

CANADA

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

**PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL
No : R-3959-2016**

HYDRO-QUÉBEC TRANSÉNERGIE

Demanderesse

- et -

HYDRO-QUÉBEC PRODUCTION

Intervenante

**ARGUMENTATION DE LA FÉDÉRATION
CANADIENNE DE L'ENTREPRISE
INDÉPENDANTE (FCEI)**

DUFRESNE HÉBERT COMEAU INC.

(Me Steve Cadrin)

1200, boul. Chomedey, bureau 400

Laval (Québec) H7V 3Z3

Tél. : (514) 392-5725

Fax. : (450) 682-5014

INTRODUCTION

Le présent dossier porte sur une demande déposée par le Transporteur en vertu de l'article 37 (1) paragraphe 3 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (ci-après LRÉ) à l'encontre la décision D-2015-209, rendue le 18 décembre 2016, par une première formation de la Régie de l'énergie (Régie1) dans le cadre du dossier R-3888-2014 « *Demande du Transporteur relative à la politique d'ajouts au réseau de transport* »;

Bien que la demande fasse plus particulièrement appel au pouvoir de « révision » de la Régie de l'énergie (Régie2), les conclusions demandent **simultanément** la « **révision** » **et** la « **révocation** » de la décision de Régie1;

En parallèle, dans le dossier R-3961-2016, le Producteur présente une demande similaire, mais y ajoute une demande en vertu de l'article 37 (1) 2° LRÉ;

Les dossiers sont traités au cours d'une seule et même audience, mais ne sont pas réunis;

Le présent plan d'argumentation vise le dossier R-3959-2016, à savoir le dossier du Transporteur, bien que les arguments soumis seront également applicables au dossier R-3961-2016, à savoir le dossier du Producteur, en y apportant les adaptations nécessaires quant à la partie de la demande qui repose sur l'article 37 (1) 3° LRÉ;

LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

Devant la première formation (Régie1), dossier R-3888-2014, le cadre de la demande déposée par le Transporteur était le suivant :

« [1] Le 30 avril 2014, Hydro-Québec dans ses activités de transport d'électricité (le Transporteur) dépose à la Régie de l'énergie (la Régie), en vertu des articles 31, 32, 48, 49, 50 et 51 de la Loi sur la Régie de l'énergie (la Loi), une demande relative à la politique d'ajouts au réseau de transport (Politique d'ajouts).

[2] Le 21 mai 2014, la Régie rend sa décision procédurale D-2014-081. L'avis public est publié dans certains quotidiens le 24 mai 2014.

[3] Le 11 juillet 2014, la Régie émet la décision D-2014-1172 par laquelle elle se prononce sur la reconnaissance des intervenants, les enjeux à l'étude dans le présent dossier, les budgets de participation et le calendrier de l'audience. Elle requiert du Transporteur une preuve complémentaire.

*[4] Elle indique également dans cette décision qu'elle entend traiter du présent dossier en deux phases. **La phase 1 porte sur l'examen des principes**, alors que la phase 2 portera sur les modifications au libellé du texte des Tarifs et conditions des services de transport d'Hydro-Québec (Tarifs et conditions). »¹*

Aux fins du présent dossier devant la deuxième formation (Régie2), il y a lieu de reprendre l'encadrement législatif de la Régie quant à sa compétence :

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

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

2° lorsqu'une personne intéressée à l'affaire n'a pu, pour des raisons jugées suffisantes, présenter ses observations;

3° lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision.

Avant de réviser ou de révoquer une décision, la Régie doit permettre aux personnes concernées de présenter leurs observations.

Dans le cas visé au paragraphe 3°, la décision ne peut être révisée ou révoquée par les régisseurs qui l'ont rendue.

38. Une décision entachée d'erreurs d'écriture ou de calcul, ou de quelque autre erreur de forme, peut être rectifiée par la Régie.

39. La Régie ou toute personne intéressée peut déposer une copie conforme d'une décision ou d'une ordonnance rendue en vertu de la présente loi au

¹ Décision de la Régie1, D-2015-209, p. 11.

bureau du greffier de la Cour supérieure du district où est situé le siège ou un établissement du distributeur.

Le dépôt de la décision ou de l'ordonnance lui confère alors la même force et le même effet que s'il s'agissait d'un jugement émanant de la Cour supérieure.

40. Les décisions rendues par la Régie sont sans appel.

41. Sauf sur une question de compétence, aucun pourvoi en contrôle judiciaire prévu au Code de procédure civile (chapitre C-25.01) ne peut être exercé ni aucune injonction accordée contre la Régie ou l'un de ses régisseurs agissant en sa qualité officielle.

Un juge de la Cour d'appel peut, sur demande, annuler sommairement tout acte de procédure pris ou toute décision rendue à l'encontre des dispositions du premier alinéa. »

LES VICES DE FOND ET DE PROCÉDURE INVOQUÉS

Le Transporteur allègue comme étant des vices **de fond** (aucun vice de procédure n'est invoqué) dans la décision de la première formation (Régie1), les éléments suivants :

- « 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 service (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. »

NATURE DU RECOURS

A- Article 37(1) 3° LRÉ

a) Généralités

1- Le recours sous 37 (3) LRÉ n'est **pas assimilable à un appel** :

« [22] Sous prétexte d'un vice de fond, le **recours en révision ne doit cependant pas être un appel** sur la base des mêmes faits. Il ne saurait non plus être une invitation faite à un commissaire de substituer son opinion et son appréciation de la preuve à celle de la première formation ou encore une occasion pour une partie d'ajouter de nouveaux arguments. »²

² Bourassa c. Commission des lésions professionnelles, [2003] R.J.Q. 2411, par. 22 (C.A.). (Onglet 1)

- 2- Il ne s'agit **pas d'une seconde appréciation de la preuve**, mais bien d'un « *pouvoir de redressement ou de réparation de certaines irrégularités ou erreurs qui peuvent affecter une première décision, et ce, dans le but d'assurer que la décision soit [...] la plus conforme à la [Loi sur la justice administrative]* »³;
- 3- De plus, ce recours **se distingue de la révision judiciaire** par les tribunaux supérieurs où l'objectif est de contrôler la légalité d'une décision. La formation de Régie² ne se demande donc pas si la décision est raisonnable ou non, selon le test de la norme de contrôle, puisque ses critères d'intervention sont clairement définis par le législateur, par les 3 cas d'ouverture :

« 17 Les dispositions législatives qui accordent un pouvoir de révision à un tribunal administratif en énumérant les cas d'ouverture au recours ne lui confèrent pas une autorité générale de révision, mais limitent celle-ci aux espèces prévues. Le tribunal administratif doit donc rentrer spécifiquement dans le cadre prévu par le législateur.

18 J'écarte tout de suite l'argument qui consiste à dire que l'on devrait appliquer à l'espèce la démarche pragmatique et fonctionnelle (U.E.S., local 298 c. Bibeault 1988 CanLII 30 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 1048). Elle n'est ici ni pertinente, ni nécessaire puisqu'à l'article 24, la loi entend clairement limiter la compétence du pouvoir de révision de la C.A.S. aux seuls cas qu'elle y a énumérés. »⁴

- 4- En raison de l'énumération précise des critères d'ouverture de la révision par le législateur, l'auteur Patrice Garant nous invite à **éviter d'utiliser les concepts de contrôle judiciaire** des cours supérieures :

« À notre avis, il faudrait faire abstraction des concepts développés dans le contexte du contrôle judiciaire des cours supérieures pour se concentrer sur le texte attributif de compétence en matière de révision [...].

Dans les trois cas [d'ouverture du recours] le tribunal en révision détient une marge d'appréciation qui fait en sorte que l'erreur qu'on

³ Tribunal administratif du Québec c. Godin, [2003] R.J.Q. 2490, par. 137 (C.A.). (Onglet 2)

⁴ Société de l'assurance automobile du Québec c. Hamel, [2001] R.J.Q. 961, par. 17-18 (C.A.). (Onglet 3)

*pourrait lui reprocher doit être significative, **atteindre un certain niveau de gravité. On devrait s'en tenir à ce critère pour éviter d'assimiler le tribunal en révision à une cour supérieure ou à un tribunal d'appel. [...]***

*À notre avis, puisqu'il s'agit d'une juridiction statutaire, **la loi seule doit nous servir de guide.** Or le tribunal en révision doit se demander, premièrement, s'il est en présence d'un vice de procédure, c'est-à-dire d'une irrégularité procédurale ou d'un vice de fond, c'est-à-dire d'une erreur de droit ou de fait ou mixte. Deuxièmement, il doit se demander si ces vices sont d'une gravité telle qu'ils atteignent la validité même de la décision. **La loi ne parle pas de vices manifestes ou déraisonnables ou de vices de compétence.** On devrait éviter d'importer devant le tribunal administratif des concepts provenant de la surveillance judiciaire exercée par les cours supérieures en vertu de la Constitution, concepts inspirés des principes de retenue judiciaire et de séparation des pouvoirs. »⁵*

b) L'expression « vice de fond de nature à invalider la décision »

- 5- Tel que mentionné précédemment, le processus d'autorévision **n'est pas un appel déguisé.** La Régie² n'a pas le pouvoir de réviser une décision de sa propre instance en raison d'une **divergence d'opinions relativement à l'interprétation d'une disposition législative :**

*« En conséquence, dans l'affaire sous étude, la décision de la Commission des affaires sociales **sous le couvert d'un vice de fond arrive à une conclusion différente de la première commission** mais sur une interprétation d'un règlement valide énonçant des diagnostics. La première commission n'a pas appliqué un règlement nul ou invalide ou inexistant, ce qui pourrait en faire un vice de fond. La première commission a procédé par analogie dans l'établissement d'une incapacité et dans la classification de sa catégorie. La deuxième commission a reconnu qu'elle pouvait agir par analogie, mais en spécifiant qu'elle devait appliquer strictement le barème en tenant compte de la démonstration de signes douloureux objectifs. [...]*

⁵ GARANT, Patrice, *Droit administratif*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 512. (Onglet 4)

Par voie de conséquence, la deuxième décision constitue un appel déguisé, ce qui contrevient à l'article 23 sous-paragraphe 2 et elle n'entre pas dans la compétence initiale prévue à l'article 24 sous-paragraphe 3 de sa loi constitutive. Ce tribunal est donc justifié d'intervenir. »⁶

- 6- **Une divergence d'opinion, même sur une question importante, ne constitue pas un vice de fond** et il ne saurait être accepté que les parties non satisfaites d'une décision d'un panel tentent d'obtenir une décision qui leur serait plus favorable auprès d'un autre panel ou « **forum shopping** » :

« [22] Un vice de fond de nature à invalider une décision est plus qu'une simple erreur de droit ou d'interprétation. En conférant au Tribunal administratif le pouvoir d'invalider sa propre décision pour un vice de fond, les législateur/es lui confèrent en quelque sorte le pouvoir de la Cour supérieure d'invalider une décision d'un tribunal inférieur qui a été rendue illégalement. Il y a évidemment une différence entre une décision mal fondée et une décision invalide. Les mots « de nature à invalider » n'ont pas été utilisés à la légère. Le Tribunal administratif ne peut invalider sa propre décision qu'en présence d'un vice de fond qui rend la décision, non seulement mal fondée, mais illégale. La Cour, sous la plume du juge Rothman, s'exprimait comme suit sur le sujet en interprétant une autre loi qui utilise la même terminologie :

In context, I believe that the defect, to constitute a "vice de fond", must be more than merely "substantive". It must be serious and fundamental. This interpretation is supported by the requirement that the "vice de fond" must be "de nature à invalider la décision". A mere substantive or procedural defect in a previous decision...would not, in my view, be sufficient to justify review under section 37.

A simple error of fact or of law is not necessarily a "vice de fond". The defect, to justify review, must be sufficiently fundamental and serious to be of a nature to invalidate the decision.

[23] Une divergence d'opinion, même sur une question importante, ne constitue pas un vice de fond.

[24] En effet, si le procureur général avait voulu se faire entendre sur un point qu'il n'avait pu faire valoir devant le premier Tribunal, par exemple,

⁶ *Béland c. Commission de la santé et de la sécurité du travail*, J.E. 94-388 (C.S.), p. 14 et 15. (Onglet 5)

il lui aurait fallu procéder en vertu de l'alinéa 2 de l'article 154. La distinction n'est pas sans importance, car la demande en révision aurait alors pu être confiée au premier Tribunal, celui-là qui, dans le cas sous étude, a entendu la preuve pendant quatre jours et l'a analysée minutieusement. En d'autres termes, le tribunal qui connaît les faits.

*[25] En règle générale, les décideur/es qui tranchent les droits des administré/es doivent être les personnes qui ont entendu la preuve. L'article 154 de la Loi sur la justice administrative le reconnaît implicitement en prévoyant que ce n'est que lorsqu'on invoque un vice de fond ou de procédure de nature à invalider la première décision, qu'il devient nécessaire de confier la demande en révision à d'autres membres que ceux ou celles du premier Tribunal. **S'il en était autrement, l'on risquerait de tomber dans le piège que le juge Fish qualifiait de « further, persistent and unwarranted contestation by dissatisfied parties before different panels of the Tribunal », en d'autres termes, une forme de « forum shopping » mue par le mécontentement d'une partie suite à la première décision, par ailleurs finale, du moins en principe, du Tribunal administratif :***

*We are concerned here with a decision of the Tribunal that set aside its prior – **and, in principle, final** – determination of proceedings brought by the respondent against the SAAQ. (Emphase ajoutée)*

*[26] Ce piège, pour l'expliquer d'une autre façon, est que le recours en révision ne devienne un **moyen déguisé de reprendre le même débat à partir des mêmes faits.** »⁷*

- 7- Le vice constaté doit être **plus grave qu'une simple erreur de droit ou de fait** : la Régie¹ doit avoir commis un **accroc sérieux et fondamental** qui rend **injustifiable sa décision** :

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

⁷ *M.L. c. Québec, (Procureur général), 2007 QCCA 1143. (Onglet 6)*

review under Sec. 37. A simple error of fact or of law is not necessarily a «vice de fond». The defect, to justify review, must be sufficiently fundamental and serious to be of a nature to invalidate the decision. »⁸

- 8- Le vice de fond doit être **grave, évident et déterminant**. Il ne s'agit pas pour la Régie² de **substituer son opinion** à celle de la Régie¹, puisqu'il est reconnu en droit administratif que **l'interprétation d'un texte législatif peut mener à plus d'une solution** :

« [50] En ce qui concerne les caractéristiques inhérentes d'une irrégularité susceptible de constituer un vice de fond, le juge Fish note qu'il doit s'agir d'un **«defect so fundamental as to render [the decision] invalid»**, **«a fatal error»**. Une décision présentant une telle faiblesse, note-t-on dans l'arrêt Bourassa, est **«entachée d'une erreur manifeste de droit ou de fait qui a un effet déterminant sur le litige»**. Le juge Dalphond, dans l'arrêt Batiscan, effectue le rapprochement avec l'arrêt Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam inc. de la Cour suprême du Canada, où le juge Iacobucci apportait plusieurs éclaircissements utiles sur les attributs de deux notions voisines, l'erreur manifeste et la décision déraisonnable. Il s'exprimait en ces termes :

Même d'un point de vue sémantique, le rapport étroit entre le critère de la décision «manifestement erronée» et la norme de la décision raisonnable simpliciter est évident. Il est vrai que bien des choses erronées ne sont pas pour autant déraisonnables; mais quand le mot «manifestement» est accolé au mot «erroné», ce dernier mot prend un sens beaucoup plus proche de celui du mot «déraisonnable». Par conséquent, le critère de la décision manifestement erronée marque un déplacement, du critère de la décision correcte vers un critère exigeant l'application de retenue. Cependant, le critère de la décision manifestement erronée ne va pas aussi loin que la norme du caractère manifestement déraisonnable.

*On voit donc que **la gravité, l'évidence et le caractère déterminant d'une erreur sont des traits distinctifs** susceptibles d'en faire «un vice de fond de nature à invalider [une] décision».*

[51] En ce qui concerne la **raison d'être de la révision pour un vice de fond** de cet ordre, la jurisprudence est univoque. Il s'agit de rectifier les erreurs présentant les caractéristiques qui viennent d'être

⁸ *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1996] R.J.Q. 608 (C.A.), p. 17 du jugement intégral. (Onglet 7)

décrites. **Il ne saurait s'agir de substituer à une première opinion ou interprétation des faits ou du droit une seconde opinion ni plus ni moins défendable que la première.** Intervenir en révision pour ce motif commande la réformation de la décision par la Cour supérieure car le tribunal administratif «commits a reviewable error when it revokes or reviews one of its earlier decisions **merely because it disagrees with its findings of fact, its interpretation of a statute or regulation, its reasoning or even its conclusions**». L'interprétation d'un texte législatif «ne conduit pas nécessairement au dégagement d'une solution unique» mais, comme «**il appart[ient] d'abord aux premiers décideurs spécialisés d'interpréter**» un texte, **c'est leur interprétation qui, toutes choses égales d'ailleurs, doit prévaloir.** Saisi d'une demande de révision pour cause de vice de fond, le tribunal administratif doit se garder de confondre cette question précise avec celle dont était saisie la première formation (**en d'autres termes, il importe qu'il s'abstienne d'intervenir s'il ne peut d'abord établir l'existence d'une erreur manifeste et déterminante dans la première décision**). Enfin, le recours en révision «ne doit [...] pas être un appel sur la base des mêmes faits» : il s'en distingue notamment parce que **seule l'erreur manifeste de fait ou de droit habilite la seconde formation à se prononcer sur le fond, et parce qu'une partie ne peut «ajouter de nouveaux arguments» au stade de la révision.** »⁹

- 9- La révision interne d'une décision pour cause de vice de fond est un **remède exceptionnel** :

« [42] Tenant compte de sa propre réalité et de l'intérêt supérieur de la justice administrative, le TAQ doit considérer que l'article 154 (3) LJA **s'applique de façon exceptionnelle.**

[43] L'opinion convaincante du juge Fish mérite d'être rappelée :

[45] This view of the matter appears to me to be entirely consistent with the legislator's stated objective: "to affirm the specific character of administrative justice, to ensure its quality, promptness and accessibility and to safeguard the fundamental rights of citizens".

[46] And I find it inconsistent with these values to subordinate the finality of a "valid" determination by the Tribunal, in "proceedings brought against an administrative authority", to further contestation by the state in the

⁹ Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Fontaine, 2005 QCCA 775, par. 50 et 51. (Onglet 8)

hope that another panel of the same Tribunal might have decided otherwise.

[47] Of this I am above all else convinced: Section 154(3) of the ARAJ was not intended to empower one panel of the TAQ to revoke or revise the decision of another panel of the TAQ simply because it takes a different view of the facts, the relevant statutory provisions, or the applicable regulations.

[48] The second panel may only intervene where it can identify a fatal error in the impugned earlier decision. By the very terms of the provision, the error must, on account of its significance, be "of a nature likely to invalidate the decision", within the meaning of section 154(3).

[49] And I would ascribe to the verb "invalidate", in this context, the meaning given to its corresponding adjective by the Canadian Oxford Dictionary:

invalid 1. not officially acceptable or usable, esp. having no legal force. 2. not true or logical; not supported by reasoning (an invalid argument).

[50] In short, section 154(3) does not provide for an appeal to the second panel against findings of law or fact by the first. On the contrary, it permits the revocation or review by the Tribunal of its own earlier decision not because it took a different though sustainable view of the facts or the law, but because its conclusions rest on an unsustainable finding in either regard.

[51] Accordingly, the Tribunal commits a reviewable error when it revokes or reviews one of its earlier decisions merely because it disagrees with its findings of fact, its interpretation of a statute or regulation, its reasoning or even its conclusions. Where there is room on any of these matters for more than one reasonable opinion, it is the first not the last that prevails. (Soulignements dans l'original)

[44] Toujours dans l'affaire Godin, le juge Chamberland ajoute qu'une divergence d'opinions quant à la façon d'interpréter une disposition législative ne constitue pas un vice de fond de nature à invalider la première décision, car l'article 154 (3) LJA ne crée pas de droit d'appel. »¹⁰

¹⁰ Moreau c. Régie de l'assurance maladie du Québec, 2014 QCCA 1067. (Onglet 9)

- 10- Puisque le pouvoir d'un organisme de réviser ses propres révisions est un **pouvoir exceptionnel**, celui-ci doit être **exercé avec parcimonie pour éviter un déni de justice** :

« [24] Le Tribunal comprend de ces autorités que le pouvoir d'un organisme de réviser ses propres révisions **est un pouvoir exceptionnel qu'il ne doit exercer qu'avec parcimonie, lorsqu'il en résulterait autrement un véritable déni de justice.**

[25] Le vice de fond ou de procédure dont parle le paragraphe 3^o du premier alinéa de l'article 154 LJA doit être de nature à invalider la décision. **Il doit donc s'agir d'une erreur manifeste, fondamentale, voire même voisine d'une forme d'incompétence, qui a eu un effet déterminant sur l'issue de la contestation.**

[26] Le Tribunal **ne doit pas intervenir** simplement parce qu'il a une vision différente des faits mis en preuve ou **parce qu'il diverge d'opinion sur l'interprétation d'une disposition législative ou réglementaire.** Le recours en révision n'est pas un appel de la décision rendue par une autre formation du Tribunal, **une décision que le législateur a voulu finale et sans appel.** »¹¹

c) Jurisprudence de la Régie sur l'article 37 (1) 3^o LRÉ

- 11- Sans grande surprise, la Régie a déjà repris dans ses propres décisions l'essentiel des critères énoncés précédemment qui sont bien résumés dans l'extrait qui suit :

« **Comme les décisions de la Régie sont sans appel, les dispositions relatives à la révision constituent des exceptions à la règle et doivent être interprétées limitativement.** Il doit être démontré qu'une demande rencontre l'un des trois cas d'ouverture visés à l'article 37 de la Loi, sinon elle est rejetée sans examen au mérite.

Dans les cas de vice de fond de nature à invalider une décision, l'article 37(3) de la Loi ne permet pas à une formation de la Régie de réviser la décision d'une première formation uniquement parce qu'elle aurait une **opinion différente** sur l'application d'une disposition de la Loi ou sur

¹¹ O.Z. c. Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale), 2012 QCTAQ 10895. (Onglet 10)

l'appréciation des faits. La demande en révision ne doit pas être un appel déguisé.

En révision, ne peuvent être corrigées que les erreurs fatales qui sont de nature à invalider une décision, en ce qu'elle repose sur des conclusions en droit ou en faits qui sont insoutenables, qui ne peuvent être défendues. »¹²

APPLICATION EN L'ESPÈCE

12- L'ensemble des sept (7) motifs soulevés par le Transporteur au soutien de sa demande de révision peuvent se résumer essentiellement à une question principale et une question subsidiaire :

- La Régie1 a-t-elle erré en refusant de reconnaître des « droits acquis » au Producteur pour de nouveaux ajouts au réseau?
- Subsidiairement, la Régie1 a-t-elle erré en contrevenant aux règles d'équité procédurale en cas d'insuffisance de preuve?

a) La Régie1 a-t-elle erré en refusant de reconnaître des « droits acquis » au Producteur pour de nouveaux ajouts au réseau?

13- Avant d'aborder cette question, il importe de rappeler que la Régie1 a consacré 193 paragraphes (47 pages) de sa décision à son étude des modalités et de l'historique applicable à l'article 12A.2 des Tarifs et conditions avant d'écarter les prétentions du Transporteur, et ce, seulement à l'égard de raccordements de centrale non encore autorisés, rappelons-le;

14- Le Transporteur reconnaît que la Régie1 s'est bien dirigée en droit en se référant aux arrêts de principe applicables en matière de reconnaissance de droits acquis et reprend même les passages pertinents de la décision attaquée dans sa demande en révision :

¹² D-2006-17, Dossier R-3588-2005. (Onglet 11)

« 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) »¹³

- 15- Partant des principes juridiques appropriés tirés de la jurisprudence reconnue comme étant applicable, le Transporteur ne peut que tenter de démontrer que l'application qu'en fait la Régie¹ est erronée...essentiellement, on veut plaider une deuxième fois sur la base des mêmes faits, voire les mêmes autorités, dans le but d'obtenir un résultat différent;
- 16- Le Transporteur cherche tout simplement une deuxième opinion, qu'il espère favorable à sa thèse, étant compris qu'il a déjà plaidé exactement les mêmes arguments devant la Régie¹;

¹³ Pièce B-0002, Demande du Transporteur.

- 17- Essentiellement, la Régie¹ ne reconnaît pas la création de droits acquis lors de la signature de Conventions de transport de longue durée, ces soi-disant droits acquis étant étrangers aux fondements de la décision où l'article des Tarifs et conditions en litige a été ajouté :

« [360] Quant aux projets de raccordement de centrales, les modalités applicables aux engagements font l'objet de l'article 12A.2.

[361] La Régie rappelle que cet article permettait, historiquement, de codifier une pratique de garanties d'achat prévues dans le cadre de projets de raccordement de centrales du Producteur. La garantie d'achat consistait en un engagement d'achat de type « take or pay », en lien avec la production de la centrale raccordée.

[362] L'article 12A.2 a été mis en place par la décision D-2006-66 et son objectif y a été bien défini : assurer que tout nouveau raccordement de centrale génère des revenus additionnels qui permettent de couvrir les coûts qui y sont associés. L'atteinte de cet objectif est assurée par le test de la neutralité tarifaire dont les modalités s'adaptent aux circonstances particulières de chaque projet. L'enjeu, pour la Régie, est d'assurer, de façon raisonnable, l'atteinte de cet objectif tout en assurant un traitement équitable et non discriminatoire aux nouveaux clients et à ceux présents sur le réseau. C'est là que réside le choix que la Régie doit faire dans l'intérêt public. »

- 18- La « **neutralité tarifaire** » était donc l'objectif visé derrière la rédaction de l'article 12A.2;
- 19- Sans entrer dans l'exercice de l'historique des modifications apportées ou refusées à l'article 12A.2 effectué par la Régie¹ dans sa décision, celle-ci précise sa démarche visant à clarifier l'intention originale (« **neutralité tarifaire** ») au moment de la création de l'option i) :

« [370] Pour les motifs énoncés précédemment, la Régie juge que les revenus de transport générés par une entente de service de transport, qui excèdent les obligations qu'un demandeur aurait pu encourir dans une demande précédente, bénéficient à la clientèle existante. Ainsi, ces revenus de transport ne peuvent donc,

contrairement à l'affirmation du Transporteur, constituer un bénéfice temporaire pour l'ensemble de la clientèle, uniquement jusqu'à ce qu'il y ait des coûts qui se matérialisent dans de futurs projets.

[371] Toutefois, la décision D-2011-083 Motifs établit que le texte de l'article 12A.2 i), tel que présentement libellé, rend possible une telle interprétation et permet l'usage des surplus de la valeur actualisée d'un projet à titre de revenus pouvant être associés à un autre projet.

[372] La Régie juge donc qu'il est nécessaire de revoir l'article 12A.2 afin qu'il reflète l'intention première de la Régie qui y est associée. »

- 20- La Régie¹ propose ensuite un ajout similaire à ce qui existe déjà à l'option ii) dans le but d'assurer la « **neutralité tarifaire** » de l'ajout, soit le principe de base derrière l'article 12A.2 :

*« [375] Selon la Régie, **pour s'assurer de la neutralité tarifaire, il y a lieu d'ajouter**, en plus de la garantie relative aux nouveaux revenus, une mention quant au fait que ces revenus additionnels doivent être induits par la nouvelle production injectée sur le réseau au point de raccordement. Un texte équivalent à celui prévu à l'option ii) de l'article 12A.2 devrait donc être introduit à l'option i). »*

- 21- Devant la Régie¹, le Transporteur a présenté divers arguments pour manifester son opposition à l'abrogation éventuelle de l'option i) sous prétexte que celle-ci serait avantageuse pour la clientèle selon lui et la Régie¹ les a écartés de la façon suivante :

*« [379] **La Régie s'est déjà prononcée sur ces arguments.** D'une part, il existe dans le texte des Tarifs et conditions, des incitatifs pour des conventions de service ferme de long terme, notamment à l'article 2.2 et à la section E de l'appendice J. En particulier, l'utilisation d'un prorata dans le calcul de l'allocation maximale impliquerait, pour le requérant, l'augmentation de sa contribution. D'autre part, la Régie juge que le motif de stabilité du revenu ne garantit pas forcément une stabilité tarifaire. Les revenus tirés de conventions de service existantes seraient, année après année, de plus en plus utilisés pour compenser le coût des ajouts au réseau et non le coût total du réseau, d'où une hausse des tarifs, toutes choses étant égales par ailleurs.*

[380] De plus, comme l'admet le Transporteur, sans la possibilité de reporter des revenus d'une convention sur plusieurs projets, il est inutile d'avoir des articles redondants. »

- 22- La Régie¹ aborde ensuite la question relative aux soi-disant droits acquis qui pourraient découler des Conventions de transport de longue durée déjà en cours et elle attribue, à bon droit, le fardeau de la preuve au Transporteur qui en invoque l'existence :

« [382] L'abrogation de l'option i) amène la Régie à traiter de la question de l'existence de droits acquis en faveur du Producteur, plaidée par le Transporteur. »

[383] Essentiellement, le Transporteur soutient qu'un amendement à l'article 12A.2 des Tarifs et conditions ne doit pas affecter, de manière rétroactive ou rétrospective, les droits et obligations des parties aux conventions de service. En effet, selon lui, si la Régie devait abroger l'option i), elle devrait reconnaître au Producteur des droits acquis afin de lui permettre d'utiliser les Conventions signées depuis l'adoption de cette option en 2006 aux fins de la couverture des coûts d'ajouts dans le cadre de projets de raccordement futurs. La reconnaissance de droits acquis en faveur du Producteur lui permettrait de continuer d'utiliser les Conventions lors de futurs raccordements de centrales en vertu du principe de survie de la loi ancienne.

« [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. »

- 23- Outre la question de la preuve des intentions du Producteur qui sera étudiée à la prochaine section, la Régie¹ fixe adéquatement la démarche pour mener à la reconnaissance de droits acquis, tout en rappelant que la possibilité de se prévaloir d'une règle de droit dans le futur ne peut être constitutive 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. »

- 24- La Régie¹ conclut à l'inexistence de droits acquis au moment de la signature d'une Convention de service de transport de longue durée puisque, selon elle, le droit « acquis » de l'article 12A2. i) ne naît que **lors du raccordement d'une centrale** et la signature de la convention de raccordement afférente :

*« [394] Selon la Régie, il importe de souligner qu'aucune disposition du texte des Tarifs et conditions n'est rédigée de manière à garantir au client qui signe une convention de service de long terme qu'il pourra utiliser tous les revenus disponibles découlant de cette convention, s'il doit éventuellement fournir un engagement pour un raccordement de centrale selon les termes de l'article 12A.2. **Le droit du client d'utiliser une convention de service de long terme aux fins de l'article 12A.2 i) est limité spécifiquement aux cas où ce client est appelé à fournir un engagement pour le raccordement d'une centrale au réseau du Transporteur.** »*

- 25- En réponse à l'argument que d'autres formations de la Régie auraient acceptées d'utiliser les revenus provenant d'une Convention de transport de longue durée pour couvrir les coûts de raccordement d'une nouvelle centrale, la Régie¹ répond à juste titre ce qui suit :

*« [397] Le fait que la Régie ait pu, à l'occasion de demandes d'autorisation pour des projets de raccordement de centrales, accepter l'utilisation des Conventions du Producteur **n'a pas pour effet de créer des droits acquis en sa faveur lui garantissant l'utilisation de l'ensemble des revenus de ces Conventions.** La Régie est d'avis qu'il faut éviter d'élargir indûment la portée de ses décisions qui, faut-il le rappeler, **statuent sur des demandes particulières.** »*

- 26- La Régie¹ rappelle, également à juste titre, que les Tarifs et conditions sont évolutifs et que nul ne peut prétendre à des droits acquis à leur égard :

*« [398] Par ailleurs, la Régie doit faire preuve d'une certaine prudence avant de reconnaître l'existence de droits acquis dans le cadre de l'application des Tarifs et conditions. **En effet, il faut rappeler que les dispositions prévues au texte des Tarifs et conditions ne sont pas statiques et sont appelées à évoluer dans le temps.** Cette réalité découle naturellement des articles 31(1), 48 et 49 de la Loi. La Régie a*

bien expliqué ce contexte propre à l'environnement réglementaire au Québec dans la décision D-2008-036 :

*« Toutefois, les modalités de l'Appendice J font partie des conditions de service de transport et sont appelées à évoluer dans le temps. Dans l'exercice de ses pouvoirs, la Régie doit s'assurer que les tarifs et les autres conditions applicables à la prestation du service sont justes et raisonnables. **En conséquence, les soumissionnaires ne pouvaient s'attendre à ce que les modalités de l'Appendice J, sur la base desquelles ils ont préparé leur soumission, demeurent inchangées. En fait, les modifications apportées, de temps à autre, aux conditions de l'Appendice J font partie intégrante du processus réglementaire et découlent de l'application de la Loi, qu'elles surviennent ou non pendant le déroulement d'un processus d'appel d'offres. En ce sens, on ne peut prétendre que la Régie modifie les règles du jeu de l'appel d'offres AOPCH-2002 dans la mesure où elle exerce les pouvoirs qui lui sont dévolus par la Loi ».***

[399] Les clients du Transporteur sont d'ailleurs dûment avisés du caractère évolutif de la réglementation, par le biais de l'article 5.2 des Tarifs et conditions, rédigé spécifiquement à cette fin :

*« 5.2 Modifications des présentes : Les tarifs et les conditions des présentes sont assujettis aux décisions, ordonnances et règlements de la Régie, **tels qu'ils sont modifiés de temps à autre** ». »*

27- La conclusion suivante de la Régie¹, citation de la Cour suprême à l'appui, coule donc de source, il n'y a pas de droits acquis à une quelconque forme d'immutabilité des Tarifs et conditions :

*« [400] **Même en considérant qu'il a pris la décision de signer les Conventions dans le but de les utiliser aux fins de l'article 12A.2 i) pour de futurs raccordements de centrales, ce qui n'a pas été établi en l'espèce, le Producteur ne peut pas prétendre être à l'abri d'une modification au cadre réglementaire qui pourrait avoir un impact sur ses décisions d'affaires.***

[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 ».

*[402] Selon la Régie, ces enseignements de la Cour Suprême du Canada peuvent s'appliquer à l'article 12A.2 i). **En effet, tant et aussi longtemps que l'option est en vigueur, un producteur a l'entière liberté de s'en prévaloir et de faire inscrire ce choix dans l'entente de raccordement.** Toutefois, l'abrogation d'une telle option a pour effet de priver le client du droit de se prévaloir de cette option pour toute demande de raccordement d'une centrale dans le futur. »*

- 28- La Régie¹ qualifie les soi-disant droits acquis invoqués par le Transporteur comme n'étant que de **simples expectatives**, allant même jusqu'à **qualifier la thèse de droits acquis comme étant déraisonnable** :

*« [403] La Régie est d'avis qu'au moment de signer les Conventions, **le Producteur était dans une situation où il pouvait avoir de simples expectatives.** En effet, il est envisageable qu'un client du Transporteur qui signe une convention de service de long terme puisse espérer pouvoir éventuellement se prévaloir des différentes options de recouvrement des coûts prévues à l'article 12A.2. Toutefois, **ce client ne peut prendre pour acquis que celles-ci seront toujours disponibles, au motif qu'il a signé une convention de long terme alors que l'option i) était en vigueur.***

*[404] Accepter un tel argument signifierait que tous les clients qui ont signé une convention de long terme depuis l'adoption de l'option i) pourraient bénéficier d'un droit acquis d'utiliser une telle convention pour un futur raccordement de centrale indéfiniment, même si l'option i) est abrogée. **La reconnaissance d'un tel droit acquis apparaît déraisonnable.** »*

b) Subsidiairement, la Régie1 a-t-elle erré en contrevenant aux règles d'équité procédurale en cas d'insuffisance de preuve?

- 29- Quant à ce motif de révision, la prémisse de base du Transporteur tient à la pertinence et au caractère déterminant d'une preuve portant sur les intentions du Producteur au moment de la signature des Conventions de transport de longue durée;
- 30- S'il est vrai de dire que certains intervenants ont soulevé à juste titre que le Transporteur plaidait pour autrui ou tentait de faire la preuve par personne interposée, c'est justement parce que celui-ci a choisi, en toute connaissance de cause, de ne faire entendre aucun témoin du Producteur sur cette question;
- 31- À bon droit, la Régie1 reconnaît qu'aucune preuve ne lui fut « **légalement** » présentée sur cette question des intentions du Producteur lors de la signature des Conventions de transport de longue durée, alors que le Transporteur, et non pas les intervenants ou même la Régie1, insistait sur ce point;
- 32- À tout évènement, l'absence de preuve sur les intentions du Producteur n'est certainement pas un point déterminant dans le cadre de la décision de la Régie1 qui pousse l'exercice en présumant que le Transporteur a fait la preuve de ces soi-disant intentions :

« [400] Même en considérant qu'il a pris la décision de signer les Conventions dans le but de les utiliser aux fins de l'article 12A.2 i) pour de futurs raccordements de centrales, ce qui n'a pas été établi en l'espèce, le Producteur ne peut pas prétendre être à l'abri d'une modification au cadre réglementaire qui pourrait avoir un impact sur ses décisions d'affaires. »

- 33- Cette question subsidiaire est donc sans impact sur le bien-fondé de la décision de la Régie1 et ne saurait constituer un quelconque vice de fond;
- 34- D'ailleurs, dans l'éventualité où le Transporteur aurait eu plusieurs clients dans la même position que le Producteur en l'espèce, aurait-il été pertinent, voire

déterminant, de connaître les intentions de chacun d'eux au moment de sa signature d'une Convention de transport de longue durée et qu'en serait-il si ces intentions variaient significativement d'un client à l'autre...;

CONCLUSION

- 35- Le raisonnement de la Régie1 est étoffé, détaillé et réfute chacun des arguments apportés par le Transporteur quant à l'existence de droits acquis en faveur du Producteur d'utiliser les revenus générés par des Conventions de transport de longue durée antérieures à l'encontre des coûts de raccordements de nouvelles centrales dans le futur;
- 36- Le Transporteur ne soulève aucun vice de fond de nature à invalider la décision de Régie1, se contentant de réitérer les arguments déjà soulevés devant elle et ce, sur la base de la même preuve par surcroît, bien que la preuve ne soit pas un élément déterminant en l'espèce;
- 37- La demande en révision du Transporteur n'est ni plus ni moins qu'un appel déguisé de la décision de Régie1 alors que celle-ci n'est pas susceptible d'appel;
- 38- La demande en révision du Transporteur devrait donc être rejetée;

Le tout respectueusement soumis.

Laval, le 10 mai 2016

Dufresne Hébert Comeau

Me Steve Cadrin

1200 boul. Chomedey, bureau 400

Laval, Québec, H7V 3Z3

Tel : (514) 392-5725

Fax: (450) 682-5014

Avocats de la FCEI