMPLÉMENT AU PLAN D'ARGUMENTATION (COMPLÉMENT D'ARGUMENTATION) AU SOUTIEN DE SA DEMANDE DE RÉVISION AMENDÉE :

I. LA DEMANDE DE RÉVISION AMENDÉE

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. Par sa Demande de révision du 18 janvier 2016, telle qu'amendée le 10 mai 2016¹, le Transporteur demande à une seconde formation de la Régie (**Seconde formation**) de réviser certaines conclusions de la Décision (**Conclusion** ou **Conclusions**) concernant les sujets identifiés au paragraphe 2 de sa Demande de révision, 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.
3. Le 21 décembre 2016, la Seconde formation, siégeant en révision de la Décision, disposait en partie des deux demandes de révision dont elle est saisie² en concluant, notamment, que la Première formation avait omis de respecter des règles d'équité procédurale et aurait dû permettre au Producteur « de faire valoir sa position et compléter la preuve au dossier »³. Pour cette raison, la Seconde formation révoquait une partie du dispositif de la Décision concernant les droits acquis du Producteur.

➤ Décision partielle en révision, par. 165, 172 et 176

4. Simultanément, la Seconde formation convoquait la présente audience (**Audience**) dont l'objet était défini en ces termes :

➤ Décision partielle en révision, par. 175

[175] En raison de la conclusion qui précède, la formation en révision est d'avis qu'il y a lieu de convoquer une audience sur l'enjeu des droits acquis du Producteur afin de permettre à ce dernier de faire valoir sa position et à la présente formation de rendre la décision qu'elle jugera requise, au vu de la preuve et des argumentations qui lui auront été présentées. La Régie fixera ultérieurement le cadre procédural et la date d'audience.

5. Du coup, la Seconde formation réservait sa décision quant à la validité des Conclusions reproduites en Annexe et quant à plusieurs motifs de révision, selon le dispositif suivant :

[176] Pour ces motifs,

¹ La Demande de révision amendée afin d'y ajouter les Conclusions contenues aux paragraphes 214 et 483 est produite au dossier, tel que représenté à la Régie lors de la rencontre préparatoire du 16 mars 2016 au présent dossier (**Demande de révision amendée**)

² Demande de révision du Producteur au dossier R-3961-2016 et Demande de révision amendée du Transporteur au dossier R-3959-2016.

³ Décision D-2016-190 (**Décision partielle en révision**)

La Régie de l'énergie : [...]

RÉSERVE sa décision à l'égard des paragraphes 407 et 408 de la Décision, ainsi que des paragraphes 2 et 5 de son dispositif, qui font l'objet des demandes de révision du Transporteur et du Producteur.

REJETTE les demandes de révision du Transporteur et du Producteur en ce qui a trait à l'application de l'abrogation de l'article 12A.2 i) des Tarifs et conditions aux situations juridiques nouvelles et futures.

SURSOIT à l'examen des demandes de révision du Transporteur et du Producteur en ce qui a trait à l'effet rétroactif de l'abrogation de l'article 12A.2 i) des Tarifs et conditions, soit l'application de cette abrogation aux situations juridiques en cours.

6. Le Transporteur comprend de l'effet combiné de ces conclusions et réserves que la Seconde formation:
 - a) a circonscrit la portée de l'Audience, donc la pertinence de la preuve et des arguments à l'enjeu des droits acquis du Producteur;
 - b) a limité l'objet de sa décision à venir à l'examen des demandes et motifs de révision des Conclusions portant sur l'application rétrospective de l'abrogation de l'article 12A.2 i) à des situations juridiques en cours.

7. Plus spécifiquement, la Seconde formation :
 - a) n'a pas modifié le sursis d'exécution des Conclusions en révision octroyé suivant le dispositif de sa décision D-2016-050 jusqu'à jugement final au présent dossier;
 - b) a sursis à l'examen et n'a donc pas disposé des motifs de révision 1 à 6 présentés par le Transporteur sous l'égide de l'article 37(3°) de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (Loi ou LRÉ) en ce qui concerne des situations juridiques en cours;
 - c) disposera elle-même du bien-fondé de ces motifs de révision 1 à 6 au terme de l'Audience, à la lumière de l'ensemble des éléments de preuve administrés et des argumentations présentées, oralement et par écrit, lors des audiences du 31 mai au 3 juin 2016 et du 21 au 24 mars 2017;
 - d) a relevé le Transporteur, pour une période indéterminée, de l'ordonnance de déposer un texte modifié des Tarifs et Conditions et une proposition de format de suivi des engagements afin de refléter les Conclusions ou dispositions visées par les paragraphes 407 et 408 ainsi que des paragraphes 2 et 5 du dispositif de la Décision.

8. Le Transporteur réitère que les Conclusions reproduites en Annexe sont grevées de vices de fond de nature à les invalider au sens de l'article 37(3°) 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 service⁴ (**Conventions**) pour assurer la couverture des coûts d'ajouts au réseau, sauf en

⁴ 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.

ce qui concerne les projets de raccordement de centrales ayant déjà fait l'objet d'une autorisation de la Régie, 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 (**Motif 1**);
 - 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 (**Motif 2**);
 - iii) en exerçant sa compétence de façon arbitraire (**Motif 3**);
 - iv) en manquant à son obligation de motiver ses Conclusions conformément à l'article 18 LRÉ (**Motif 4**);
 - v) subsidiairement au motif énoncé au paragraphe 8.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 (**Motif 5**).
- b) la Première formation a erré en exerçant sa compétence illégalement :
- i) subsidiairement aux motifs énoncés aux paragraphes 8.a)i) et 8.ba)ii), 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) à l'égard de situations juridiques en cours, comme l'exige notamment l'article 5 LRÉ (**Motif 6**).

II. LE CADRE LÉGISLATIF APPLICABLE EN MATIÈRE DE RÉVISION

9. Le Transporteur n'entend pas faire de représentations additionnelles relatives au cadre législatif applicable en révision et se réfère à ce sujet à son Plan d'argumentation du 11 mai 2016 déposé au présent dossier (**Argumentation de mai 2016**) ainsi qu'à sa plaidoirie orale des 31 mai, 1^{er} et 3 juin 2016 (**Plaidoirie**).

- Argumentation mai 2016, par. 4 à 8
- Plaidoirie, Transcriptions, vol. 3, 4 et 6, 31 mai, 1^{er} et 3 juin 2016

III. LA DÉCISION D-2015-209

10. Il est utile de rappeler les principaux motifs énoncés par la Première formation pour nier l'existence de tout droit acquis au Producteur, à savoir:

- 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 »;

- Décision, par. 385, 386 et 387
- 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* »;
 - Décision, par. 385, 386 et 387
- 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 », lequel est sujet à changement;
 - Décision, par. 395, 399 et 400
- 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) 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);
 - Décision, par. 402 et 404
- 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 centrales;
 - Décision, par. 397
- 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 » et à la primauté du « cadre réglementaire plus global » débordant une simple disposition des TC.
 - Décision, par. 395 et 399

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

11. Il importe de rappeler brièvement les distinctions à faire entre des cas d'application prospective, rétroactive et rétrospective de modifications aux TC, pour ensuite revoir les critères de reconnaissance de droits acquis (**Critères**) énoncés par la Cour suprême du Canada.
12. À cette fin, nous référons la Seconde formation au Tableau synthèse utilisé lors de la Plaidoirie, à l'Argumentation de mai 2016 ainsi qu'aux extraits pertinents de la Plaidoirie et de la jurisprudence.

- Tableau sur les effets d'un changement de régime réglementaire, pièce B-0013
- Argumentation de mai 2016, par. 22 à 32
- Plaidoirie, Transcriptions, vol.4, 1^{er} juin 2016, p. 18 à 69
- *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, [2005] 3 R.C.S. 530 (*Dikranian*), par. 37 à 40, 49 à 51, 53 et 54
- D-2015-018, par. 348 à 363
- D-2015-125, par. 87 à 95
- D-2015-189, par. 179 à 185 et 215-222
- D-2007-129, pages 6 à 8
- D-2008-028, p. 17 à 19
- *R. c. Dineley*, [2012] 3 R.C.S. 272 (*Dineley*) p. 280, par. 10

13. Il importe également de revoir les motifs de révision énoncés et présentés dans l'Argumentation de mai 2016 et la Plaidoirie à la lumière des nouveaux éléments de preuve. Cet examen de la preuve nouvelle est effectué dans le cadre de la présentation de chacun des motifs de révision repris ci-après.

1. Motif 1 : La Première formation 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

14. Rappelons qu'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*. [nous soulignons]

15. 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 ans.

- Décision, par. 384 à 387 et 396
16. Cette conclusion de la Première formation est dénuée de tout fondement juridique pour les raisons explicitées oralement et par écrit.
- Argumentation de mai 2016, par. 33 à 51
 - Plaidoirie, Transcriptions, vol. 4, 1^{er} juin 2016, p. 69 à 91
17. Bien qu'elle ait fourni au Producteur l'opportunité de faire valoir sa position et de compléter la preuve au dossier, y compris au sujet de ses intentions à l'origine de la signature des Conventions, la Seconde formation a pris bien soin de préciser que, ce faisant, elle ne jugeait pas de l'admissibilité ou de la pertinence de cette preuve aux fins de juger de l'existence ou non de droits acquis.
- Décision partielle en révision, par. 165
- [165] Selon la formation en révision, si la première formation jugeait que la présence d'un témoin du Producteur aurait permis de donner un éclairage utile «sur les motivations à l'origine de la signature des Conventions» aux fins de la Décision, elle devait lui fournir l'opportunité de faire valoir sa position et de compléter la preuve au dossier. La formation en révision précise cependant que ce commentaire est fait sous réserve de la décision qu'elle doit rendre sur le sujet de l'admissibilité et de la pertinence, contestées par les demandeurs en révision, de l'examen des intentions du Producteur aux fins de la détermination de l'existence ou non de droits acquis du Producteur. [nous soulignons]
18. Ce faisant, la Seconde formation réservait sa décision quant à savoir si une telle «preuve d'intentions» ou de «motivations» est pertinente ou recevable aux fins de la reconnaissance de droits acquis.
19. La Seconde formation demeure donc saisie de ce premier motif de révision et de la position du Transporteur énoncée dans ses représentations écrites et orales.
- Argumentation de mai 2016, par. 33 à 51
 - Plaidoirie, Transcriptions, vol. 4, 1^{er} juin 2016, p. 69 à 91
20. À ce sujet, le Transporteur maintient et réitère que 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.
21. Des droits acquis existent dès lors qu'il est établi que la situation juridique d'une personne 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.
- Dikranian, supra, par. 37, 39
22. Ces Critères de reconnaissance des droits acquis ont été clairement établis par la Cour suprême du Canada et n'incluent pas l'analyse de l'intention subjective ou des motivations d'une partie. Il s'agit de Critères objectifs appliqués à des faits observables.
23. La Cour suprême du Canada ne s'est pas interrogée sur les intentions ou motivations de l'étudiant Dikranian lorsqu'il a décidé d'emprunter et de signer un contrat de prêt.

24. On ne voit nulle part la Cour suprême du Canada s'interroger sur le rôle qu'a pu jouer l'existence ou la durée de la période d'exemption de paiement des intérêts sur la décision de l'étudiant Dikranian d'emprunter, ou encore sur le montant de l'emprunt.
25. Nulle part voit-on la Cour suprême du Canada s'interroger sur le niveau de compréhension que pouvait avoir l'étudiant Dikranian du contenu ou de l'interprétation à donner à l'une ou l'autre des dispositions du programme de prêt public en vigueur.
26. Nulle part voit-on la Cour suprême du Canada juger de l'existence de droits acquis, étudiant par étudiant, selon ses intentions, ses motivations ou son niveau de connaissance ou de compréhension personnelle du régime public de prêt.
27. En fait, la reconnaissance de droits acquis à Dikranian emportait la reconnaissance de droits à tous les étudiants du groupe partie à la convention de prêt concernée régie sous l'ancien régime, s'agissant d'ailleurs d'un recours collectif.
- Dikranian, supra, par. 54
28. À l'examen de la preuve de NLH, des droits acquis pour un client du service de transport, quel qu'il soit, ne pourraient exister que si ce client était en mesure de prouver que, préalablement à la signature d'un contrat réglementé, il :
- a) avait une connaissance et une compréhension personnelles de la teneur de l'article 12A.2 i);
 - b) que l'interprétation de l'article 12A.2 i) était certaine et définitive à la lumière ou en dépit de décisions cohérentes ou contradictoires de la Régie;
 - c) qu'il existe une causalité directe et suffisante entre cette l'interprétation définitive et l'effet incitatif de cette disposition et la décision de signer une convention de service;
 - d) que cet incitatif est suffisant, aux yeux d'un client rationnel, pour contracter.
29. Or, l'exigence d'une telle preuve d'intention, de motivations, ou de causalité :
- a) est contraire à la règle de droit établie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Dikranian;
 - b) est dénuée de tout appui jurisprudentiel;
 - c) nécessite l'administration d'une preuve d'intention subjective déclarée irrecevable par nos tribunaux.
30. Nous attendons toujours une seule référence à une seule décision canadienne supportant cette nouvelle théorie de droit.
31. Toute cette preuve spécifique au Producteur administrée sous réserve d'une objection n'est pas pertinente selon les enseignements de la Cour suprême du Canada.
32. Tout ce débat n'émane pas des règles de droit applicables. Il découle de la décision de la Première formation d'imposer un nouveau critère, hautement arbitraire et subjectif, inconnu de la jurisprudence et pour lequel, sans grande surprise, aucune preuve n'avait été introduite à l'origine puisque non pertinente.

33. Cette exigence constitue une grave erreur de droit et un vice de fond de nature à invalider les Conclusions visées.

34. **Subsidiairement**, présumant même que cette preuve puisse être pertinente, ce qui est nié, le témoignage du Producteur, en soi, *a fortiori* lorsque lu à la lumière du témoignage du Transporteur en qualité de cocontractant, établit clairement l'intention des parties et le caractère déterminant de l'article 12A.2 i) dans la décision du Producteur de signer les Conventions à très long terme.

➤ Argumentation de mai 2016, par. 88 à 105

➤ Complément d'argumentation, par. 57 et suivants

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

35. Rappelons que 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.

36. La Première formation devait donc déterminer si un client du Transporteur qui conclut une convention de service 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.

37. Le Transporteur a déjà plaidé que la Première formation n'avait pas procédé à cette analyse, pour plutôt conclure erronément que les droits acquis ne peuvent découler que du cadre réglementaire global, lequel est toujours sujet à changement.

➤ Décision, par. 388 à 390, 394, 395, 399 et 400

➤ Argumentation de mai 2016, par. 52 à 73

➤ Plaidoirie, Transcriptions, vol. 4, 1^{er} juin 2016, p. 91 à 123

38. Dans l'arrêt Dikranian, la Cour suprême du Canada a reconnu que les contrats de prêt réglementés, dont le contenu était fixé par la loi, donnaient naissance à des droits acquis de nature contractuelle et ce, dès leur signature. Par voie de conséquence, l'amendement législatif qui visait à modifier le contenu des contrats ne pouvait pas s'appliquer sans porter atteinte aux droits acquis de leurs signataires.

➤ Dikranian, *supra*, par. 4, 49, 51, 53

➤ Argumentation de mai 2016, par. 61 à 63

39. Cela est conforme à la jurisprudence et la doctrine antérieures, qui reconnaissent de manière constante et unanime qu'un contrat donne instantanément naissance à des droits acquis, et cela, indépendamment du moment où ces droits acquis sont exercés dans les faits.

- *Re Cadillac Fairview Corporation and Allin*, (1979) 100 D.L.R. (3d) 344 (Ont. H.C.), p. 350
 - *Location triathlon inc. c. Boucher-Forget*, [1994] R.J.Q. 1666 (C.S.), p. 21 du texte intégral
 - P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009 (**Côté – Interprétation des lois**), nos 624 (voir la note 294), 640
40. Si la Première formation avait appliqué les principes tirés de l'arrêt Dikranian et de la jurisprudence pertinente 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.
41. Rappelons que la preuve non contredite au dossier devant la Première formation et corroborée par la preuve faite par le Producteur en l'instance, révèle ce qui suit :
- a) les Conventions ont été signées entre 2006 et 2009, alors que les Tarifs et conditions incluait, en tout temps et de manière continue jusqu'à la Décision, l'option d'engagement contenue à l'article 12A.2 i);
 - Preuve en chef d'HQT, Pièce HQT-1, Document 1, p. 27, note 33; D-2008-030
 - Preuve du Producteur, pièce HQP-1, Document 1, (**Preuve du Producteur**), p. 4 et 5
 - Conventions de livraison à ON, MASS et NE, pièce B-0103
 - 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;
 - Preuve en chef d'HQT, Pièce HQT-1, Document 1, p. 26 et Annexe 2, p. 45-46, D-2008-030
 - Preuve du Producteur, p. 5
 - 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);
 - Preuve en chef d'HQT, Pièce HQT-1, Document 1, p. 27, note 33; D-2008-030
 - Transcriptions, 5 février 2015, Vol. 5, p. 24-28, 30, 33-34
 - Preuve du Producteur, p. 3, 4, 10
 - 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;

- Voir, entre autres, les Transcriptions, 2 février 2015, Vol. 2, p. 73; 5 février 2015, Vol. 5, p. 71
- 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;
- Preuve en chef de HQT, Pièce HQT-1, Document 1, p. 26
- 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;
- Preuve en chef d'HQT, Pièce HQT-1, Document 1, p. 26 et Annexe 2, p. 45-46; Transcriptions 5 février, Vol. 5, p. 59
 - Preuve du Producteur, p. 6 à 8
- 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.
- D-2008-149, D-2011-083 (Motifs), D-2011-098; Preuve en chef de HQT, Pièce HQT-1, Document 1, p. 27, note 32 et Annexe 2, p. 45-46
 - Preuve du Producteur, p. 6 à 8
42. À compter de la signature des Conventions et, *a fortiori*, après la décision de la Régie 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.
43. Rappelons également que la Première formation a conclu que le Producteur ne pouvait pas prétendre bénéficier de droits acquis puisque « le simple droit de se prévaloir d'un texte législatif abrogé ne peut être considéré comme un droit acquis ». La Première formation cite au soutien de cette affirmation l'arrêt *Dikranian*, *supra*.

➤ Décision, par. 401 :

[401] Comme mentionné dans l'arrêt *Dikranian* précité, la Cour suprême du Canada soutient depuis l'arrêt *Gustavson* que le simple droit de se prévaloir d'un texte législatif abrogé ne peut être considéré comme un droit acquis. Dans l'affaire *Gustavson Drilling*, la Cour suprême du Canada s'exprimait ainsi sur cette question :

« Personne n'a le droit acquis de se prévaloir de la loi telle qu'elle existait par le passé; en droit fiscal, il est impérieux que la législation reflète l'évolution des besoins sociaux et de l'attitude du gouvernement. Un contribuable est libre de planifier sa vie financière en se fondant sur l'espoir que le droit fiscal demeure statique; il prend alors le risque d'une modification à la législation.

Le simple droit de se prévaloir d'un texte législatif abrogé, dont jouissent les membres de la communauté ou une catégorie d'entre eux à la date de l'abrogation d'une loi, ne peut être considéré comme un droit acquis ».

44. Or, dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a spécifiquement conclu que ce raisonnement ne s'applique pas lorsque le droit dont il est question est prévu à la loi, mais qu'il est ensuite inséré dans un contrat réglementé. Dans ce cas, il faut conclure que c'est le contrat, et non la loi qui confère les droits acquis aux parties.

➤ Dikranian, *supra*, par. 51, précité :

[51] La jurisprudence relative à des droits purement légaux dont le justiciable ne s'était pas prévalu avant une modification législative ne sont d'aucune utilité en l'espèce (voir *Gustavson Drilling; Procureur général du Québec; Venne*). Dans la présente affaire, le droit est prévu dans la loi, mais il est par la suite inséré dans un contrat privé (entre l'étudiant et l'institution financière) où les parties définissent librement et en toute connaissance de cause leurs droits et leurs obligations. C'est l'accord contractuel qui, dès sa formation, confère les droits et les obligations aux parties (et non la loi). [nous soulignons]

3. **Motif 3 : La Première formation a exercé sa compétence de façon arbitraire**

45. Sans égard à l'évolution du cadre réglementaire global qu'elle forçait par l'abrogation immédiate de l'article 12A.2 i), nous réitérons que 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 Régie.

➤ Décision, par. 405

[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.

➤ Plaidoirie, Transcriptions, vol. 4, 1^{er} juin 2016, p. 123 à 127

46. 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.
47. 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.
48. 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 dicté par des considérations non explicitées.
49. 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.

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

50. La Seconde formation a sursis à l'examen de ce quatrième motif, du moins à l'égard des Conclusions concernant l'application de l'abrogation de l'article 12A.2 i) aux situations juridiques en cours.

➤ Décision partielle en révision, par. 70 et 176

51. La Seconde formation demeure donc saisie de ce motif qui ne peut être ignoré.

52. Le Transporteur rappelle que l'absence ou l'insuffisance de motivation au sens de l'article 18 LRE au soutien de l'application rétrospective de l'abrogation de l'article 12A.2 i) à des situations juridiques en cours constitue un excès de compétence et un vice de fond au sens de l'article 37 LRÉ entachant les conclusions de nullité.

➤ Plaidoirie, Transcriptions, vol. 4, 1^{er} juin 2016, p. 127 à 159

➤ Argumentation de mai 2016, par. 79 à 87

53. Le Transporteur maintient et réitère les représentations soumises oralement et par écrit établissant que la Première formation :

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 contentée 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.

54. De plus, on ne pourrait selon nous conclure rationnellement à la suffisance des motifs au sens de l'article 18 LRÉ suite à un constat de violation par la Première formation des règles d'équité procédurale.

55. En effet, comment peut-on, simultanément, priver le Producteur de l'opportunité «de faire valoir sa position et compléter la preuve au dossier» pour ensuite nier ses droits au motif de son absence⁵ et de l'absence d'une preuve d'intentions subjectives ou de motivations que lui seul pouvait offrir.

56. 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 1, la Première formation a erré en omettant de considérer des éléments de preuve de fait déterminants

⁵ Décision, par. 387

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

(a) Position du Transporteur

57. 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*.

[nous soulignons]

58. Manifestement, ces constats et affirmations de la Première formation sont grevés d'un vice fatal d'équité procédurale ayant justifié la révocation du paragraphe 406 et la tenue de l'Audience.

59. Or, la Seconde formation a maintenant eu l'opportunité de lire la preuve documentaire du Producteur et d'entendre ses témoins.

➤ Preuve du Producteur

➤ Témoignage du Producteur, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 15 à 132

60. Le Producteur a présenté une preuve directe et probante 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;

➤ Preuve du Producteur, p. 4, 5, 9, 10

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;

➤ Preuve du Producteur, p. 5, 6, 9, 10

c) le rôle qu'a joué 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;

➤ Preuve du Producteur, p. 4, 6, 7, 8, 10

d) l'importance de la stabilité et de la prévisibilité des flux monétaires que procure la signature de Conventions à très long terme.

➤ Preuve du Producteur, p. 4, 10

➤ Témoignage du Producteur, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 35.

61. Il est raisonnable de conclure à l'examen de cette preuve que :

a) L'article 12A.2 i) TC constituait un incitatif réglementaire déterminant ayant mené le Producteur à signer les Conventions pour les termes des Conventions;

➤ Témoignage du Producteur, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 26, 34, 35, 47, 48, 58, 64, 67, 70, 74

b) Les perspectives de croissance de la production du Producteur et les projets de centrales au moment de la signature des Conventions rendaient l'option d'engagement de 12A.2 i) attrayante au plan commercial et justifiaient une durée aussi longue des Conventions;

➤ Témoignage du Producteur, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 47, 67

c) N'eût-été de l'existence de l'option d'engagement de 12A.2 i), le Producteur n'aurait pas conclu les Conventions sur une aussi longue période;

➤ Témoignage du Producteur, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 127

d) L'accès aux marchés voisins n'aurait pu, à lui seul, constituer un incitatif suffisant pour justifier un terme aussi long des Conventions, considérant les conditions concrètes de marché dans lesquelles le Producteur opère;

➤ Témoignage du Producteur, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 126 à 128

62. Saisie de ce cette preuve nouvelle, la Seconde formation pourra confirmer l'existence et l'importance de la preuve du Transporteur qui a été écartée sans motifs valable par la Première formation. Cette preuve du Transporteur devant la Première formation concernait également :

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;

➤ Preuve en chef d'HQT, Pièce HQT-1, Document 1, p. 25 à 29; Transcriptions, 2 février 2015, Vol. 2, p. 67, 70 à 72, 74, 77, 4 février 2015, Vol. 4, p. 175 à 180; 5 février 2015, Vol. 5, p. 24-26, 29, 30, 51 à 54 et 58 à 59

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;

➤ Transcriptions, 4 février 2015, Vol. 4, p. 175 à 180; 5 février 2015, Vol. 5, p. 24-26, 29, 30, 51 à 54 et 58 à 59

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;

➤ Preuve en chef d'HQT, Pièce HQT-1, Document 1, p. 25 à 29; Transcriptions, 4 février 2015, Vol. 4, p. 175 à 180; 5 février 2015, Vol. 5, p. 24-26, 29, 30, 51 à 54 et 58 à 59

d) l'importance de la stabilité et de la prévisibilité des flux monétaires que procure la signature de Conventions à très long terme.

➤ Voir, entre autres, les Transcriptions, 2 février 2015, Vol. 2, p. 73; 5 février 2015, Vol. 5, p. 71

63. Nul ne peut contester qu'aucun de ces faits n'a été retenu par la Première formation aux fins de son analyse portant sur la reconnaissance de droits acquis, le Producteur n'ayant pas été entendu et le Transporteur ayant été ignoré sous prétexte que son témoignage se réduisait à des hypothèses ou supputations plaidées pour autrui en contravention de la règle *audi alteram partem*.

64. Or, le Transporteur témoignait bien en son nom et la comparution des témoins du Producteur à l'Audience n'élimine en rien le motif de révision du Transporteur à l'effet que sa preuve a été écartée illégalement et que la Première formation a omis 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.

65. Le Transporteur réitère donc ses motifs de révision en ce qui concerne :

a) la référence à et l'application de la règle *audi alteram partem*;

➤ Argumentation de mai 2016, par. 93, 94, 96

b) l'absence d'objections à sa preuve administrée et légalement produite par ses témoins;

➤ Argumentation de mai 2016, par. 95

c) la règle de la meilleure preuve.

➤ Argumentation de mai 2016, par. 97 à 98

66. Par ailleurs, il importe de rappeler que c'est cette preuve de faits – et non la preuve d'une intention subjective ou de motivations internes de l'une des parties à la convention – qui

pouvait être admissible et pertinente aux fins d'interpréter les Conventions, présumant même que cette preuve soit requise suivant les règles de droit applicables.

67. En effet, en matière d'interprétation contractuelle, il faut se référer, lorsque requis, non pas à l'intention subjective de l'une ou l'autre des parties contractantes, mais à l'intention commune, de manière objective, c'est-à-dire en référant au texte des conventions conclues et aux circonstances factuelles ayant prévalu au moment de la formation du contrat et lors de son exécution.

➤ D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 2e éd., Montréal, Thémis, 2012 (Lluelles et Moore), no 1592 :

1592. Pour éviter, autant que faire se peut, de donner dans le fictif, une certaine méthodologie s'impose pour parvenir à la découverte de l'intention commune. Il importe, en premier lieu, de tenter de la déceler par la lecture compréhensive de l'acte lui-même (sous-paragraphe 1). Puis, si la lecture globale du texte est un échec, il convient de solliciter le « contexte factuel » (sous-paragraphe 2). Enfin, en l'absence de contexte factuel, on doit faire appel à la logique et à la vraisemblance (sous-paragraphe 3). Cette trilogie de canons n'a cependant rien d'obligatoire, ni de rigoureusement contraignant. Ainsi, la logique et la vraisemblance, de même que le contexte factuel, risquent sûrement d'être utiles lors de l'étape de la lecture globale du texte. [...]

1599. Si la lecture globale ne permet pas de deviner clairement l'intention commune ou si un certain doute subsiste à cet égard, il importe de sortir du texte et de consulter les circonstances factuelles. Ces circonstances peuvent être initiales (I) ou ultérieures à la conclusion du contrat (II). Elles peuvent émaner de certains gestes des parties elles-mêmes ou de certaines données extérieures, comme les usages (III).

[nous soulignons]

➤ *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, par. 58

68. En l'espèce, la Seconde formation a maintenant au dossier une preuve corroborée des deux parties aux Conventions. Dans la mesure où elle considère cette preuve pertinente, elle doit la considérer complètement. Cette preuve témoigne :

- a) d'une compréhension commune du cadre réglementaire applicable; et,
- b) d'une interprétation et d'une application identique de l'article 12A.2 i) dans le cours de l'exécution des Conventions, incluant dans le cadre des demandes d'approbation d'investissements devant la Régie et confirmées par cette dernière.

69. La Première formation a erré en omettant de considérer la preuve directe administrée par le Transporteur des circonstances objectives décrites ci-dessus.

70. De plus, elle n'a pas pris en compte la preuve administrée par le Producteur. Les Conclusions sont donc viciées et doivent être révoquées pour vice de fond au sens de l'article 37(3°) LRÉ.

(b) **La preuve de NLH quant à l'existence d'autres «incitatifs» ou «motivations»**

(i) L'intérêt commercial à exporter

71. Pour atténuer l'importance de l'effet incitatif de l'article 12A.2 i), NLH s'est efforcée d'identifier un certain nombre d'éléments qui, de l'avis de ses témoins, constituaient des incitatifs supérieurs ou suffisants pour justifier la signature des Conventions de durées de 35 et 50 ans.
72. Dans un premier temps, NLH semble arguer que « *l'utilisation de revenue [sic] excédentaire*⁶ » pour « *couvrir des branchements de futures centrales*⁷ » permis par l'article 12A.2 i) ne pouvait constituer « *la seule motivation à la signature des conventions* » puisque le Producteur avait un intérêt commercial pour effectuer des ventes à l'exportation.
- Preuve de NLH, pièce C-NLH-0086, par. 38, 39, 43, 44, 80
 - Témoignage de NLH, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 162, 168, 172
73. On ne pourra se surprendre que des clients qui signent une convention de service de transport sur des chemins affichés vers des marchés hors Québec interconnectés, ont l'objectif commercial d'utiliser leur service de transport afin d'effectuer des transits d'électricité vers ou en provenance de ces marchés.
74. Ceci est vrai pour tous les services de transport offert par le Transporteur sur ses interconnexions, incluant les services de transport ferme, non ferme, à court ou à long terme.
75. Or, aux fins de disposer de la question des droits acquis du Producteur, il importe de dissocier l'intérêt commercial sous-jacent à la décision de signer une convention de service de transport et les droits et obligations découlant du régime réglementaire sur lesquels se fonde ce contractant pour s'engager financièrement dans une convention à long terme, et leur impact sur les modalités qu'il choisira.
76. Il n'existe aucune incompatibilité entre la volonté d'exporter vers un marché et l'importance qu'a pu jouer une disposition du régime réglementaire existant, en l'occurrence l'article 12A.2 i), sur le choix des capacités réservées ou de la durée des Conventions, présumant même que ces questions soient pertinentes à la reconnaissance des droits acquis, ce qui n'est pas le cas.
77. NLH prétend que la simple existence d'un intérêt commercial à exporter éliminerait tout autre incitatif légitime que pourrait avoir le Producteur à choisir de s'engager sur une très longue période et de bénéficier du régime réglementaire en place pour la durée de sa convention.
78. Une telle affirmation est contredite par la preuve présentée par le Producteur et par les témoins appelés par NLH elle-même.

⁶ Preuve de NLH, paragraphe 43

⁷ Preuve de NLH, paragraphe 43

- Témoignage du Producteur, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 126 à 128
- Témoignage de NLH, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 162

(ii) L'accès au marché

79. NLH soutient que le niveau d'activités et la croissance des ventes du Producteur sur les marchés d'exportation et la nécessité d'avoir accès à ces marchés suffisaient à justifier la durée des Conventions.

- Preuve de NLH, par. 49 et 56
- Témoignage de NLH, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 212

80. Or, la preuve faite par NLH quant à la croissance des exports ne fait que corroborer la preuve faite par le Producteur quant aux prévisions de croissance de production et de ventes qu'il avait au moment de signer les Conventions, et l'importance de pouvoir utiliser l'article 12A.2 i) pour toute la durée des Conventions.

- Témoignage du Producteur, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2016, p. 35 à 46

81. De plus, NLH soutient que le fait de détenir des droits de transport ferme procure un avantage concurrentiel d'accès aux marchés.

82. Or, les propos de NLH ne tiennent pas compte des circonstances propres aux marchés dans lesquelles elle et le Producteur opèrent, soit :

- a) que le client du Transporteur qui transitera effectivement à l'export sera celui qui aura été retenu pour vendre de l'électricité sur les marchés receveurs;
- b) que le fait de détenir des droits de transport ferme sur le chemin visé ne procure aucun avantage à cet égard;
- c) que le client détenant des droits de transport ferme qui n'est pas retenu sur les marchés ne transitera pas d'électricité. Ainsi, la capacité réservée sera rendue disponible aux autres clients du Transporteur conformément aux TC.

(iii) Des droits de renouvellement en vertu de l'article 2.2 TC

83. NLH se fonde sur l'article 2.2 TC en matière de droit de renouvellement pour tenter d'y trouver un incitatif suffisant devant se substituer à celui de l'article 12A.2 i). Cet article prévoit ce qui suit :

2.2 Priorité de réservation pour les clients existants du service ferme
 : Les clients existants du service de transport ferme avec une durée de contrat de cinq ans ou plus sont en droit de continuer d'utiliser le service de transport du Transporteur à l'expiration, à la reconduction ou au renouvellement de leur contrat. Cette priorité de réservation de transport ne dépend pas du fait que le client existant continue à acheter l'électricité du Producteur, ou choisit d'acheter l'électricité d'un autre fournisseur. Si, à la fin de la durée du contrat, le réseau de transport du Transporteur ne peut pas répondre à toutes les demandes de service de transport, le client existant de service ferme doit accepter une durée de contrat au moins égale à la durée de contrat d'une demande concurrente de la part d'un client admissible et accepter de payer le tarif juste et raisonnable courant approuvé par la Régie pour ce service ; ce droit du client existant (ci-après

le droit de préemption) est conditionnel à ce que le nouveau contrat ait une durée de cinq ans ou plus. Le client existant du service ferme doit faire savoir au Transporteur s'il exercera son droit de préemption au moins un an avant la date d'expiration de sa convention de service de transport. Cette priorité de réservation de transport pour les clients existants du service ferme est un droit qui se continue et qui peut être exercé à la fin de tous les contrats fermes de cinq ans ou plus. À moins qu'elles n'aient été révoquées, les conventions de service bénéficiant d'un droit de préemption qui ont été conclues avant la date du 14 juin 2012 ou qui sont associées à une demande de service de transport reçue avant cette date (ci-après les conventions de service en cours) dont le terme expire dans les cinq ans suivant cette date deviendront assujetties aux exigences relatives à la durée de cinq ans et au préavis d'un an à la date de leur première reconduction, à la condition que le client existant ait fait savoir au Transporteur qu'il exercera son droit de préemption au moins 60 jours avant l'expiration de ce terme. À moins qu'elles n'aient été révoquées, les conventions de service en cours dont le terme expire plus de cinq ans suivant la date du 14 juin 2012 seront assujetties à l'exigence relative à la durée de cinq ans et au préavis d'un an.

84. Toujours selon NLH, cette disposition constituerait un incitatif suffisant pour tout client du service de transport ferme à longue durée à s'engager pour des durées de 35 et 50 ans afin d'éviter une situation de mise en concurrence au terme de la Convention et une obligation de s'engager à nouveau pour une durée au moins égale à celle de la demande concurrente.
- Preuve de NLH, par. 47, 48
 - Témoignage de NLH, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 162
85. Or, il est révélateur de constater que même en présence d'un tel incitatif, suffisant selon NLH pour justifier des termes de 35 et 50 ans, elle ait pris la décision de ne s'engager que pour 5 ou 10 ans dans ses ententes de service de transport ferme de longue durée.
- Témoignage de NLH, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 225, 226
86. De plus, il importe de noter que le droit de renouvellement prévu à l'article 2.2 TC permet plutôt à un client de ne pas s'engager pour des durées aussi longues, en lui procurant plutôt une priorité de réservation.
87. En effet, tel que démontré devant la Première formation, l'article 2.2 TC permet le renouvellement d'une convention de service de 5 ans à sept reprises plutôt que la signature d'une convention pour 35 ans, ce qui offre plus de flexibilité au client signataire.
88. Devant la Première formation, le Transporteur avait d'ailleurs soulevé l'illogisme de favoriser le client ayant fait le choix de ne s'engager que pour un terme de 5 ans, à sept reprises (7 X 5 ans), plutôt que celui ayant fait le choix de s'engager pour 35 ans, dans le cadre de la question de «revenu additionnel».
- Plan d'argumentation du Transporteur, *Le suivi annuel des engagements*, devant la Première formation, par. 98.
89. Le Transporteur n'a pas à arbitrer les différentes intentions subjectives ou motivations de ces différents clients lorsqu'ils décident de signer des conventions de service à certaines conditions plutôt qu'à d'autres.

90. Il doit toutefois reconnaître la valeur et l'intérêt qu'offrirait l'article 12A.2 i) pour un client ayant des projets de croissance de production sur le réseau comme incitatif pour s'engager à très long terme.

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

6. Motif 6 : Subsidiairement aux motifs 1 et 2, la Première formation 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) à l'égard de situations juridiques en cours

(a) La position du Transporteur

91. Concernant l'application de l'abrogation de l'article 12A.2 i) à des situations juridiques nouvelles et futures, la Seconde formation a conclu que la Première formation avait procédé à l'exercice de conciliation requis par l'article 5 LRE et ce, en considérant les avantages, les inconvénients et les différents intérêts en cause, y compris ceux du Transporteur.

➤ Décision partielle en révision, par. 148 à 152

92. Par contre, la Seconde formation a réservé sa décision quant à la question de savoir si la Première formation avait omis d'effectuer cet exercice de conciliation à l'égard de l'application de l'abrogation de l'article 12A.2 i) à des situations juridiques en cours.

➤ Décision partielle en révision, par. 176

93. Rappelons que cette conciliation est obligatoire en vertu de l'article 5 LRE et doit porter sur l'opportunité d'ordonner une application rétrospective de l'abrogation de l'article 12A.2 i) pour régir les effets futurs de situations juridiques en cours puisque nées au moment de la signature des Conventions.

➤ Argumentation de mai 2016, par. 106 à 109

94. En effet, au moment de la signature des Conventions, l'application d'une abrogation rétrospective de l'article 12A.2 i) à des situations juridiques en cours portait nécessairement atteinte à ses droits substantiels d'ordre contractuel au sens de l'arrêt Dineley

➤ *Dineley, supra*, par. 10 :

[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 [...].

[nous soulignons]

95. Tel que l'indique l'arrêt *Dineley, supra*, même dans les contextes où la notion de droits acquis ne s'applique pas (tel qu'en matière pénale ou de procédure), les tribunaux écartent en principe l'application rétrospective des lois lorsque cela aurait pour effet de porter atteinte à des droits substantiels.

➤ *Tcheng c. Coopérative d'habitation Chung Hua*, 2016 QCCA 461, par. 43 :

[43] Bref, en principe, en vertu de la règle de l'effet immédiat des « lois de procédure », les instances en cours se continuent conformément aux nouvelles dispositions (ce qui paraît d'ailleurs conforme au principe qu'énonce l'art. 13 de la Loi d'interprétation). Il n'y a généralement pas de droit acquis en matière de procédure, le législateur voulant que la loi nouvelle s'applique à ces instances. Par contre, et par exception, même en cette matière, la loi nouvelle, sauf indication contraire du législateur, n'affectera pas les droits substantiels qui ont été acquis avant son entrée en vigueur (et qui ne sont pas moins substantiels pour être inclus dans une loi qui, généralement, est de procédure), c'est-à-dire qui ont été exercés et ont produit leurs effets ou encore qui sont nés de façon concrète et individualisée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, créant une situation juridique constituée au moment de cette entrée en vigueur.

{nous soulignons}

96. On dira qu'une nouvelle loi porte atteinte à des droits substantiels (par opposition à des droits procéduraux) si elle affecte le contenu ou l'existence d'un droit, d'un recours ou d'un moyen de défense, ou encore si elle modifie l'effet juridique d'une opération.

➤ *Dineley, supra*, par. 15-16 (motifs de la juge Deschamps), par. 52-53, 58 (motifs du juge Cromwell, dissident mais non sur ce point)

97. Cette réticence à l'application rétrospective des lois reflète le besoin d'assurer la certitude des conséquences juridiques découlant des faits et des actes antérieurs, et reflète le principe voulant qu'il soit inéquitable de porter atteinte aux attentes légitimes découlant d'une situation juridique constituée et concrétisée.

➤ *Dineley, supra*, par. 10

➤ Côté – Équité et droit transitoire, *supra*, p. 302 :

On ne conteste pas qu'on puisse avoir raison de juger inéquitable que le législateur donne à une loi nouvelle des effets qui vont tromper les attentes formées par des étudiants sur le fondement du contenu de la [Loi] telle qu'elle existait au moment de la formation du contrat de prêt.

98. Par conséquent, même en l'absence d'une conclusion reconnaissant les droits acquis en vertu des Conventions, la Première formation était néanmoins tenue de procéder à cette conciliation ou arbitrage des coûts individuels et sociaux de l'abrogation de l'article 12A.2 i) à l'égard de situations juridiques en cours.

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

100. 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.

101. Or, en agissant en contravention des règles d'équité procédurale, la Première formation s'est nécessairement placée dans l'impossibilité de procéder à cette conciliation obligatoire en vertu de l'article 5 LRÉ:
- a) en procédant en l'absence du Producteur, en qualité de contractant détenteur de droits acquis et de droits substantiels;
 - b) en ne fournissant pas au Producteur l'opportunité de faire valoir sa position et de compléter la preuve au dossier;
 - c) en faisant totalement abstraction du préjudice important qui serait subi par un client du service de transport en particulier, considérant sa situation particulière dans ce contexte;
 - Argumentation de mai 2016, par. 117, 118, 119
 - d) en choisissant d'agir avec précipitation et empressement en ordonnant l'application immédiate de ses Conclusions dès la date de la Décision, sans motifs apparent autre que celui d'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.
 - Argumentation de mai 2016, par. 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127
 - e) en omettant de considérer l'intérêt de consommateurs du service de transport de manière générale, notamment quant au respect de la stabilité et de la force obligatoire des contrats.
 - Argumentation de mai 2016, par. 128 à 132
 - f) en rompant l'équilibre contractuel entre le Producteur et le Transporteur.
 - Argumentation de mai 2016, par. 131
 - Témoignage du Producteur, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 239 et suivants
102. Par ailleurs, à la lumière de la preuve testimoniale administrée par le Producteur, la présente formation ne peut ignorer la possibilité qu'une décision niant les droits acquis au Producteur en vertu des Conventions, ou affectant de manière rétrospective ses droits substantiels au terme des Conventions, mènerait à une renégociation des Conventions en vue notamment d'en réduire la durée.
 - Témoignage du Producteur, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 239 et suivants
103. Or, il est à prévoir qu'une telle situation aurait comme conséquence de réduire les montants versés annuellement par le Producteur au Transporteur, de réduire la stabilité de revenus très importants de transport pour le Transporteur et donc, d'effectuer une pression à la hausse sur les tarifs.
104. En agissant comme elle l'a fait, la Première formation a exercé sa compétence illégalement.

- Voir les autorités citées au paragraphe 108 de l'Argumentation de mai 2016

(b) La preuve de NLH

105. Dans sa preuve devant la Seconde formation, NLH a tenté d'introduire une preuve quant à l'existence d'un impact tarifaire à la hausse dans l'éventualité où l'abrogation rétrospective de l'article 12A.2 i) était révoquée et que la valeur actualisée des Conventions pouvaient continuer de servir pour couvrir des coûts d'ajouts futurs.

- Preuve de NLH, par. 64 à 70
- Témoignage de NLH, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 193 et suivants

106. NLH soutient même que : « Dans les faits, accepter le proposition du Producteur revient à lui donner un rabais sur ces droits de transport ferme, puisqu'il pourra récupérer une portion de ceux-ci pour couvrir les coûts d'intégration de ces sources de production ».

- Preuve de NLH, par. 70

107. NLH soumet que la reconnaissance de droits acquis « se trouverait à avantager un client, l'affilié d'HQT, en lui offrant un cadeau de 3 milliards de dollars et ce, au détriment des clients de la charge locale et l'ensemble des autres clients point à point n'ayant pas de projet de production électrique au Québec. ».

- Preuve de NLH, par. 81

108. À ce sujet, le Transporteur précise ce qui suit :

109. Premièrement, la preuve révèle que les revenus découlant des Conventions représentent annuellement environ 300 millions de dollars et que ces revenus agissent en réduction des tarifs dont les clients de la charge locale et les clients du service de point à point bénéficient depuis 2006, et non pas l'inverse.

- Preuve du Producteur, p. 9
- Témoignage du Producteur, Transcriptions, vol. 7, 21 mars 2017, p. 46

110. Deuxièmement, la reconnaissance de droits acquis obéit à des règles de droit permettant d'éviter le traitement inéquitable d'une partie contractante, qu'il s'agisse de l'étudiant Dikranian ou du Producteur, ce qui est aussi assuré les termes de la Cour suprême du Canada dans l'affaire Dineley quant aux droits substantiels.

111. En cela, il n'y a aucun cadeau, mais bien l'application d'un régime où la règle de droit prévaut au bénéfice de l'ensemble des personnes assujetties à une autorité législative ou réglementaire.

112. Troisièmement, il importe de distinguer, comme le font les organismes de régulation et les tribunaux supérieurs, entre tarifs exigibles des utilisateurs d'un réseau et des conditions de service d'application générale régissant un contrat réglementé qui intervient entre un distributeur et ses clients.

113. Tel qu'explicité lors de l'Argumentation de mai 2016⁸, il est vrai qu'en matière de fixation des tarifs, tous les clients sont en principe dans la même situation générale et abstraite : ils ont le droit d'utiliser le service de transport en payant le tarif en vigueur au moment où le service est obtenu.
114. Une telle situation d'ordre tarifaire ne saurait donner naissance à des droits acquis, puisqu'aucun client ne peut prétendre que sa situation juridique est suffisamment individualisée, concrète et constituée pour bénéficier de droits acquis à un tarif autre que celui qui est en vigueur au moment où le service est véritablement obtenu.
115. Toutefois, la situation des clients relative aux conditions de service est bien différente, tel qu'il appert de la jurisprudence de la Régie à ce sujet.
116. Ainsi, et contrairement aux prétentions de NLH, celle-ci ne bénéficie d'aucun droit à l'obtention de baisse tarifaire ou de garantie du niveau des tarifs.

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

ACCUEILLIR la présente Demande de révision amendée 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 Demande de révision amendée, à l'égard des situations juridiques en cours;

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;

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

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

MONTREAL, le 23 mars 2017

(S) NORTON ROSE FULBRIGHT CANADA
S.E.N.C.R.L., s.r.l. / LLP

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

⁸ Plan d'argumentation sur le suivi annuel des engagements, paragraphe 74.

Annexe 1 – Conclusions en révision

Concernant les droits acquis:

- [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. [...]
- [214] La Régie ordonne au Transporteur, dans le cadre de la phase 2 du présent dossier, de modifier le texte des Tarifs et conditions afin qu'il reflète l'opinion émise dans la présente section.
- [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.
- [483] Le texte en vigueur devra être revu à la lumière des conclusions de la présente décision, notamment à la Section 5.3 relative aux ajouts au réseau pour le raccordement de centrales pour la Partie II des Tarifs et conditions.⁹

⁹ Ces Conclusions font d'ailleurs l'objet d'un sursis d'exécution jusqu'à ce qu'un jugement intervienne en révision, suivant la Décision D-2016-050.

