
PRÉSENT :

M. Pierre Dupont, M.A. (Écon.)
M^c Marc-André Patoine, B.A., LLL.
M. Jean-Noël Vallière, B. Sc. (Écon.)
Régisseurs

Société en commandite Gaz Métropolitain (SCGM)

Requérante

et

Liste des intervenants dont les noms apparaissent à la page suivante

Intervenants

Décision

Requête en révision de la décision D-99-11 (art. 37, Loi sur la Régie de l'énergie, chapitre R-6.01)

LISTE DES INTERVENANTS :

Association des consommateurs industriels de gaz (ACIG)

Corporation Approvisionnements - Montréal Santé et Services Sociaux (CAMSSS)

Action Réseau Consommateur (ARC) / Option Consommateurs (OC)

Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec
(RNCREQ)

Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROEE)

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	4
LA DEMANDE DE SURSIS.....	12
LA CHOSE JUGÉE.....	18
ANALYSE DE L'ARTICLE 37 DE LA LOI SUR LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE.....	22
LA PONDÉRATION DES ÉTUDES SELON LE FACTEUR 80/20.....	32
LE TAUX DE RENDEMENT RAISONNABLE	50
LES DÉPENSES D'EXPLOITATION - INFLATION	56
LES FRAIS DES INTERVENANTS	64

INTRODUCTION

La Régie de l'énergie (Régie) est un nouvel organisme créé en vertu de la Loi sur la Régie de l'énergie 1996 L.Q. c. 61 (L.R.Q., chapitre R-6.01), ci-après appelée la « Loi ». Elle succède à la Régie du gaz naturel et à d'autres instances avec un mandat principal mentionné à l'article 5 de ladite loi :

« Article 5

Dans l'exercice de ses fonctions, la Régie favorise la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable. À cette fin, elle tient compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales ainsi que de l'équité au plan individuel comme au plan collectif. Elle assure également la conciliation entre l'intérêt public, la protection des consommateurs et un traitement équitable des distributeurs. »

Le 8 avril 1999, Société en commandite Gaz Métropolitain (SCGM) déposait une demande en révision, en vertu de l'article 37 de la Loi. La demande vise la décision de la Régie, D-99-11, du 10 février 1999, concernant la demande de modification de tarifs de la requérante avec effet rétroactif au 1^{er} octobre 1998, décision produite comme pièce R-2 (requête). La requête fut amendée le 11 mai 1999 principalement pour y introduire une requête en sursis.

La décision D-99-11, rendue le 10 février 1999, comporte 75 pages et fut prise à partir d'une demande en modification des tarifs, en date du 8 mai 1998, suivie d'amendements le 8 juillet, le 29 septembre, le 16 octobre 1998 et à la suite de plusieurs jours d'audience. Sont intervenues dans cette demande toutes les parties mentionnées dans la description des parties que nous identifierons par leur acronyme.

« p.6 Les audiences publiques ont débutées le 21 octobre 1998 et se sont poursuivies les 22, 23, 27, 28, 29 et 30 octobre, et les 5, 6, 10, 11 et 12 novembre 1998, au siège social de la Régie. La demande a été prise en délibéré le 10 décembre 1998, soit après la réception des répliques écrites finales déposées par SCGM. »

Cette décision repose sur une preuve dont la Régie a circonscrit les points principaux en ces termes :

« p. 9 LA PREUVE, LES ARGUMENTATIONS ET L'OPINION DE LA RÉGIE

La preuve est administrée au moyen des documents déposés et des témoignages reçus lors des audiences publiques. Même si la Régie évalue tous les éléments de la preuve, elle choisit de la résumer dans la seule mesure nécessaire pour expliquer la manière dont ces questions sont prises en compte dans le processus décisionnel. Vu la grande quantité d'éléments décisionnels soumis à la Régie, ceux-ci sont abordés selon l'ordre suivant et couvrent tant la preuve de SCGM que les argumentations des participants et l'opinion même de la Régie :

- 1. contextes économique et énergétique;*
- 2. développement du marché;*
- 3. ventes;*
- 4. mécanisme d'ajustement mensuel du prix du gaz de compression;*

5. *approvisionnement;*
6. *dépenses;*
7. *taux de rendement;*
8. *mécanisme automatique d'établissement du taux de rendement;*
9. *structure de capital et coût en capital moyen et prospectif;*
10. *base de tarification;*
11. *allocation du coût de service;*
12. *proposition tarifaire;*
13. *mécanisme incitatif : bonification du rendement;*
14. *mécanisme incitatif à l'amélioration de la performance. »*

Les conclusions de cette décision qui portent sur les 46 points en litige sont les suivantes (pages 71 et suivantes) :

« **CONSIDÉRANT** la Loi sur la Régie de l'énergie, notamment le chapitre IV et plus particulièrement les articles 25, 31, 32, 36, 48 et 49;

La Régie de l'énergie :

ACCUEILLE en partie la demande tarifaire de SCGM, sous réserve de ce qui suit;

PREND ACTE des prévisions économiques et énergétiques mises à jour par SCGM;

DEMANDE à SCGM de lui faire part, lors de la prochaine cause tarifaire, de sa position quant à la possibilité de recourir à une méthode basée sur des indices du marché dans l'établissement du prix du gaz de réseau;

MAINTIEN l'application du programme de flexibilité tarifaire bi-énergie tel que reconduit dans la décision D-97-34;

AUTORISE la réactivation du programme de flexibilité tarifaire pour les clients des tarifs 1, 3 et M et l'imputation des sommes déboursées en rabais tarifaires à un compte de frais reportés à être inclus dans la base de tarification au 1^{er} octobre 1999;

REJETTE la demande de SCGM de consacrer un montant de 260 000 \$ pour le développement d'un programme de vente de gaz naturel pour véhicules (GNV);

AUTORISE l'ajout au budget pour les cinq prochaines années d'un montant de 1,9 million \$ dédié au développement du secteur résidentiel et demande à SCGM de tenir la Régie informée, lors des prochaines causes tarifaires, des progrès et des résultats obtenus;

REJETTE la demande de SCGM d'offrir un nouveau tarif pour le développement du réseau, applicable à tous clients se trouvant dans un projet de nouvelle construction résidentielle clairement identifié et nécessitant une extension de réseau;

AUTORISE un budget annuel additionnel de 610 000 \$, pour une année seulement, afin de mettre au point et de soumettre à la Régie, au cours de la prochaine cause tarifaire, un plan global d'efficacité énergétique;

PREND ACTE d'un volume de 6 199 690 10³m³ à titre de projection des ventes totales dans la franchise pour la présente cause tarifaire;

ACCEPTE les modifications telles que proposées au compte régulateur de température;

APPROUVE le mécanisme d'ajustement mensuel du prix du gaz de compression, tel que proposé à la pièce SCGM-18, document 7;

DEMANDE à SCGM de clarifier son approche quant au traitement du solde du compte d'ajustement d'inventaire du gaz de compression lors du retrait d'un client du service de gaz de compression et de lui soumettre ses suggestions lors de la prochaine cause tarifaire;

DEMANDE à SCGM d'offrir à nouveau aux clients la possibilité de se retirer du service de gaz de compression du distributeur à compter du 1^{er} avril 1999, tel que proposé à la pièce SCGM-18, document 7, pages 22 et 23;

PREND ACTE du plan d'approvisionnement gazier et du coût du gaz soumis par le distributeur à la pièce SCGM-5;

DEMANDE au distributeur de déposer à la Régie, dès leur signature par les représentants autorisés de SCGM, les nouveaux contrats d'approvisionnement négociés à l'automne 1998;

APPROUVE la demande de SCGM pour un budget additionnel de 400 000 \$ à être inclus aux dépenses d'exploitation, pour cette année seulement, afin de réaliser la revue du portefeuille d'approvisionnement gazier et **DEMANDE** au distributeur de lui fournir une copie de ladite revue lorsque celle-ci aura été complétée;

APPROUVE un budget de dépenses d'exploitation pour 1999 au montant de 102 252 000 \$ selon les termes énoncés dans la présente décision et **MAINTIEN** le traitement réglementaire actuel des bonis;

PREND ACTE d'un montant total de 24 343 000 \$ soumis par SCGM à titre de dépenses en redevances et en impôts fonciers;

APPROUVE la mise en place d'un compte de frais reportés pour enregistrer toute variation du taux de redevances au 1^{er} avril de chaque année, ce compte devant être renversé au cours de l'exercice suivant;

PREND ACTE d'une provision totale pour impôts de 45 602 518 \$ pour l'exercice financier de SCGM se terminant le 30 septembre 1999;

PREND ACTE d'un montant de 4 675 895 \$ découlant de la cotisation provinciale relativement aux billets en dollars australiens et **APPROUVE** que ce montant soit versé dans un compte de frais reportés (183.07), pour être amorti sur cinq ans;

PREND ACTE d'un montant de 191 502 \$ découlant d'autres modifications au revenu imposable et **APPROUVE** que ce montant soit versé dans un compte de frais reportés (183.08), pour être amorti sur cinq ans;

CONFIRME l'utilisation de la projection du mois d'août du Consensus Forecasts pour déterminer, lors des causes tarifaires, le taux obligataire sans risque;

PREND ACTE d'un taux obligataire long terme de 5,759 % pour la présente cause tarifaire;

AUTORISE un taux de rendement sur l'avoir des actionnaires de SCGM de 9,60 % pour l'année 1998-1999;

APPROUVE un mécanisme automatique d'établissement du taux de rendement de l'avoir des actionnaires ordinaires, selon les termes énoncés dans la présente décision, pour une période initiale de trois ans, soit pour les causes tarifaires des années 1999-2000, 2000-2001 et 2001-2002 inclusivement;

APPROUVE un coût en capital prospectif de 7,47 % pour l'évaluation des projets d'investissements au cours de ce même exercice;

APPROUVE les additions à la base de tarification de 101 856 000 \$, dont une somme de 73 403 000 \$ au titre des investissements additionnels en immobilisations;

AUTORISE un fonds de roulement de 8 906 000 \$, tel que requis à la base de tarification, et reconferme la méthode en vigueur et autorisée antérieurement dans la décision D-90-62;

APPROUVE la proposition soumise par SCGM quant à l'application de la méthode d'allocation des coûts de transport et d'entreposage, en suivi à la décision D-97-47;

APPROUVE le nouveau format de présentation de l'étude d'allocation du coût de service, par catégorie de volume annuel, tel que proposé par SCGM;

APPROUVE dans l'étude d'allocation du coût de service, d'une part l'usage des facteurs d'allocation qui ont été utilisés pour déterminer les coûts du budget 1997-1998 qui ne se retrouvaient pas dans les budgets précédents;

ORDONNE à SCGM de modifier la grille tarifaire 1998-1999 pour la rendre conforme aux conclusions énoncées et de soumettre le texte du tarif, pour décision finale, dans les trente jours suivant la présente;

APPROUVE le maintien du mécanisme de rendement incitatif actuel et des conditions y étant liées, pour l'année tarifaire 1998-1999;

CONSIDÈRE opportun de reporter les discussions et l'analyse d'un mécanisme de rendement incitatif à la performance à un exercice indépendant de la présente cause tarifaire, processus dont la Régie déterminera la forme et l'échéancier dans un avenir rapproché;

PREND ACTE des frais raisonnablement encourus au cours de la phase II de la présente tarifaire pour l'étude du mécanisme de rendement incitatif à la performance, même si l'étude dudit mécanisme a été reportée à une phase subséquente; lesdits frais seront évalués à leur juste valeur pour une période se terminant avec le dépôt des argumentations finales. »

SCGM ne fut pas entièrement satisfaite de la décision et demanda une rectification sur deux aspects de la décision par lettre du vice-président aux affaires corporatives M. Despars, adressée au président de la Régie en date du 5 mars 1999, et dont le texte se lit comme suit :

« La présente fait suite à la décision D-99-11 de la Régie rendue dans le dossier tarifaire de la Société en commandite Gaz Métropolitain («SCGM») pour l'exercice financier se terminant le 30 septembre 1999. Aux termes de cette décision, la Régie ordonnait à SCGM de modifier la grille tarifaire 1998-1999 pour la rendre conforme aux conclusions énoncées dans celle-ci et de soumettre le texte du tarif, pour décision finale, dans les trente jours. Toutefois, certaines données essentielles à la confection d'une grille tarifaire finale pour 1998-1999 nécessitent, à notre avis, d'être revues. Il s'agit du taux de rendement sur l'équité et du niveau des dépenses d'exploitation.

Tout d'abord, nous croyons qu'une erreur s'est glissée dans l'établissement du taux de rendement. La Régie reconnaît que le risque global de SCGM est sensiblement supérieur à celui des distributeurs ontariens (p. 40 de la décision D-99-11). On pourrait croire, à première vue, que cette évaluation était reflétée dans l'écart de 44 points de base entre la prime de risque allouée à SCGM (3,84 %) et celle de 3,40 % mentionnée en référence pour Consumers Gas. Or, pour l'exercice allant du 1^{er} octobre 1998 au 30 septembre 1999, la prime de risque effectivement allouée à Consumers, à taux de référence comparable de 5,76 %, est de 3,77 %¹. Quant à la prime de risque autorisée pour l'autre distributeur ontarien (Union Gas) pour la période du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 1999, celle-ci est de 3,95 %, alors que le taux de référence est de 5,66 %². Sur la base d'un taux de 5,76 % et en fonction des paramètres retenus par la Régie et l'OEB quant à l'élasticité de la prime de risque, celle-ci serait de 3,93 %. La prime moyenne versée aux distributeurs gaziens ontariens est donc de 3,85 %.

Le différentiel au niveau de la prime de risque, sur une base comparable, est donc d'un point de base défavorable à SCGM. Le résultat est donc contraire à celui recherché par la Régie compte tenu de son évaluation du risque comparatif. À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que les marchés financiers reflètent un risque comparatif supérieur pour SCGM dans des titres qui sont comparables. En effet, la dette obligataire de SCGM, des titres moins risqués que l'équité, commande une prime de risque supérieure d'environ 25 points de base à celle de Consumers.

Compte tenu de ce qui précède, nous présumons que le résultat contraire à celui recherché ne peut provenir que d'une erreur de calcul, et nous demandons à la Régie de corriger la prime de risque de SCGM de manière à ce qu'elle reflète l'écart de 44 points de base présenté comme justificatif par la Régie en page 46 de sa décision. Le taux de rendement sur l'équité ainsi révisé devrait être de 9,97 %, intégrant une prime de risque de 4,21 % (3,77 % + 0,44 %).

¹ Les chiffres mentionnés dans la décision du 31 août 1998 de l'OEB (E.B.R.O. 497) sont de 5,73 % pour le taux d'intérêt et une prime de risque de 3,78 %.

² Décision E.B.R.O. 499 du 20 janvier 1999.

En ce qui concerne les dépenses d'exploitation, la Régie demande de les réduire de l'équivalent de l'inflation, soit 1,7 %. Cette coupure survient, à toutes fins utiles, à mi-chemin de l'année financière. Puisque environ 80 % de ces dépenses d'exploitation sont constituées de salaires et d'avantages sociaux qui sont par définition sujets à l'inflation, l'application de la pleine mesure à ce moment-ci de l'année aurait des conséquences opérationnelles importantes. Nous osons croire que ce n'est pas l'intention de la Régie puisqu'elle demandait spécifiquement, dans la même décision, « de l'informer au préalable de toutes réductions importantes au niveau des dépenses d'exploitation qui pourraient être occasionnées ou résultées de compressions jugées nécessaires par le distributeur pour répondre à un contexte économique et énergétique plus austère qu'anticipé », et que la Régie n'a jamais questionné nos témoins sur l'impact qu'auraient de telles coupures sur la qualité et sur la sécurité du service. Nous demandons donc à la Régie de bien vouloir moduler sa décision pour y prévoir explicitement que les compressions de 1,7 % ne s'appliquent qu'à compter de la date de sa décision.

Nous vous demandons donc, monsieur le Président, de faire en sorte que soit suspendu le délai de 30 jours établi à la décision D-99-11 pour déposer la grille tarifaire.

De plus, copie de la présente est transmise à la secrétaire de la Régie et à tous les intervenants de la cause tarifaire 1999 de SCGM, sans préjudice aux droits de cette dernière quant à tout autre recours qui pourrait s'avérer nécessaire pour permettre l'adoption de grilles tarifaires équitables envers SCGM pour les exercices 1999 et suivants. »

Enfin, la décision D-99-43, en date du 29 mars 1999, dispose de cette demande en rectification, décision produite comme pièce R-5, et dont le dispositif est le suivant :

« L'opinion de la régie

La Régie considère qu'elle est saisie d'une demande de rectification portant sur deux matières au sens de l'article 38 de sa loi constitutive. Ce recours n'est ni un appel de la décision ni une demande de révision présentée en vertu de l'article 37 qui comporte des conditions d'ouverture très précises. En effet, ni l'article 37(1) relatif à des faits nouveaux ni l'article 37(2) lié au droit d'être entendu n'ont été justifiés ou même soulevés par la demanderesse. Puisque le présent banc ne peut se saisir d'une demande de révision sous l'article 37(3), ce n'est donc que le recours sous l'article 38 qui fait l'objet de la présente décision.

Après analyse donc de la demande de correction et selon la preuve qui a été produite par SCGM et les intervenants dans le cadre de cette cause tarifaire, la Régie juge qu'il n'y a pas lieu qu'elle rectifie ou corrige, conformément à l'article 38 de la loi, sa décision D-99-11. Elle n'y voit aucune erreur d'écriture ou de calcul ni quelque autre erreur de forme. L'analogie faite par l'ACIG avec l'article 475 alinéa 1 du Code de procédure civile est appropriée et l'analyse de la jurisprudence relative à cet article ne permet pas à la Régie d'arriver à une autre conclusion³.

Bien que le Code de procédure civile ne trouve pas directement application dans les affaires devant la Régie, il est intéressant de noter l'état du droit sur la question. Celui-ci indique que l'erreur matérielle n'est pas une faute de l'esprit dans la détermination du message qu'on souhaitait communiquer, mais une faute dans le choix des termes

³ *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848 et *Potvin c. Gagnon*, [1967] B.R. 300.

employés pour faire cette communication. Il s'agit d'une faute qui a fait dire autre chose que ce qu'on souhaitait exprimer. Il s'agit d'une erreur de l'ordre d'un lapsus qui comprend non seulement certaines omissions involontaires et les fautes de rédaction proprement dites, mais aussi les erreurs de calcul.

En conséquence, la Régie demande à SCGM de déposer une grille tarifaire pour 1998-1999, conforme aux conclusions énoncées dans sa décision D-99-11, au plus tard le 9 avril 1999. Par ailleurs, la Régie considère justifiée, dans le contexte, la demande de remboursement de frais de l'ACIG.

CONSIDÉRANT l'article 38 de la Loi sur la Régie de l'énergie;

La Régie de l'énergie :

REJETTE la demande de correction ou de rectification présentée par SCGM;

ACCUEILLE la demande de remboursement de frais de l'ACIG;

ORDONNE à SCGM de modifier la grille tarifaire 1998-1999 pour la rendre conforme aux conclusions énoncées dans la décision D-99-11 et de soumettre le texte du tarif, pour décision finale, au plus tard le 9 avril 1999. »

La demande de révision est prévue à l'article 37 de la Loi qui se lit ainsi :

« Article 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. »

À la lecture de la requête et des notes sténographiques de l'argumentation présentée le 14 mai 1999, ce sont les 2^e et 3^e cas prévu à l'article 37 que vise la requérante SCGM, tel qu'il appert du paragraphe 10 de sa requête :

«10. La Requête est bien fondée en fait et en droit de demander la révision de la décision D-99-11 (R-2) en vertu de l'article 37 de la Loi et ce, pour les motifs de vices de fond suivants lesquels sont plus amplement explicités ci-après :

- a) *la Régie a erré en fait et en droit et a agi de façon ultra vires en considérant certains éléments de preuve sans avoir donné à la Requête l'occasion d'être entendue à cet égard;*

- b) *la Régie a erré en fait et en droit en tirant des conclusions erronées de la preuve ou des conclusions non basées sur la preuve, notamment au niveau de l'établissement du taux de rendement raisonnable auquel la Requérente a droit en vertu de la Loi;*
- c) *la Régie a erré en fait et en en droit en refusant de façon arbitraire certaines dépenses d'opération sans appliquer les critères prévus à la Loi portant notamment sur la nécessité de telles dépenses pour la prestation des services rendues par la Requérente; »*

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 22

« Alors, notre recours est basé sur l'article 37, notamment sur l'article 37.3 de la loi. L'article n'est pas nouveau, il y a de la jurisprudence puis nous y reviendrons. »

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 60

« Alors, ce qui, je pense, dans ce contexte, et considérant la teneur de la preuve que Gaz Métropolitain veut verser au dossier, je pense que la Régie devrait permettre à Gaz Métropolitain, en vertu de l'article 37(2), là, devrait réviser la décision et permettre à Gaz Métropolitain de verser au dossier formellement la preuve du docteur Morin. »

C'est dans ce contexte que SCGM fait la présente demande en révision qui porte sur trois points principaux et inclut une demande de sursis. Les conclusions recherchées font appel aux paragraphes 2 et 3 de l'article 37 de la Loi et se lisent ainsi dans la version amendée en date du 11 mai 1999 :

« ACCUEILLIR la présente requête ;

SURSEOIR au dépôt de la grille tarifaire dans le dossier R-3397-98 jusqu'à l'expiration d'un délai de dix jours suivant la décision de la Régie sur la présente requête en révision;

ANNULER cette partie de la décision R-2 traitant de la dépense d'inflation de 1 741 000 \$ et

AUTORISER la dépense de 1 741 000 \$ reliée à l'inflation anticipée pour l'année tarifaire 1999;

ANNULER cette partie de la décision R-2 portant sur l'établissement de la Prime de risque à être utilisée dans la formule de fixation du Taux de rendement raisonnable auquel la Requérente a droit en vertu de la Loi et, en raison des appréhensions raisonnables de la Requérente à l'effet que sa demande n'aurait pas été uniquement décidée par les régisseurs ayant entendu la preuve et ce, à l'encontre des règles de justice naturelle, RÉEXAMINER cet aspect de sa demande en affectant au dossier de révision d'autres régisseurs que ceux ayant participé aux décisions R-2 (D-99-11) et R-7 (D-99-09) et PERMETTRE à la Requérente de compléter sa preuve à cet égard; »

Pour les fins de l'analyse de la présente requête, la Régie traite des sujets suivants : la demande de sursis, la chose jugée, l'article 37 de la Loi, la pondération des études, le taux de rendement raisonnable, les dépenses d'exploitation – inflation et les frais des intervenants.

LA DEMANDE DE SURSIS

1- LE POUVOIR DE LA RÉGIE D'ÉMETTRE UN SURSIS

La demande de sursis se retrouve aux paragraphes 48 et 49 de la requête et dans la première conclusion :

- « 48. Lors de la transmission de la présente requête en révision, la Requérante a demandé à la Régie de surseoir au dépôt de la grille tarifaire dans le dossier R-3397-98, tel qu'il appert à la lettre de transmission du 8 avril 1999 des procureurs soussignés, pièce R-9;
49. Au soutien de sa demande pour une décision provisoire de la Régie propre à sauvegarder les droits des personnes concernées (distributeur et consommateurs), SCGM soumettait une lettre de son procureur énonçant les considérations pratiques justifiant un tel sursis, pièce R-10; »

Si on se réfère aux termes utilisés « *sauvegarder les droits des parties* » et aux articles auxquels il est fait référence dans l'intitulé de la requête « *Articles 34 et 37* », il semble clair que la requérante prend pour acquis que le pouvoir de la Régie d'accorder un sursis se retrouve dans l'article 34 de la Loi qui se lit comme suit :

« Article 34
*La Régie peut décider en partie seulement d'une demande.
Elle peut rendre toute décision ou ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes concernées. »*

Il faut cependant constater que la Loi ne contient aucune disposition donnant textuellement à la Régie le pouvoir spécifique d'accorder un sursis.

L'article 34 se réfère à une « *ordonnance de sauvegarde* », concept que l'on retrouve à l'article 754.2 du Code de procédure civile. Il importe de préciser immédiatement que le Code de procédure civile ne s'applique pas aux demandes et requêtes devant la Régie et que, sa référence vise seulement à cerner les concepts utilisés à l'analyse.

« Article 754.2
*Lors de la présentation de la requête, le tribunal, si le dossier est complet, entend les parties.
En plus de la preuve par affidavit, toute partie peut, si elle le désire, présenter une preuve orale.
Si, lors de la présentation de la requête, le dossier est incomplet, le tribunal fixe la date de l'enquête et de l'audition et rend toutes les ordonnances nécessaires à la sauvegarde des droits des parties pour le temps et aux conditions qu'il détermine. »*

La Cour d'appel nous explique l'origine de cet article, sa nature et ses conditions d'application :

Turmel c. 3092-4484 Québec inc. (1994) R.D.J. 530, 534 (C.A.)

« Cette disposition fut introduite en 1983 en même temps que plusieurs autres visant à moderniser et à accélérer l'audition des recours en injonction. Ainsi, dorénavant, la

preuve était faite par affidavits circonstanciés signifiés et déposés au dossier; il pouvait donc arriver qu'un dossier soit incomplet au jour fixé pour sa présentation, en particulier, faute de temps pour l'intimé de recueillir toutes les déclarations nécessaires à sa preuve. Pour pallier à cette situation, le législateur a introduit l'article 754.2 C.p. qui autorise le juge à fixer une nouvelle date d'audition et rendre en même temps toutes «les ordonnances nécessaires à la sauvegarde des droits des parties». Elles seront donc tantôt purement administratives, c'est-à-dire faites en vue de favoriser une enquête rapide et ordonnée ou tantôt carrément judiciaires. C'est ainsi que le juge pourra, dans les cas d'urgence, imposer un ordre de faire ou de ne pas faire, en somme une ordonnance d'injonction au sens strict du terme puisque, quelle que soit la façon de la nommer, elle sera construite et formulée comme telle et en aura l'objet et les effets.

... Or, à mon avis, l'ordonnance de sauvegarde de l'article 754.2 C.p., malgré son nom, est de la nature d'une injonction provisoire: elle est une mesure judiciaire, discrétionnaire, émise pour des fins conservatoires, dans une situation d'urgence, pour une durée limitée et au regard d'un dossier où l'intimé n'a pu encore introduire tous ses moyens. ...

Par ailleurs, si l'ordonnance de sauvegarde est de la même nature que l'injonction provisoire, il va de soi que le requérant devra rencontrer pour son émission les mêmes critères d'apparence de droit, d'urgence et de balance des inconvénients. »

Natrel inc. C. F. Berardini Inc (1995) R.D.J. 383 , 387 (C.A.)

On constate donc que le contexte législatif de l'article 754.2 du Code de procédure civile n'est pas le même que le contexte de la Loi. Toutefois, il semble y avoir des éléments de ce concept qui puissent se retrouver dans l'article 34 de la Loi.

En effet, le concept d'ordonnance de sauvegarde se rapporte à une situation d'urgence qui exige une intervention judiciaire ou quasi-judiciaire pour limiter l'impact dommageable d'une situation dans le contexte d'une apparence de droit, d'existence d'un préjudice sérieux ou irréparable et d'une balance des inconvénients, puisque selon la jurisprudence, l'ordonnance de sauvegarde est de la même nature qu'une injonction et doit être prononcée pour une durée limitée. Dans le cas de Natrel, la Cour a refusé une conclusion semblable à celle requise par la requérante dans les présentes, soit :

«SURSEOIR au dépôt de la grille tarifaire dans le dossier R-3397-98 jusqu'à l'expiration d'un délai de dix jours suivant la décision de la Régie sur la présente requête en révision; »

Évidemment, le contexte de la cause de Natrel diffère du présent dossier en ce sens qu'il n'est pas déjà prévu que la cause sera entendue dans plusieurs mois. Les conclusions des présentes prévoient un échéancier très court. Il n'y a rien dans la Loi qui suggère que le délai doit être limité à dix jours comme dans le Code de procédure civile mais il faut retenir l'idée d'un délai court.

La requête en sursis est possible en Cour d'appel, entre autres, en vertu du second paragraphe de l'article 834.1 du Code de procédure civile :

Art 834.1 2e alinéa

« De même, un juge de la Cour d'appel peut, en tout temps après le dépôt d'une inscription en appel, ordonner de surseoir à toute procédure dont l'exécution n'est pas suspendue par l'appel. »

Maison l'Intégrale inc. c. Le Tribunal du travail et al. C.A.M. 500-09-001880-947, le 9 février 1995 :

« Je suis saisi d'une requête pour surseoir à l'exécution de décisions du Tribunal du travail et du commissaire du travail jusqu'à jugement final de notre Cour sur le pourvoi formé par l'appelante contre le jugement de la Cour supérieure qui a rejeté, le 23 novembre 1994, sa requête en révision judiciaire (article 834.1)

...

La requête en sursis s'articule comme il se doit autour des trois axes suivants : (1) l'appelante a une apparence de droit claire et suffisante ; (2) l'appelante subira un préjudice sérieux et irréparable si le sursis n'est pas ordonné ; (3) la prépondérance des inconvénients penche en faveur de l'appelante.

Cette manière d'aborder le problème est conforme à ce qu'écrivait encore récemment ma collègue Christine Tourigny dans 2624-7353 Québec Inc. c. Me Jean Mercier et al. C.A. Québec 200-09-000412-947, le 25 novembre 1994, à la page 3 de son jugement :

« L'on connaît les exigences fixées par notre Cour dans le cadre d'une telle demande. Bon nombre de jugements ont été rendus sur cette question et il n'est pas inutile de rappeler à cet égard les propos que tenait le juge Tyndale dans *Houle c. Commission de Police du Québec* [1985] R.D.J. 273 : « une ordonnance de sursis n'est rendue que dans des circonstances exceptionnelles, surtout si le jugement dont appel est présumé bien fondé, ne relève pas de faiblesse apparente et l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt privé » p. 275

La Cour Suprême du Canada, dans l'arrêt *Procureur général du Manitoba c. Metropolitan Store* [1987] 1 R.C.S. 110, définissait les critères qui s'appliquent en pareilles circonstances. Il faut établir une apparence de droit suffisante et, si l'on franchit cette étape, examiner la question du préjudice sérieux ou irréparable et, au besoin, la balance des inconvénients »

Le sursis est aussi imposé par le législateur à l'article 485 du Code de procédure civile dans le cas de rétractation de jugement après réception.

« Art 485. La requête en rétractation n'opère sursis de l'exécution que du moment où elle est reçue, à moins d'un ordre spécial d'un juge, lequel, en cas d'urgence, peut être donné sans avis préalable. »

La requête en révision étant de nature semblable à celle de la rétractation, on aurait pu s'attendre à ce que le législateur le prévoit dans la Loi, mais il ne l'a pas fait.

L'article 834.1 du Code de procédure civile prévoit également la requête en sursis :

« Art. 834.1 Un recours en vertu du présent titre n'opère pas sursis des procédures. Toutefois, à la demande d'une partie, un juge peut en tout temps après le dépôt de la requête accorder un tel sursis et ordonner, si nécessaire, que soient transmises sans délai au greffier les pièces au dossier qu'il détermine. »

Voici des extraits de ce que les auteurs Ferland et Émery disent à ce sujet :

Ferland et Émery, Précis de procédure civile du Québec, 3e édition, 1997, Vol 2, p. 549 et sq.

« p. 551 La suspension d'instance et l'injonction interlocutoire sont des recours de même nature et ayant la même origine

Procureur Général du Manitoba c. Metropolitan Store (M.T.S.) Ltd. (1987) 1 R.C.S. 110, 127

« La suspension d'instance et l'injonction interlocutoire sont des redressements de même nature. À moins qu'un texte législatif ne présente un critère différent, elle ont suffisamment de traits en commun pour qu'elles soient assujetties aux mêmes règles et c'est avec raison que les tribunaux ont une tendance à appliquer à la suspension interlocutoire d'instance les mêmes principes qu'ils suivent dans le cas d'injonctions interlocutoires...

Ainsi, le juge, pour décider d'une requête en sursis, s'appuiera sur les critères de l'injonction interlocutoire, soit l'apparence de droit, l'existence d'un préjudice sérieux ou irréparable et la prépondérance des inconvénients. »

« p. 552 Le critère de l'apparence de droit, comme l'écrivait le juge Beetz, doit revêtir « la forme d'une évaluation préliminaire et provisoire du fond du litige ». La partie requérante doit démontrer, selon le cas une faiblesse apparente de la décision attaquée, l'importance de la question de droit et ses effets ou un doute sérieux sur la constitutionnalité d'une loi, d'un règlement ou d'une ordonnance. Il est important de rappeler que si l'apparence de droit est claire, le tribunal laissera de côté le troisième critère, soit la prépondérance des inconvénients. »

« p. 553 Un préjudice sérieux ou irréparable doit aussi être démontré, c'est-à-dire un préjudice qui ne peut être « compensé par des dommages-intérêts ou qui peut difficilement l'être ». Le préjudice appréhendé doit être réel et certain et non simplement hypothétique ou éventuel. En revanche, si la décision est intrinsèquement illégale ou manifestement invalide, un simple préjudice suffit à obtenir de sursis de procédure. »

« p. 553 Il peut aussi, comme l'affirmait le juge Beetz dans l'affaire Metropolitan Stores (M.T.S) Ltd., « y avoir beaucoup d'autres éléments particuliers dont il faut tenir compte dans les circonstances particulières d'un cas déterminé ». ... »

« p. 554 Chaque partie peut ainsi faire pencher la balance des inconvénients en sa faveur « en démontrant au tribunal que l'intérêt public commande l'octroi ou le refus du redressement demandé. « L'intérêt public » comprend à la fois les intérêts de l'ensemble de la société et les intérêts particuliers de groupes identifiables. R.J.R.-Macdonald inc. c. Procureur général du Canada (1994) 1 R.C.S. 311, 344 »

En définitive, quelque soit le terme utilisé, « sursis », « injonction », « sauvegarde », « suspension d'instance », les critères d'application sont toujours les mêmes et les concepts couvrent une même réalité juridique avec certaines nuances.

OPINION DE LA RÉGIE SUR LE POUVOIR D'ÉMETTRE UN SURSIS

La Régie conclut que l'ordonnance de sauvegarde prévue à l'article 34 de sa Loi constitutive peut contenir l'ordonnance de sursis et applique les critères précités.

2- LES CRITÈRES DE L'ORDONNANCE DE SURSIS

POSITION DE SCGM

Notes sténographiques du 14 mai 1999, p. 17 et 18

« Nous demandons le sursis du dépôt de la grille tarifaire pour des raisons... d'abord, parce qu'on ne pourra pas déposer une grille tarifaire définitive tant et aussi longtemps que la Régie n'aura pas rendu la décision en révision, puisque ça va avoir un impact sur le coût de service.

Il y a un aspect pratique de déposer une grille tarifaire tant qu'on n'a pas une décision finale, ça implique des ajustement, alors, on pense que ce serait grandement souhaitable qu'on sursoie au dépôt de la grille tarifaire et qu'on ne fasse une grille et des ajustements qu'une seule fois, en fonction des données précises qui découleront, là, de la décision que vous allez rendre sur cette demande en révision.

...
Il ne faut pas sous-estimer les problèmes assez complexes au niveau de l'informatique, là, à faire des ajustements puis des remboursements, on ferait des remboursements, si après ça il y a une décision en révision, il faut refacturer des clients, c'est des choses qui apportent énormément de perturbation ... »

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p.221-222

« Mon confrère me souffle à l'oreille que le préjudice, pour nous, il est irréparable en ce sens qu'on ne pourra pas aller récupérer l'intérêt des clients. »

« p. 223 Dans notre cas - et c'est ce que maître Sarault allègue - on veut une baisse tarifaire pour les clients immédiatement. Si on a gain de cause en révision, ce que ça veut dire à ce moment-là, c'est qu'il faudra retourner aux clients - ce qui est très désagréable au niveau marketing puis au niveau approche vis-à-vis nos clients - pour leur dire. »

« p.224 Et là, le préjudice irréparable, puis c'est très difficile à quantifier parce qu'en plus des coûts reliés au travail interne de refacturation, de renvoi des factures, d'appels des clients, comment voulez-vous évaluer? Parce que les clients, je comprends que les membres de l'ACIG sont peut-être plus sophistiqués, mais il y a beaucoup d'autres clients, cent cinquante mille (150 000) clients, je ne sais pas combien il y en a de résidentiels, puis en tout... moi le premier, je serais perdu un moment donné recevoir trois factures : baisse rétroactive, hausse rétroactive, on recommence!

Et comment va-t-on réussir à aller rechercher auprès de ces clients-là l'intérêt qui n'aurait pas été, à ce moment-là, obtenu par l'entreprise, par le distributeur. »

« p. 225 Il me semble que la balance des inconvénients, le troisième critère de R.J.R. MacDonalds et de Metropolitan Stores, il est flagrant qu'il est dans le sens du côté pratique et toutes les associations de clients, je pense en partant, l'ACIG depuis des

années, a toujours été d'accord à minimiser le jeu de yo-yo avec les clients : on baisse, on monte, on baisse rétroactivement, on essaie de faire ça toute d'une seule fois, pour être le plus efficace, pratique et le moins coûteux pour tout le monde. »

« p.228 Alors, là-dessus, tout ce qu'il y aurait, c'est un remboursement plus important pour les clients, baisses de tarifs avec un intérêt plus élevé, il n'y a pas de perte pour les clients. »

POSITION DE L'ACIG

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p.199

« Ce n'est pas quantifié mais c'est probablement quantifiable. C'est parce que si vous calculez l'impact des ordonnances qui sont attaquées, qui sont dans la décision D-99-11, je pense que, de mémoire, l'effet net de la décision D-99-11, tel que je l'avais calculé, eux autres, ils demandaient huit millions (8 M\$) d'augmentation sur le revenu requis puis je pense qu'avec les coupures de la Régie au niveau du taux de rendement puis des dépenses d'exploitation puis des autres items, même ceux qui ne sont pas attaqués, je pense que j'arrivais à onze, douze millions (11 M\$ - 12 M\$) de coupures par rapport à une augmentation de huit (8 M\$), ce qui nous laisserait une réduction tarifaire nette d'à peu près trois, quatre millions (3 M\$ - 4 M\$); règle du pouce, là, tenez-moi pas rigueur de mon calcul.

Alors, évidemment, ces réductions-là, on les aurait vues sur nos factures, rétroactivement au premier (1er) octobre mil neuf cent quatre-vingt-dix-neuf (1999) puis là, elles ne sont pas là. Bon. C'est ça, le préjudice. »

POSITION DU RNCREQ

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p.271-272

« La grille tarifaire aurait dû être déposée, là j'en arrive au sursis, puisqu'une décision avait été rendue et qu'il n'y a rien vraiment dans la loi, malgré l'article 34, qui permette de surseoir à quelque chose d'aussi fondamental et d'important que la grille tarifaire.

Qu'on la produise sous protêt, c'est une chose, mais qu'on ne produise rien du tout et que ça nuise même non seulement au présent dossier et à ce que devront vivre les consommateurs, mais que ça nuise à d'autres dossiers, je pense que c'est inacceptable et que la Régie devrait réagir - je vous laisse la discrétion à ce niveau-là - pour que les grilles soient déposées et pour que vos ordonnances, lorsqu'elles sont rendues, soient respectées. Merci. »

OPINION DE LA RÉGIE SUR LA DEMANDE DE SURSIS

Comme il s'agit d'une évaluation préliminaire et provisoire du fond du litige, et comme on allègue des manquements aux règles de la justice naturelle qui sont d'ailleurs retenus en partie, la Régie estime que la requérante remplit les exigences du premier critère sur l'apparence de droit.

Quant au préjudice sérieux ou irréparable, la preuve dévoile que s'il n'y a pas de sursis la requérante aura un préjudice de nature non monétaire de devoir faire des factures explicatives qui seraient susceptibles de ternir l'image de la requérante auprès de la clientèle, en plus d'un préjudice monétaire non évalué mais quantifiable.

Quant à la balance des inconvénients, d'une part, la requérante pourrait devoir faire deux envois explicatifs ce qui nuirait vraisemblablement à l'image et entraînerait des coûts, alors que, d'autre part, les clients seraient privés temporairement d'un retour d'argent auquel ils auraient droit, mais ce montant leur serait versé rétroactivement avec intérêts.

Compte tenu de cette analyse, la Régie arrive à la conclusion d'accorder un sursis du dépôt de la grille tarifaire pour un terme ne dépassant pas 10 jours après la décision finale sur la présente requête et ce, dans le contexte où l'audition des témoins doit se faire selon l'échéancier prévu aux conclusions.

LA CHOSE JUGÉE

La Régie considère nécessaire de disposer immédiatement d'un argument soulevé par l'ACIG à l'effet que la présente requête est irrecevable au motif de la chose jugée. Cet intervenant affirme que l'objet de la présente requête en révision a déjà été décidé par le jugement sur la rectification, soit la décision D-99-43.

L'article 2848 du Code civil du Québec traite de la chose jugée de la façon suivante :

« Art 2848 : L'autorité de la chose jugée est une présomption absolue ; elle n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement, lorsque la demande est fondée sur la même cause et mue entre les mêmes parties, agissant dans les mêmes qualités, et que la chose demandée est la même.

Cependant, le jugement qui dispose d'un recours collectif a l'autorité de la chose jugée à l'égard des parties et des membres du groupe qui n'en sont pas exclus. »

Bien que le Code civil du Québec ne s'applique pas à la présente instance, il aide à circonscrire le concept de la « chose jugée » en faisant référence à la règle des trois identités i.e. quant aux parties, à la cause et à l'objet.

LA POSITION DE L'ACIG

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p.152

« Dans les paragraphes 50 et suivants de ma réponse, je vous sou mets respectueusement qu'il y a peut-être chose jugée, peut-être pas pour le tout, mais du moins en partie de la requête en révision de Gaz Métro.

En effet, si vous lisez attentivement la lettre de monsieur Despars sur la question de la prime de risque, vous allez remarquer que l'un des motifs qu'on avait à l'époque coiffé

sous la rubrique d'erreur de calcul, était que la Régie s'était manifestement trompée dans la comparaison du profil de risque de Gaz Métro par rapport à celui de Consumers Gas en Ontario.

Si vous lisez les griefs de la requête, sous cette même rubrique-là, vous allez constater que sous le guise de la révision cette fois-ci, ou vice de fond au sens de l'article 37, on reprend fondamentalement, les mêmes arguments de fond. »

« p. 154 Identité de cause : la cause étant les griefs formulés quant au bien-fondé de la décision tarifaire, au niveau de la comparaison du profil de risque de Gaz Métro avec celui de Consumers, ce qui mènerait, selon Gaz Métro, à une prime de risque qui est trop petite; et même cause au niveau des dépenses d'exploitation, l'argument de la nécessité, et caetera, qu'on retrouvait également dans la lettre de monsieur Despars.

Et identité d'objet : l'objectif de la manœuvre, et c'est la troisième identité requise aux fins de l'argument de la chose jugée.

Alors : identité de parties, identité de cause, identité d'objet, l'objectif étant, évidemment, d'obtenir la mise de côté de ces aspects-là de la décision D-99-11 et leur rectification ou révision.

Alors, c'était, le but de la manœuvre est fondamentalement le même.

Alors, pour ces deux éléments-là qu'on retrouve à la requête, je pense qu'il y a un argument raisonnable qui peut être présenté à l'effet qu'il y a res judicata pour au moins partie de la demande. »

LA POSITION DE SCGM

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p.278 – 279

« D'abord, je pense que les décisions des tribunaux administratifs, règle générale, n'ont pas l'autorité de la chose jugée. J'ai retracé une décision, il y a une décision de la Cour suprême ...

Alors c'est la décision de la Bande indienne de Matsqui et le Conseil de bande indienne de Matsqui, une décision de la Cour suprême de mil neuf cent quatre-vingt-quinze (1995), où monsieur le juge en chef Lamer a dit, à un moment donné, à la page 25 :

« Or, il est maintenant établi que les décisions des tribunaux administratifs n'ont certes pas l'autorité de la chose jugée mais que ces tribunaux peuvent néanmoins examiner les limites de leurs compétences. »

Évidemment, ces décisions à cet égard ne doivent être entachées d'aucune erreur et la règle, et en règle générale, les cours de justice ne font pas preuve de beaucoup de retenue à l'égard de telles décisions. »

« p. 280 C'est 1995-1 RCS, page 3, et le passage que je viens de citer apparaît à la page 25 et 26 de cette décision. Je pense qu'en matière de décision des tribunaux administratifs, c'est plutôt la règle du functus officio qui s'applique, que la règle de la res judicata ou de la chose jugée, c'est un animal qui est légèrement différent, là, c'est évident que la règle du functus officio, je n'ai pas d'autorité là-dessus mais je pense que c'est assez bien connu, là. C'est que vu que, à moins que les circonstances aient changé,

évidemment, un tribunal administratif, même si c'est un tribunal administratif, ne va pas changer d'idée sur la base des mêmes faits. »

« p. 281 La Régie ajoute, elle dit que le recours en correction de l'article 38 de la Loi ne sert pas à corriger et, ouvrez les guillemets :

« ... une faute de l'esprit dans la détermination du message qu'on souhaitait communiquer mais une faute dans le choix des termes employés pour faire cette communication. »

On retrouve ça à la page 5 et 6 de la décision D-99-43. Alors l'article 38, donc selon cette décision-là, sert à corriger des lapsus ou des fautes de calcul ou de rédaction.

*Alors, si on applique la théorie du *functus officio*, la Régie a exercé sa juridiction au niveau de la demande de correction, elle ne peut pas revenir sur cet aspect du problème. Mais la requête en révision qui est devant vous touche à autre chose, touche à des vices de fond, à des contraventions aux règles de justice naturelle, alors la Régie ne s'est pas prononcée sur cet aspect du problème. »*

« p.283 ...la règle des trois identités, ça s'applique, peut-être identité de partie, mais dans le cas de, on ne peut pas dire que c'est la même cause, dans le cas de, si on est sous l'article 38, on parle de la cause de la demande en correction, c'est une erreur cléricale; si on est sous l'article 37, c'est le vice de fond.

Ce n'est même pas la même identité d'objet. Si on est sous 38, on parle de corriger; si on est sous 37, on parle de casser carrément la décision, alors... Mais, de toute façon, je pense que ça ne s'applique pas, la théorie de la chose jugée, et que ce que nous vous demandons ici, c'est quelque chose qui a été décidé par le banc qui a entendu notre demande en correction. »

OPINION DE LA RÉGIE SUR LA CHOSE JUGÉE

Que l'on prenne la théorie de la « *chose jugée* » ou la théorie du « *functus officio* », il faudra, dans un cas comme dans l'autre, se référer à la règle des trois identités pour savoir si la première décision clôt définitivement le litige de sorte qu'il n'y a plus de place pour une seconde requête.

Ici, les parties sont les mêmes.

La cause sous l'article 38 n'est pas strictement la même car même si les faits sont les mêmes, ce qui donne ouverture au recours sous l'article 38 est une « *décision entachée d'erreurs d'écriture ou de calcul, ou de quelque autre erreur de forme* »; alors que ce qui donne ouverture au recours sous l'article 37 est, selon le paragraphe 2, « *lorsqu'une personne intéressée à l'affaire n'a pu pour des raisons jugées suffisantes, présenter ses observations* » et selon le paragraphe 3 « *lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision* ». La nature des motifs n'est pas identique selon, respectivement, les articles 38 et 37.

L'objet de l'article 38 concerne la « *rectification* » alors que l'objet de l'article 37 porte sur « *la révocation ou la révision* » pour l'une des causes y mentionnées. D'ailleurs, la différence d'objet fut admise par l'ACIG lors de l'argumentation.

Notes sténographiques du 14 mai 1999, p. 202

« *Oui, je le reconnais. Je le reconnais, je pense que mes propos là-dessus, c'est que si la Régie n'a pas vu d'erreur de calcul ou matérielle sur essentiellement les mêmes griefs, à plus forte raison, je vois mal un vice de fond ou quelque chose de plus grave. Je vous le dis, c'est les mêmes arguments qu'ils répètent quasiment mot pour mot dans leur requête puis la Régie a dit : On ne voit pas d'erreur là-dedans? Je ne vais pas plus loin.*

Mais vous avez raison, effectivement, l'objet précis, pointu de la décision D-99-43, ce n'était pas une requête en révision au sens de l'article 37, ce n'est pas mon seul argument non plus. »

Quant à savoir si la théorie de la chose jugée peut être invoquée en droit administratif, voici ce qu'en dit le professeur Jean-Claude Royer :

Jean-Claude Royer, La preuve civile, 2e édition, Éditions Yvon Blais, 1995 p. 466 à 468

« *La Cour suprême du Canada a cependant affirmé que les décisions des tribunaux administratifs concernant les limites de leur compétence n'ont pas l'autorité de la chose jugée⁴.* »

« *797 – Jugement administratif – La règle de l'autorité de la chose jugée s'applique aux jugements finals, définitifs et contraignants, qui sont rendus par des tribunaux administratifs ou par des arbitres qui tranchent contradictoirement des litiges⁵. Ce principe est également reconnu en droit français⁶. Toutefois, une décision administrative déclarant un immeuble exempt de toute taxe foncière n'a pas l'autorité de la chose jugée, si la loi prévoit expressément qu'une commission possède le pouvoir de révoquer sa décision⁷.* »

En somme, selon ce professeur, la théorie de la chose jugée n'existe pas en droit administratif lorsqu'il s'agit d'une décision concernant la compétence d'un tribunal. Mais elle s'applique au droit administratif si la décision est finale, définitive et contraignante, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle est sujette à révision. Après la

⁴ *Canadian Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, J.E. 95-932 (C.S.C.).

⁵ *Jeno Neuman & Fils Inc. C. Tribunal du travail* [1994] R.J.Q. 2321 (C.S.); *Papillon c. Commission scolaire de Portneuf*, J.E. 93-1693 (T.D.P.Q.); *Cheftechi c. Esposito*, J.E. 92-133 (C.A.); *Syndicat indépendant des travailleurs du papier de la Mauricie, Local 1 c. Consolidated Bathurst Inc.*, J.E. 90-392 (C.A.); *Proulx c. Automobiles Rallye Ltée*, [1989] R.J.Q. 2184 (C.S.); *Taran c. Société immobilière (Canada) Inc.*, J.E. 85-1073 (C.S.); *Brassard c. Centre Hospitalier St-Vincent de Paul*, J.E. 84-106 (C.S.); *Syndicat des employés de l'Université de Montréal c. Durand*, J.E. 83-736 (C.S.); *Jean c. Compagnie de Papier Q.N.S. Lté*, [1982] R.P. 102 (C.S.); *contra: Tuyautec Inc. c. Office de la construction du Québec*, D.T.E. 90T-210, J.E. 90-331 (C.A.); *Union des employés(ées) de service, Local 800 (298), F.T.Q. c. Larouche*, D.T.E. 89T-508, J.E. 89-853 (C.S.)

⁶ D. TOMASIN, *op. cit.*, note 33, n^{os} 8-10.

⁷ *Montréal (Ville de) c. Centre Immaculée Conception Inc.*, [1993] R.J.Q. 1376 (C.A.).

révision, cependant, elle acquiert sa présomption irréfragable de la « chose jugée ». Elle aurait pu être soulevée après l'expiration d'un délai, mais il n'existe pas de délai pour la présentation d'une requête en révision.

Bien sûr, si la décision est homologuée en Cour supérieure tel que prévu à l'article 39 de la Loi, il y a chose jugée selon la conception traditionnelle puisqu'il s'agit d'une décision de la Cour supérieure.

Dans le présent cas, l'irrecevabilité basée sur la théorie de la chose jugée doit être rejetée car la cause et l'objet de la présente demande ne sont pas les mêmes que ceux traités dans la décision D-99-43.

ANALYSE DE L'ARTICLE 37 DE LA LOI SUR LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE

La requérante invoque l'article 37 alinéa 1, paragraphe 2 et 3, de la Loi pour demander la révision de la décision D-99-11.

1- L'ARTICLE 37 ALINÉA 1, PARAGRAPHE 2

Le paragraphe 2 de l'article 37 vise le cas classique de la révision pour cause de violation à la règle de justice naturelle « *audi alteram partem* ».

SCGM invoque le paragraphe 2 pour soutenir son point à l'effet qu'elle n'a pas été entendue sur la pondération :

Article 37

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

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

Dans sa requête SCGM mentionne que :

« 18. *La Régie a d'abord erré en fait et en droit en introduisant dans sa méthodologie une donnée non mise en preuve, i.e. une pondération 80 %- 20 % entre les études statistiques canadiennes et américaines sur les primes de risques constatées dans le marché (aux pages 45 et 46 de R-2);*

19. *La Requête n'a donc pas pu être entendue sur cet aspect de la méthodologie ayant mené à l'établissement de l'aspect fondamental de la formule devant servir à l'établissement du Taux de rendement de la Requête, non seulement pour l'année tarifaire en cours (1998-1999), mais pour les trois prochaines années tarifaires; »*

Lors de l'argumentation, seule la requérante a spécifiquement mentionné l'article 37-2 de la Loi, et voici les passages où elle en fait mention :

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 94

« Alors, en d'autres mots, le fait d'avoir utilisé des données, en plus d'enfreindre les... dans le fond, ça veut dire que le fait d'avoir utilisé des données non mises en preuve, en plus de constituer une infraction aux règles de justice naturelle qui est révisable en vertu de l'article 37.2, c'est également, ça constitue en soi un vice de fond qui serait révisable en vertu de 37.3. »

OPINION DE LA RÉGIE SUR L'ARTICLE 37-2

Le paragraphe 2 de l'article 37 vise le cas classique de la révision pour cause de violation à la règle de justice naturelle « *audi alteram partem* ».

Reste maintenant à savoir si la requérante a été dans les faits victime d'une violation à la règle de justice naturelle « *audi alteram partem* » et si, comme elle le prétend, la Régie a décidé sur un point qui n'était pas soumis en preuve. Ce que nous verrons dans l'étude de la « *pondération 80/20* ».

2- L'ARTICLE 37 ALINÉA 1, PARAGRAPHE 3

SCGM invoque le paragraphe 3 pour les motifs concernant l'apparence d'accroc à la règle de l'indépendance, le taux de rendement et l'inflation.

Article 37

*« La Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue:
3° lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision. »*

L'analyse porte d'abord sur le vice de fond et ensuite sur la question à savoir s'il est de nature à invalider la décision

LE VICE DE FOND

Ce paragraphe (ou son équivalent) existe dans plusieurs lois et a fait couler beaucoup d'encre. Toutefois, la Cour d'appel a rendu un jugement dans lequel elle retient que le vice de fond doit être « *fondamental et sérieux à tel point qu'il invalide la décision* ».

*Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc. c. Régie des Alcools, des Courses et des Jeux [1996]
R.J.Q. 608 (CA)*

“p. 613 The Act does not define the meaning of the term «vice de fond» used in Sec. 37. The English version of Sec. 37 uses the expression «substantive....defect». In context, I believe that the defect, to constitute a «vice de fond», must be more than merely «substantive». It must be serious and fundamental. This interpretation is supported by

the requirement that the «vice de fond» must be «... de nature à invalider la décision». A mere substantive or procedural defect in a previous decision by the Régie would not, in my view, be sufficient to justify review under Sec. 37. A simple error of fact or of law is not necessarily a «vice de fond». The defect, to justify review, must be sufficiently fundamental and serious to be of a nature to invalidate the decision.”

“p.615 Accordingly, the Régie's conclusion, in its second decision, that the panel, in its first decision, had failed to take into account that Métro- Richelieu was a grocery permit holder and that this constituted a vice de fond or substantial defect within the meaning of Sec. 37 constituted an error in jurisdiction, and, in my view, a manifestly unreasonable error at that. On any standard of review, this error justified review and intervention of the Superior Court.”

POSITION DE SCGM

La requérante explique sa position en faisant référence d’abord à un dictionnaire sur les différents termes utilisés à l’article 37 de la Loi.

Ensuite, la requérante cite différentes décisions dont les plus significatives au soutien de sa position sont les suivantes :

« p. 94 Alors, je passe rapidement là-dessus. Toujours dans des illustrations de ce que constituent des vices de fond, à l'onglet 12... non, O.K., je vous amène à l'onglet 13 plutôt, également une cause de la Commission des affaires sociales. Alors, dans cette affaire, on dit :

« Un vice de fond doit nécessairement comporter une erreur importante et sérieuse dans le contenu d'une décision. Cette erreur doit être telle qu'elle rend la décision invalide. Le fait d'écarter l'application d'une règle de droit... »

Puis là, on cite l'article 24 qui est au même effet que notre article 37. On dit, un peu plus bas :

Un survol de la jurisprudence de la Commission permet de constater que l'absence totale de motivation a été assimilée à un vice de fond pouvant donner ouverture à la révision de la décision.

La Commission a aussi décidé qu'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits, lorsque celle-ci constitue le motif réel de la décision ou qu'elle joue un rôle déterminant, pouvait donner ouverture à la révision et constituer un vice de fond. »

« p. 96 Page suivante, on dit :

« Le contenu de la notion de vice de fond a été longuement étudié dans un arrêt de la Cour supérieure rendu le 22 février 1989 par le juge Bernard Flynn. »

C'est l'arrêt de Bergeron.

« Selon la Commission, la notion de vice de fond dit nécessairement référer à une erreur importante et sérieuse dans le contenu d'une décision. Cette erreur doit être d'un tel caractère qu'elle doit rendre le jugement invalide. La Commission croit

que l'erreur doit être tellement importante qu'elle doit nécessairement entraîner la nullité de la décision elle-même. »

Nous, c'est exactement le cas en ce qui concerne le taux de rendement, puis la prime de risque, on vous soumet, là, qu'il y a là une erreur importante, sérieuse et déterminante.

L'autre décision onglet 17, c'est une décision qui concerne Gaz Métropolitain, ...

Alors, la Régie, dans la décision, dit ceci :

« p.102 De l'avis de la Régie, la décision D-97-28 doit, tel que demandé par SCGM, être révisée. En effet, la Régie, par la façon dont elle a formulé une de ses conclusions, a excédé sa compétence en restreignant, sans que cela lui soit demandé, les droits de la demanderesse d'acquérir par expropriation les droits de passage et les servitudes qui lui sont nécessaires pour construire la conduite par ailleurs autorisée. Rien dans le dossier ne permet de croire que la Régie a sciemment voulu faire cette restriction au droit statutaire de SCGM. Celle-ci a, par sa rédaction, mis de côté les dispositions de la Loi sur la Régie de l'énergie, sans motivation et sans même que les parties aient eu l'occasion d'exprimer leur point de vue sur cet aspect de leur décision ».

Alors, on voit que la Régie considère qu'il y a un vice de fond du fait de restreindre les droits du distributeur.

Alors nous, on dit que le vice de fond qu'on allègue, découle d'une mauvaise application de la loi sur une question importante, la détermination du taux de rendement des actionnaires. »

POSITION DE L'ACIG

Notes sténographiques du 14 mai 1999

« p. 125 Il existe, comme mon confrère l'a déjà souligné, un ensemble de décisions déjà sur la question de la notion de vice de fond. Certaines décisions ont parlé d'accroc sérieux et grave, d'autres, de défaut inhérent, certaines, d'irrégularité majeure et finalement, de défaut sérieux et fondamental, donc différents mots, différentes expressions pour exprimer un concept qui est relativement clair, j'aime bien l'expression « accroc sérieux et grave », c'est celui que je retiens. Il y a également celui retenu par la Cour d'appel qui est similaire, le « défaut sérieux et fondamental ». Je vous soumetts que ça se ressemble. »

« p. 130 Ça m'amène pour terminer sur ce point rapidement à l'onglet 17 du cahier de mon confrère, de Gaz Métro. L'onglet 17, Gaz Métro produit une décision de la Régie où, dans ce cas-ci, contrairement aux quatre décisions que je viens de vous citer, la Régie a révisé une décision préalablement rendue.

Dans ce cas-ci, ce qui est arrivé, c'est que la décision, la première décision de la Régie, avait carrément nié un droit que Gaz Métro avait aux termes de la loi. En fait, on avait complètement omis ou ignoré la possibilité pour Gaz Métro d'exproprier les propriétaires riverains comme lui permet la loi. »

« p.131 Le but de l'article 37 est bien simple. C'est que le législateur veut éviter que, par là, on demande la révision, en fait que la révision devienne un appel déguisé. Et nous vous soumettons avec respect que c'est ce que tente de faire Gaz Métro en

l'instance. Elle n'est pas satisfaite de la décision. Peut-être. Ça se comprend dans une certaine mesure. Mais ce n'est pas une raison pour autant que de tenter d'en appeler par l'entremise de la révision.

Avec respect évidemment, vous ne pouvez substituer votre opinion ou votre appréciation au premier banc. Votre rôle se limite donc à déterminer s'il y a ou non vice de fond. On ne peut pas reprendre le débat au complet et réentendre l'ensemble ou revoir l'ensemble de la preuve, parce que cela serait finalement permettre un appel déguisé, ce qui est clairement proscrit par la jurisprudence. »

POSITION DE L'ARC/OC

Notes sténographiques du 14 mai 1999

« p. 230 Maître Lassonde dans son argumentation, à la fin, abordant son cahier d'autorités et faisant référence à la décision qui est à l'onglet 16 de son cahier, la décision D-89-03, avait dit oui, mais la Régie, pour répondre à l'argument, notre argument là, l'argument de maître Pepin, me citant, avait dit : la Régie avait déjà déterminé que l'erreur de droit simple est un motif de révision.

Je désire tout de suite vous indiquer que cette ancienne décision de la Régie du gaz naturel est incorrecte, sur ce point. Je vais y revenir plus avant, mais immédiatement je veux attirer votre attention sur deux autorités beaucoup plus récentes qui démontrent le contraire.

Il y a premièrement le livre du professeur Ouellette qui a été cité tant par Gaz Métropolitain que par nous, aux pages 506 et 507, qui indique bien que lorsque le législateur a changé les clauses relativement à la révision et qu'il a changé de la révision pour cause à la révision pour motif, telle que nous l'avons, dont le vice de fond pouvant invalider la décision, c'est pour objectif d'empêcher justement que la révision ait lieu pour une cause d'erreur de droit. »

« p. 231 Puis finalement, la Cour d'appel, une autorité a fait l'autorité supérieure au Québec sur ces matières-là, a déjà déterminé dans sa décision Métro-Richelieu - et là, on trouve le passage pertinent aux pages 613, 614, on a déjà attiré votre attention là-dessus ce matin - et dans cette décision-là, la Cour d'appel dit :

« 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. »

La simple erreur de droit qui donnerait lieu à l'appel ne donne pas ouverture à révision, puis comme il n'y a pas d'appel, on comprend bien que ce qui en découle de ça, c'est que la Régie peut se tromper, mais ce n'est pas ça le test. »

« p.232 Le test, avant qu'on révise une vos décisions, c'est que la décision soit viciée fondamentalement, qu'elle soit déraisonnable, qu'il y ait un obstacle important dans la décision.

L'objectif, c'est pas d'obtenir l'opinion du présent banc sur la question, on a déjà eu l'opinion du premier banc, vous êtes là tout simplement pour contrôler la validité de la décision de vos collègues et non pas pour imposer votre propre opinion sur celle qu'ils ont déjà rendue.

Puis finalement, ce qui pourrait vous aider à distinguer l'appel déguisé d'une véritable révision, c'est qu'ici on vous demande d'apprécier les mêmes faits basés sur les mêmes règles de droit. »

POSITION DU RNCREQ

Notes sténographiques du 14 mai 1999

« p. 269 Pour qu'une erreur soit une erreur tel que 37.3 le demande « un vice de fond ou de procédure de nature à invalider la décision », ça doit être sérieux, ça doit apparaître à la face même de la décision et moi, je vous sou mets comme mes confrères vous l'ont dit, que si on regarde les pouvoirs qu'a la Régie, qui sont des pouvoirs très larges, vous avez des pouvoirs qui vont beaucoup plus loin que ceux des tribunaux administratifs ordinaires.

Alors, posez-vous la question : est-ce que c'est judicieusement et selon ces pouvoirs-là de 5 et de 49 que la décision a été rendue? Si votre réponse est oui, vous devez rejeter les demandes de mes confrères. »

DE NATURE À INVALIDER LA DÉCISION

Comme la requête mentionne clairement être en accord avec certaines parties de la décision et en désaccord avec d'autres, la question se pose de savoir si l'expression « de nature à invalider la décision » à l'article 37 signifiait que le vice de fond doit être de nature telle qu'il rende nulle toute la décision ou partie seulement de la décision. À cette question, les parties ont répondu de la façon suivante :

POSITION DE SCGM

Notes sténographiques du 14 mai 1999

« p. 210 Bien, peut-être pour répondre à la dernière question, là... On a fait une analyse très attentive de la jurisprudence, il n'y a pas de réponse, en jurisprudence, précise à votre question. »

« p. 211 Il faut dire que dans, c'est vrai que c'est un animal un peu particulier, une décision tarifaire; d'ailleurs, la Régie le dit au tout début de sa décision, à la page 67 : « dans son ensemble, un total de quarante-six (46) éléments décisionnels », il y a quarante-six (46) éléments décisionnels dans la décision.

« Décider de fixer... » puis la Régie prend plusieurs décisions parce qu'elle a un pouvoir de fixer les tarifs, fixer le taux de rendement; alors, fixer le taux de rendement, bien, c'est une décision en soi importante. Ça ne serait peut-être pas tellement... en tout cas, pour répondre à votre question, je n'en ai pas vu. On a regardé attentivement la jurisprudence, je n'en ai pas vu.

Mais je pense qu'il y a, il faut faire aussi peut-être une différence entre réviser ou révoquer, on ne demande pas de révoquer toutes les décisions, l'article 37 parle de réviser ou révoquer; là, on demande vraiment de réviser un aspect très important d'un des quarante-six (46) éléments décisionnels. »

« p. 212 Ça serait probablement assez lourd que de dire, parce qu'il y a un problème là, de tout balancer, révoquer toute la décision, là; je pense bien qu'on n'aurait peut-être pas de problème de tout recommencer mais, je veux dire, c'est un, ça serait un peu lourd, il me semble, alors que j'ai dit en introduction que premièrement, Gaz Métropolitain était satisfaite de la, en grande partie, de l'ensemble des éléments qui ont été décidés dans cette décision-là.

Alors il n'y a pas de, je dois vous dire, on est un peu pionnier, il n'y a pas de décision précise à ce niveau-là mais je pense que vous devriez être à l'aise de considérer que la décision sur le taux de rendement, c'est un des quarante-six (46) éléments décisionnels, de vous faire une idée à savoir s'il y a oui ou non un problème à ce niveau-là et de ne pas révoquer toute la décision mais de réviser cet aspect de la décision. »

POSITION DE L'ACIG

Notes sténographiques du 14 mai 1999

« p. 208 Écoutez, je vais vous répondre bien candidement là-dessus. Une décision tarifaire, ce n'est pas comme une décision sur une plainte ou une action en justice où on donne raison à une partie puis l'autre perd. Il n'y a pas vraiment de gagnants puis de perdants là-dedans puis il y a plusieurs éléments.

La Régie fixe des tarifs puis il y a toutes sortes d'éléments qui sont pris en ligne de compte, les projections de vente, les projections de revenus par catégorie tarifaire, les budgets de dépenses d'exploitations, budgets de dépenses d'immobilisation, budgets de coûts en capital, coûts de la dette, coût de, le rendement sur l'avoir des actionnaires.

Alors, la Régie se prononce sur une foule d'éléments aux fins d'établir le revenu requis puis la répartition des revenus requis entre chaque catégorie tarifaire puis on peut imaginer autant de griefs qu'il y a, finalement, de décisions dans une cause tarifaire, dans tout ce processus d'analyse budgétaire qui mène au tarif. »

« p. 209 Et je pense que nécessairement, ça serait presque toujours partiel. Je pense que pour être honnête, en droit, je pense qu'on pourrait probablement interpréter 37 comme permettant révision d'une partie d'une décision qui ne fait absolument aucun sens. »

POSITION DE CAMSSS

Notes sténographiques du 14 mai 1999

« p. 261 Enfin, vous avez posé, cher confrère, la question de l'invalidation totale ou partielle de l'article 37.3. Loin de moi l'idée de nier qu'une cause tarifaire est très complexe, c'est qu'il ne s'agit pas tout simplement d'établir si monsieur ou madame une telle a une incapacité de vingt (20 %) ou de trente pour cent (30 %) ou si un tel, à cause de tel genre d'accident ou de maladie, est admissible à telle prestation, est-ce que c'est une maladie industrielle, est-ce que c'est un accident de travail, d'accord, c'est beaucoup plus complexe que ça.

Mais il me semble cependant que lorsqu'on demande la révision d'une décision pour un vice de fond, pour un vice de procédure, il doit être assez fondamental pour vicier de façon très sérieuse le processus lui-même ou la décision elle-même. »

« p. 262 Et je vous suggère que rien n'a été fait qui nous montre qu'effectivement le vice de procédure, s'il en est un, ou le vice de fond, s'il en est un, est sérieux au point d'avoir l'effet de tout annuler. »

« p. 265 C'est vrai qu'une cause tarifaire a plusieurs aspects mais dans l'aspect « taux de rendement » et dans l'aspect « grille tarifaire », ça, elle est liée, elle est une. On ne peut pas vraiment regarder l'une sans l'autre. L'une, c'est les besoins qu'elle regarde, un des aspects, c'est les besoins; l'autre aspect, c'est de voir qui va payer pour.

Alors, ce n'est pas aussi simple que ça. On ne peut pas toucher facilement à quelque chose sans regarder l'effet que ça a. ...

Alors, il faut donc regarder ça comme un tout et bien que ce que l'on reproche est un aspect seulement de la cause tarifaire, ça a des implications sur bien d'autres choses. Merci. »

POSITION DU RNCRQ

Notes sténographiques du 14 mai 1999

« p. 270 Donc, si une partie de la décision qui ne touche que le distributeur et qui n'est pas une faute flagrante apparaissant à même la décision comme une injustice, là, épouvantable et dont on ne saurait pas d'où elle vient, alors qu'ici, on voit, l'analyse est faite dans la décision, on en vient à la conclusion de prendre quatre-vingts pour cent (80 %), vingt pour cent (20 %).

Vous devriez, à ce moment-là, demander que le Banc révise la décision au complet pour qu'on ait une décision juste et équitable.

La grille tarifaire, les tarifs, vont être affectés par votre décision. Si les tarifs sont affectés, l'intention du banc qui a rendu une décision fixant le tout à un certain niveau, son intention était que les consommateurs paient un certain montant en bout de ligne, que les montants disponibles soient administrés également d'une certaine façon. »

« p. 271 Alors, si vous changez une partie de la décision, vous devez, à ce moment-là, permettre de tout changer. »

OPINION DE LA RÉGIE SUR L'ARTICLE 37-3

En ce qui concerne l'article 37-3, la Régie retient que le vice de fond doit être de nature fondamental et à ce point sérieux qu'il soit de nature à invalider la décision ou une partie de la décision, à moins que la partie attaquée soit à ce point reliée à l'ensemble de la décision qu'elle entraîne avec elle la nullité de l'ensemble de la décision, ou à ce point liée à d'autres parties de la décision qu'elle entraîne avec elle la nécessité de réviser plusieurs parties de la décision attaquée. C'est ce qui permet de distinguer la révision de la révocation, distinction faite dans la loi et sur laquelle certaines parties ont attiré l'attention de la Régie. Dans une cause tarifaire, la Régie se

prononce sur plusieurs chefs de réclamations, une quarantaine dans le présent dossier. Le critère de l'erreur simple de fait ou de droit ne saurait être retenu afin de respecter l'intention du législateur à l'effet qu'il n'y a pas d'appel des décisions de la Régie (art. 40).

Yves Ouellette, Les Tribunaux administratifs au Canada, Procédure et preuve, Les Éditions Thémis, 1997.

« p. 506 Il arrive que le législateur choisisse de limiter le domaine de réexamen par une énumération des causes et circonstances donnant ouverture au réexamen. Ce régime légal de réexamen semble particulier au Québec.

D'abord, une telle énumération est évidemment interprétée de façon limitative et viserait à écarter l'erreur de droit comme motif des réexamen, même dans le cas de décisions ne pouvant faire l'objet d'un appel »

« p. 508 À vrai dire, le réexamen dans ce cadre étroit ne doit pas être une répétition de la procédure initiale ni un appel sur la base des mêmes faits et arguments, ce serait trahir la volonté du législateur que de l'exercer sans motif de droit ou de fait nouveau ou sans raison sérieuse. »

« p. 518 Mais en droit administratif, la coexistence du réexamen et de l'appel est problématique, car le domaine du réexamen est plus large que celui de la rétractation de jugement. N'a-t-on pas affirmé que l'appel est « le recours tout indiqué au cas d'erreur de droit » (François Nolin Ltée c. Commission des relations de travail du Québec [1968] R.C.S. 168) »

En l'occurrence, l'article 40 de la Loi prévoit :

« Les décisions rendues par la Régie sont sans appel. »

Examinons maintenant chacun des motifs invoqués au soutien de la demande de révision.

LA PONDÉRATION DES ÉTUDES SELON LE FACTEUR 80/20

La partie de la décision D-99-11 qui fait l'objet d'une demande de révision est le passage suivant :

« p. 45-46 De plus, la Régie pondère les cinq méthodes soumises par SCGM pour estimer la prime de risque du marché avec des facteurs de 80 % pour les études canadiennes et 20 % pour les études américaines. Cette pondération résulte en une prime de risque du marché de 6,44 % »

POSITION DE SCGM

SCGM prétend que la Régie a enfreint les deux principales règles de la justice naturelle, soit d'une part celle relative à l'audition des parties (*audi alteram partem*)

et, d'autre part, celle de l'apparence de justice dans le contexte de la règle à l'effet que le décideur doit être celui qui entend la cause « he who decides must hear ».

Le ratio 80/20 est un paramètre qui entre dans la composition du taux de rendement raisonnable pour pondérer l'importance accordée aux études américaines par rapport aux études canadiennes.

La Loi attribue à la Régie le pouvoir de fixer un tarif en permettant notamment un taux de rendement raisonnable :

Article 49

*« Lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif, la Régie doit notamment:
3° permettre un rendement raisonnable sur la base de tarification du distributeur; »*

Article 51

« Un tarif ne peut prévoir des taux plus élevés ou des conditions plus onéreuses qu'il n'est nécessaire pour permettre, notamment, de couvrir les coûts de capital et d'exploitation, de maintenir la stabilité de l'entreprise et le développement normal des équipements de production d'électricité, d'un réseau de transport et de distribution, ou d'assurer à un distributeur un rendement raisonnable sur sa base de tarification. »

SCGM explique la fixation du taux de rendement en ces termes :

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 32 à 35

« Donc, fixer un taux de rendement raisonnable sur la base de tarification du distributeur, comme le prévoit l'article 49 et 51 de la loi, implique en pratique d'accorder à l'actionnaire un rendement acceptable, bien fondé, un rendement qui rencontre ses attentes comme investisseur. Quel est le rendement raisonnable, acceptable auquel s'attend un investisseur qui achète des actions ou des parts de Gaz Métropolitain? Bien, la réponse, c'est que ça dépend de la réalité des marchés financiers, c'est-à-dire du niveau de risque qu'implique un placement en actions dans Gaz Métropolitain à un moment donné.

Puis le niveau de risque d'un placement en actions dans Gaz Métropolitain dépend à son tour premièrement du niveau de risque d'un placement en actions par rapport à un placement en obligations, placement plus conservateur. Ça dépend du niveau de risque d'un placement dans la distribution du gaz par rapport à un placement ailleurs dans le marché, dans d'autres industries. Et ça dépend du niveau de risque de Gaz Métropolitain par rapport à un autre distributeur de gaz. Alors, l'investisseur fait cette démarche, cette analyse-là.

Alors, dans ce contexte, une formule élaborée à partir de la méthode prime de risque s'est avérée un instrument utile, simple pour justement refléter les attentes des investisseurs pour savoir quelle prime ou quel rendement additionnel vont exiger les investisseurs pour un placement en actions par rapport à un placement plus conservateur en obligations. Puis une fois que l'investisseur a pris la décision de placer de l'argent dans des actions pour un placement dans Gaz Métropolitain par rapport à un placement qu'il pourrait faire ailleurs dans le marché, des placements en actions.

La formule pour fixer le taux de rendement est composée des éléments suivants. Premièrement, le taux de base, c'est-à-dire, c'est une référence justement à un

placement sans risque, les Obligations du Canada, long terme. Ça, c'est le taux de base. À ça, on ajoute, au taux de base, une prime justement pour refléter le risque plus élevé d'un placement en actions par rapport à un placement dans des obligations, et pour refléter le niveau de risque propre à un placement dans Gaz Métropolitain.

Là, il y a une petite subtilité. Puisque la prime de risque varie, que la prime de risque exigée par un investisseur pour un placement en actions varie selon le niveau des taux d'intérêt obligataires, on inclut dans la formule un facteur d'élasticité qui est appliqué à la prime de risque pour la faire varier en fonction de la fluctuation des taux d'intérêt obligataires.

Alors, c'est ça que la Régie a mis sur pied cette année. Il n'y a pas d'erreur. Il n'y a pas de controverse sur le choix de la méthode prime de risque. La méthode est simple, utile et se prête très bien à une utilisation dans une formule pour fixer le taux de rendement sur l'avoir des actionnaires. On s'entend très bien sur le taux de base, c'est-à-dire le taux projeté des Obligations long terme Canada pour cette année, quatre-vingt-dix-huit (98), quatre-vingt-dix-neuf (99), lequel taux était de cinq virgule sept cent cinquante-neuf pour cent (5,759 %). Pas de controverse là-dessus, on s'entend là-dessus.

On s'entend également sur le facteur d'élasticité de la prime de risque ... »

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 38

« La Régie a établi cette prime de risque, là, à trois virgule quatre-vingt-quatre pour cent (3,84 %) à partir d'une analyse qui a été basée essentiellement sur les éléments suivants, là : premièrement, les statistiques des primes de risque constatées dans le marché canadien et américain; deuxièmement, une comparaison du risque global de l'entreprise de Gaz Métropolitain par rapport à d'autres entreprises ailleurs au Canada et aux États-Unis; c'est ce que les spécialistes en finances appellent le bêta, la recherche du bêta de Gaz Métropolitain; et troisièmement, la Régie a procédé à une vérification des primes de risque accordées par des organismes de réglementation à des entreprises de distribution de gaz ou de transport par pipeline. »

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 39

« Alors, les statistiques qui ont été compilées par les experts dans le dossier tarifaire arrivaient aux données suivantes. Le docteur Morin, qui était l'expert de Gaz Métropolitain, arrivait à une prime moyenne du marché de six virgule cinquante pour cent (6,50 %). Il utilisait une méthode, une moyenne arithmétique. Et le docteur Waters, qui témoignait pour l'ACIG, est arrivé à une moyenne de quatre virgule cinquante pour cent (4,50 %), parce que lui utilisait une moyenne géométrique. »

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 40

« Finalement, la Régie a retenu l'approche du docteur Morin à l'effet qu'il fallait faire une moyenne arithmétique des résultats des études de primes de risque, là, mais a pondéré les résultats statistiques en accordant une importance de quatre-vingts pour cent (80 %) au résultat des études canadiennes et de vingt pour cent (20 %) aux études américaines.

Le fait de pondérer comme ça les résultats avait un effet important sur la prime de risque du marché - et, rappelons-nous, la prime de risque du marché, c'est la base de notre édifice, là, sur lequel on construit - c'est passé de six virgule cinquante (6,50 %) à six virgule quarante-quatre (6,44 %), c'est quatre points. »

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 41

« Nous n'avons pas eu l'opportunité, là, de présenter nos observations sur la question de la pondération des primes de risque, premièrement, puis deuxièmement, il y a un vice de fond quant à la manière dont cet élément a été introduit au dossier, c'est-à-dire que la décision laisse appréhender que la Régie soit allée emprunter cet élément de preuve dans un autre dossier et ce vice de fond est de nature à invalider cet aspect de la décision en vertu de l'article 37.3 de la loi. »

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 43

« Cependant, cependant avant de retenir la thèse d'un expert dans un autre dossier, la Régie aurait dû au moins demander à Gaz Métropolitain ou à ses experts : bien, que pensez-vous de l'approche du témoin McShane dans l'autre dossier à l'effet qu'on devrait pondérer les statistiques et donner une importance de quatre-vingts pour cent (80 %) aux statistiques canadiennes et de vingt pour cent (20 %) aux statistiques américaines. »

Ainsi, la requérante soulève un problème d'apparence de justice à l'effet que non seulement justice doit être rendue mais aussi que justice paraisse manifestement et indubitablement être rendue quant à la pondération. Elle soulève le fait que la Régie a rendu à la même époque une autre décision concernant la société Gazifère (pièce R-7). Le témoin expert dans cet autre dossier, Mme McShane avait, dans son témoignage, abordé l'aspect d'une pondération selon un facteur de 80/20. Voici les paragraphes de la requête de SCGM sur le sujet :

« 20. De plus, la Requête a des motifs raisonnables de croire que les régisseurs ayant rendu la décision R-2 ont conféré, pendant le délibéré ayant mené à la décision R-2, avec leurs collègues régisseurs ayant entendu la demande tarifaire 1999 de Gazifère inc., sur la question du Taux de rendement ;

21. Les appréhensions de la Requête découlent, entre autres, du fait que la question de la pondération des études statistiques de primes de risque canadiennes et américaines, bien que non mise en preuve ou plaidée dans le dossier tarifaire de la Requête (R-3397-98), l'a été dans le cours de l'audition de la demande tarifaire de Gazifère inc., tel qu'il appert notamment aux pages 22, 24 et A-6 de la pièce GI-19, document I de la Requête 3406-98, soit l'opinion de l'expert de Gazifère inc., Mme Kathleen C. McShane, jointe à la présente sous la cote R-6 ;

22. Les appréhensions de la Requête à l'effet qu'elle n'aurait pas été jugée uniquement par les régisseurs ayant entendu la preuve à son dossier tarifaire et qu'il y aurait eu, pendant le délibéré ayant mené à la décision R-2, des communications entre les régisseurs ayant rendu la décision R-2 et la décision au dossier de Gazifère inc. (D-99-09, produite ici sous la cote R-7) sont plausibles et découlent tant des décisions R-2 et R-7 que des allégations de la requête en révision déposée par Gazifère inc. dont une copie est jointe sous la cote R-8 ;

23. Cette anomalie s'infère aisément du fait que les régisseurs ayant rendu la décision tarifaire dans le dossier de Gazifère inc. ont expressément emprunté des éléments de preuve au dossier de la Requête tel qu'il appert au premier paragraphe de la page 28 de cette décision R-7 ;

24. La Requérente a donc des motifs raisonnables d'appréhender que les régisseurs ayant entendu la demande tarifaire de Gazifère inc. ont, d'une façon ou d'une autre, participé à la décision R-2 ;

25. La Régie, en agissant ainsi ou en laissant paraître qu'elle ait pu ainsi agir, a erré en droit et a enfreint les règles de justice naturelle en suscitant chez la Requérente une appréhension légitime que sa demande n'ait pas été en tout point décidée par les régisseurs ayant entendu sa requête tarifaire; »

Enfin, SCGM supporte sa position en se référant à huit causes de jurisprudence rapportées dans un recueil à cet effet.

POSITION DE L'ACIG

Pour contrer la position de SCGM, l'ACIG prend une position en deux volets principaux. D'une part, elle soutient que la décision de la Régie sur la pondération est une question de « politique » et elle a soumis plusieurs autorités à cet effet. D'autre part, elle soutient que la Régie a pris sa décision à partir de la preuve déposée au dossier explicitement ou implicitement.

L'ACIG, après avoir mis en garde la Régie sur le concept d'appel déguisé, rappelle d'ailleurs les pouvoirs étendus de celle-ci :

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 133

« ...la Régie ne fonctionne pas comme un tribunal ordinaire.

À ce titre, j'aimerais vous amener à l'onglet 8 de notre cahier. Une décision de la Cour suprême dans Newfoundland Telephone Company Limited contre Terre-Neuve, à la page 641, colonne de droite au bas complètement, la Cour suprême nous dit, et là évidemment on a affaire à un... c'était le Board of Commission of Public Utilities, donc un organisme très similaire à la Régie de l'énergie. La Cour suprême nous dit :

« En déterminant si un tarif ou des frais sont "déraisonnables" ou "injustement discriminatoires", la Commission les apprécie en fonction de critères économiques. Dans ces circonstances, la Commission se penche non pas sur des questions juridiques, mais bien sur des questions de principe. De par la nature de son processus décisionnel, la Commission en cause se rapproche davantage des commissions administratives à vocation législative que de celles qui remplissent des fonctions juridictionnelles. »

Donc, pour cette raison, on reconnaît à un tribunal administratif, comme la Régie de l'énergie de très larges pouvoirs, notamment lors de l'enquête. Ce qui m'amène à l'onglet 10, la décision de Germain contre ministre de la Voirie, une décision de la Cour d'appel, où on constate que la Régie peut faire appel à l'expérience de ses membres, à ses services d'enquête, de documentation, d'analyse. Donc, elle n'est pas que liée par la preuve qui est faite devant elle. »

Quant à l'élément de consultation entre les régisseurs l'ACIG soutient :

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 136

« Cela m'amène au troisième point, au troisième grief soulevé par Gaz Métro, soit celui aux termes duquel on reproche des consultations durant le délibéré entre les bancs ayant entendu les causes tarifaires de Gaz Métro et de Gazifère. Encore là, je pense qu'il est important sur cette question de faire la distinction entre question de fait, question de droit et politiques. Mon confrère, j'ose espérer que je ne le cite pas erronément, a dit que du seul fait qu'il y ait de telles consultations donne lieu à un déni de justice.

Et je vous soumets que ce n'est pas le cas. La Cour suprême a reconnu le contraire. Surtout et particulièrement lorsqu'il s'agit de question de politique.

Or, nous vous soumettons que la question de la pondération entre les études statistiques canadiennes ou américaines, la question de l'établissement de la prime de risque, ce ne sont pas des questions de fait, ce sont avant tout des questions de politique. Pourquoi? Parce que la décision de la Régie à cet égard aura des répercussions non pas seulement sur Gaz Métro mais évidemment sur Gazifère et tout autre distributeur. »

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 137

« ... je vous soumets qu'il n'y a aucune preuve à cet effet et que de simples passages, qui peuvent laisser entendre que, ne sont certes pas suffisants pour donner lieu à une crainte de déni de justice. »

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 138

« De toute façon, même si c'était le cas, comme je l'ai déjà dit, même s'il y avait eu des consultations entre les deux bancs, ce ne serait pas pour autant fatal, loin de là, c'est même un principe qui est nécessaire, qui est encouragé, pour une simple et unique raison, pour éviter que deux bancs qui doivent décider d'une politique, décident de deux choses différentes.

Évidemment, ils serait quelque peu incongru que la pondération, par exemple 80/20, soit appliquée comme ça à Gaz Métro et qu'il y ait une autre pondération pour Gazifère. Ça tombe sous le coup de la logique qu'en cette matière, la Régie de l'énergie se doit d'avoir une politique uniforme et cohérente sur cette question et pour y arriver, le seul moyen, en prenant pour acquis, là, que c'est le cas, le seul moyen pour y arriver, c'est qu'il y ait de telles consultations entre régisseurs.

Donc, j'aimerais maintenant vous amener à l'onglet 14 de notre cahier, la décision de Consolidated-Bathurst Packaging Ltd, ... »

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 156 à 159

« Je vous dirai d'abord là-dessus qu'on a été entendu sur la question des données américaines par rapport aux données canadiennes. C'est quelque chose qui a fait l'objet - du moins implicitement - de la présentation qui a été faite par les experts entendus de part et d'autre.

Et pour s'en convaincre, je vous donne l'analyse ou le résumé de la preuve que la Régie relate elle-même à la page 43 de sa décision quant à ce qui a été présenté de part et d'autre, au niveau de la prime de risque. Et ça, cette citation-là, vous la retrouvez au paragraphe 59 page 11 de ma réponse. Alors, il vous dit :

« L'expert de SCGM a établi une prime de risque moyenne à partir de trois méthodes additionnelles, soit le MEAF version empirique, l'historique des distributeurs US et la prospective des distributeurs US. »

Or vous voyez, donc, ici, que pour déterminer le risque, le rendement supérieur que commande le marché de l'équité par rapport au marché obligataire, l'expert de Gaz Métro avait recours à des tests qui faisaient appel à des données américaines.

Et lorsque vient le temps de décrire l'approche qui avait été présentée par notre expert, le docteur Bill Waters, on dit, au bas de la même citation de la page 43, et je cite la Régie dans la D-99-11 :

« L'expert de l'ACIG n'a pas retenu la version empirique MEAF, ni les méthodes... ni les méthodes qui traitent des primes de risque des compagnies américaines. »

C'est donc à dire que dans les données statistiques qui étaient présentées par les experts de part et d'autre au niveau des sources de référence pour calculer la prime de risque du marché de l'équité par rapport au marché obligataire, l'expert de Gaz Métro donnait davantage de poids à des tests et des statistiques en provenance des États-Unis par rapport aux nôtres.

Et ça, c'est non seulement confirmé par la Régie mais que la Régie fait de la preuve, c'était vraiment le cas, mais aussi dans le, je vous donne, au paragraphe 60, une citation du rapport d'expertise du docteur Waters qui le dit bien :

« In arriving at this estimate... »

qui était la prime de marché en général,

« ... I gave primary weight to the fact that the average premium for the Canadian market over the period is such and such... »

Et dans la pondération à laquelle il en arrive, on voit que davantage de poids est donné aux données du Canada plutôt qu'aux données américaines, qu'il ignore, d'ailleurs, il y a deux tests qu'il ne fait absolument pas, qui sont des tests américains, qui ne sont même pas dans son échantillonnage.

Il ressort donc de la preuve d'experts présentée de part et d'autre que les experts, l'expert de Gaz Métro accordait davantage de poids aux données américaines que ne le faisait l'expert de l'ACIG. Donc c'est une réalité qui était dans la preuve et ça fait l'objet d'un extrait dans, express dans la preuve de l'expert de l'ACIG. »

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 160

« Alors, c'est une question de politique économique à vocation générale que se pose non seulement la Régie de l'énergie aux fins de la détermination de la prime de risque de Gaz Métro ou de Gazifère mais c'est une question que les autres organismes de réglementation, à chaque fois qu'ils utilisent la méthode théorique de la prime de risque, qui est répandue partout au Canada, ils se posent toujours rigoureusement la même question. »

Et, dans cette perspective, l'ACIG cite des décisions rendues par l'Office National de l'Énergie (O.N.E.) et le Conseil de la Radiodiffusion et des Télécommunications (C.R.T.C.), soit la cause RH2-94 de l'O.N.E et la cause 98-2 du C.R.T.C., tout en

référant aux paragraphes 59 et suivants de son argumentation écrite où elle cite de façon plus élaborée ces décisions.

Quant à l'impact de cette pondération, l'ACIG indique :

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p. 168

« Or, je vous cite, au paragraphe 66, pages 14 et 15, que l'exercice auquel la Régie s'est livrée au niveau de la pondération l'amène à conclure que la prime de risque du marché en général est de six point quarante-quatre pour cent (6,44 %). L'expert de Gaz Métro recommandait six point cinquante pour cent (6,50 %). La différence est de six centièmes (6/100). Si vous appliquez le bêta, parce qu'il faut appliquer le bêta pour arriver à la prime de risque après, le bêta est de cinquante-cinq pour cent (55 %), la différence, l'impact sur la prime de risque, ça devient point zéro trois trois (0,033 %), trois centièmes point trois pour cent (0,033 %) par rapport à ce que recommandait l'expert de Gaz Métro. »

La position de l'ACIG soulève les trois questions suivantes : la notion de politique, les éléments de preuve et le contexte réglementaire.

1- LA NOTION DE « POLITIQUE »

Quant aux points de droit soulevés par la requérante relativement au principe de celui qui décide doit avoir entendu la preuve et donner l'occasion aux parties d'être entendues, l'ACIG réfère à une décision de la Cour Suprême rapportée sous la référence SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd [1990] 1 R.C.S. 282.

Dans cette décision, la Commission avait à décider si l'obligation de négocier de bonne foi une convention collective exigeait la divulgation spontanée d'un projet de fermer une usine. La décision devait choisir entre deux politiques opposées. La commission en cause a convoqué une réunion plénière pour discuter de ces politiques. À la suite de cette réunion, le banc a pris une décision sur les faits de la cause en question. L'une des parties s'est portée en évocation en invoquant substantiellement les mêmes motifs que ceux soulevés par la requérante dans le présent recours en révision : audi alteram partem et l'indépendance des décideurs (nemo iudex in causa sua).

La notion de « politique » est définie à la page 337 de cette cause :

« Il faut aborder les questions de politique de manière différente parce qu'elles ont, par définition, des conséquences qui vont au-delà du règlement du litige particulier entre les parties. Bien qu'elles découlent de faits précis, elles constituent l'expression d'un principe ou de normes apparentées au droit. Puisque ces questions font appel à l'analyse des lois, des décisions antérieures et des besoins sociaux qui sont perçus, les conséquences d'une décision de politique prise par la Commission ne dépendent pas, dans une certaine mesure, de l'intérêt immédiat des parties, même si elles peuvent avoir un effet sur l'issue de la plainte. »

Or, la question de la pondération 80/20 ne correspond pas à cette définition et la Régie dans sa décision D-99-11 n'avait pas à choisir entre deux politiques. La Régie avait à décider à partir de la preuve faite si dans un premier temps, il y avait lieu de retenir une pondération des études américaines et canadiennes et, ensuite, quelle en serait l'ampleur à partir de la preuve déposée. Ceci apparaît donc comme étant une question de fait et non une question de politique. Il se peut que cette décision soit appliquée ensuite dans d'autres décisions et qu'elle devienne une politique de la Régie, mais elle ne résulte pas, selon la décision SITBA, de « *l'analyse des lois, des décisions antérieures et des besoins sociaux* ».

En conséquence, dans le cadre de la décision D-99-11, objet de la présente requête en révision, la Régie ne jouissait pas sur ce point particulier de la marge de manœuvre accordée par la Cour suprême dans Consolidated-Bathurst. D'ailleurs la notion de « politique » n'est pas une notion facile à circonscrire. Il suffit de se référer à la série de jugements rendus en matière de responsabilité extracontractuelle de l'État pour s'en convaincre. Le juge Cory de la Cour suprême qui a rendu plusieurs de ces jugements est cité par le professeur Jean-Denis Archambault:

Jean-Denis Archambault, La Responsabilité extracontractuelle de l'état, le politique et l'opérationnel, Les Éditions Yvon Blais inc.,

« Pour en arriver là, le juge Cory a également ébauché certains indices de la qualification d'une décision politique : « généralement prises par des personnes occupant un poste élevé au sein de l'organisme mais (elles) peuvent aussi émaner d'échelon inférieur. La qualification de la décision dépend de sa nature et non de l'identité des acteurs, (...) l'allocation des ressources budgétaires (appartenant habituellement à) la catégorie des décisions de politique. »

En réponse à la question centrale le juge Cory a conséquemment décidé qu'ici "la façon dont les contrôles étaient effectués, leur fréquence ou leur rareté (...) ainsi que la manière dont les arbres (...) auraient dû être inspectés, le moment auquel cette inspection aurait dû avoir lieu et la manière dont les travaux d'excavation et de décapage auraient dû être menés" participaient de décisions opérationnelles. Elles étaient "le produit d'une directive administrative, de l'opinion d'un expert ou d'un professionnel, ou encore de norme techniques ou de normes générales de diligence" »

Cette analogie avec le domaine de la responsabilité ne correspond pas tout à fait au contexte de la présente cause du moins quant à la qualité du décideur qui est ici la Régie, mais la Cour suprême nous indique que la qualification de « politique » résulte d'une analyse de différents critères.

En somme, le présent dossier, ne comporte aucun élément de preuve permettant de conclure que la décision D-99-11 a été prise dans un contexte de décision de « politique » sauf le fait que cette pondération pourrait servir dans d'autres causes.

Quels étaient les éléments de preuve sur lesquels la Régie a pris sa décision?

2- LES ÉLÉMENTS DE PREUVE

L'ACIG soumet plusieurs éléments dont la Régie disposait pour prendre sa décision.

« 59. En effet, l'une des principales différences qu'il y avait entre l'approche préconisée par l'expert de SCGM, le Dr Roger Morin, et celui de l'ACIG, le Dr William Waters, était justement le recours à des méthodes faisant appel à des données américaines. Ainsi, et comme le rapporte la Régie dans les passages suivants de son résumé de la preuve et de l'argumentation présentées de part et d'autre, l'expert de l'ACIG n'a pas utilisé des méthodes traitant des primes de risque de compagnies américaines ce qui, en toute logique, démontre qu'il accordait un poids relatif moindre aux données américaines par rapport aux données canadiennes (à la page 43) :

«Les deux experts, utilisés respectivement par SCGM et l'ACIG, se sont limités à la méthode prime de risque et/ou la méthode MEAF. Toutefois, l'expert de SCGM a établi une prime de risque moyenne à partir de trois méthodes additionnelles, soit le MEAF version empirique, l'Historique des distributeurs US et la Prospective des distributeurs US.

*Quant à l'expert de l'ACIG, il n'a utilisé que la méthode MEAF et, selon des études historiques différentes, a déterminé, sur la base d'une prime de marché évaluée à 4,50% et un bêta brut de 0.50, une prime de risque de 2,25% pour SCGM, plus 25 points pour d'autres facteurs tels des frais d'émission. **L'expert de l'ACIG n'a pas retenu la version empirique MEAF ni les méthodes qui traitent des primes de risques des compagnies américaines.** Ainsi, selon les experts entendus, la prime de risque moyenne du distributeur pourrait se situer entre 2,50% et 4,71%».*

60. Dans son expertise écrite produite comme pièce ACIG-2, doc. 1, l'expert de l'ACIG avait également confirmé comme suit qu'il accordait davantage de poids (primary weight) aux données du marché canadien (à la page 38) :

«Q : What is your estimate of the premium that is required in 1998 by investors for the equity market as a whole?

A : I estimate the premium to have been in the range of 4 to 4½ percent. The basis for this estimate is summarized in Table 5. In arriving at this estimate I gave primary weight to the fact that the average premium for the Canadian market over the period 1926 – 1997 was 3.7 percent. Giving recognition to the somewhat higher result for the U.S. market over the same period suggests the higher end of the range. In my application of the equity risk premium test I therefore use this value, **4.5 percent.** »

La preuve fournie par l'expert Morin fait mention (pièce SCGM-15, document 2, annexe B, section 3.A.) de la pertinence des données américaines :

« 3. RISK PREMIUM : U.S. GAS DISTRIBUTORS

I have examined the risk premiums on securities issued by the U.S. electric utility industry both on a prospective and historical basis. This style of analysis could not be reliably performed for the Canadian electric utility industry in view of the paucity of such publicly-traded pure-play companies and the lack of homogenous historical data. The results of these analyses discussed below indicate that the risk premium for the electric utility industry is the range of 3.8 % to 4.2 %.

Exhibit RAM-2 shows an average prospective risk premium in the U.S. electric utility industry of 3.8 %. Exhibit RAM-3 shows an historical risk premium analysis from 1954 to 1994 of the electric utility industry as a whole, using Moody's Electric Utility Index as an industry proxy. The average risk premium over the period prior to the deregulation years was 4.2 %.

3.A. Relevance of U.S. Data

The study of U.S. companies is more relevant than ever in the Canadian context for three reasons. First, there is a severe shortage of undiversified pure-play electric utilities in Canada whose shares are publicly listed and actively traded, and are therefore subject to the opinions and actions of investors in a measurable way. Given this situation, the need to extend the sample to firms of comparable risk is obvious.

The second reason is that analysts' long-term growth forecasts are widely available for U.S. companies in contrast to Canadian markets where such forecasts are very sparse. It is therefore instructive not only to extend the sample of companies but also to examine the risk premium results for these companies based on the use of such forecasts, which are valid proxies for investors' growth expectations.

*The third reason is market integration. Not only is a continental energy market developing, but also a dramatic development of the last decade has been the integration of world financial markets into one global « supermarket ». Global corporations and global investors are well-positioned to access this market, and arbitrage short-run disparities in the cost of funds between markets. Their activity tends to drive national capital costs toward a single global standard. When capital flows freely from one location to another, competitive forces of supply and demand will quickly eliminate any price or rate of return disparities, other than those arising from differences in risk. Thus cost of capital differences cannot persist in a integrated capital market. The long-run tendency for real interest rates and exchange rates to revert to parity suggests an integrated capital market. There is considerable evidence that national capital markets remain imperfectly integrated but are converging rapidly toward integration. For example, a December 1992 paper (Mitoo, U.R., « Additional Evidence on Integration in the Canadian Stock Market », U.R., *Journal of Finance*, December 1992) finds strong evidence of an increasing degree of integration over time between the Canadian and U.S. equity markets.*

The degree of integration between the Canadian and U.S. capital markets has increased markedly in recent years. Canadian investors have attained much greater access to U.S. capital markets, and they have done so in search of increased diversification and a wider array of investment vehicles. There has been a gradual easing of constraints on Canadian pension funds' foreign investments in U.S. securities. For example, the permissible foreign content allowable in individual retirement plans and corporate pension funds is now 20 %. The introduction of the multi-jurisdictional prospectus for new issues in North American capital markets has facilitated cross-border access to capital by corporations.

The extent of this integration can be seen from the following. At the end of the second quarter of 1996, investment outside Canada by Canadian trustee pension funds reached almost \$50 billion, a 5 % increase from the previous quarter. This is one of the largest growth rates in past years. Foreign investment represented 15 % of the total portfolio. This proportion has increased steadily almost every quarter since 1990 when legislative changes governing foreign investment limits were enacted. The limit on the foreign holdings of trustee pension funds now stands at 20 %, and the

trend towards investing in foreign markets is continuing, with the growth in foreign assets double that of total assets in the past year.

The rate of growth of net transactions with non-residents in foreign stocks is dazzling, climbing from \$2 billion to over \$12 billion from 1985 to 1996, and has accelerated even more since 1991.

A 1996 survey of pension plans in Canada by the Financial Executives Institute Canada shows growing international investments as well. The 1996 survey revealed that the average pension plan had 15 % of its assets invested in foreign investments, up from 12 % in the 1994 survey, and 8 % found in the 1992 survey. The growth of this investment over the four-year period is very significant, given the \$85 billion of pension assets reported in this study's database. If the same growth rate is extended to include the \$317 billion of pension assets in the Statistics Canada study, it is obvious that the cross-border flow of investment funds is substantial.

In short, the integration and linkages between the U.S. and Canadian capital markets have greatly solidified in recent years, and U.S. data are clearly relevant to both Canadian and U.S. investors. »

L'expert de l'ACIG le Dr. Waters, mentionne :

«I estimate the premium to have been in the range of 4 to 4.5%. The basis for this estimate is summarized in table 5. In arriving at this estimate I gave primary weight to the fact that the average premium for the Canadian market over 1926-1997 was 3.7%. Giving recognition to the somewhat higher result for the US market over the same period (5.8%) and to the Canadian result of 4.3% for the 1950-1997 period suggests the higher end of the range. In my application of the equity risk premium test I therefore use this value; i.e. 4.5%»

(ACIG-2, document 1, page 38-39)

3- LE CONTEXTE RÉGLEMENTAIRE

Finalement, l'ACIG attire l'attention de la Régie sur le contexte réglementaire canadien et plus particulièrement sur deux décisions, l'une de l'ONE et l'autre du CRTC :

« 62. Ainsi, à la page 63 de leur argumentation écrite, les procureurs soussignés ont expressément fait référence à l'importante décision RH-2-94 où, après avoir entendu un grand nombre d'experts dont, entre autres, les Dr. Morin et Waters, l'Office National de l'Énergie avait établi la prime de risque du marché en général au niveau de 4,5% à 5,00% pour les motifs suivants (à la page 6 de la décision RH-2-94) :

« L'Office juge que la prime de risque pour l'ensemble du marché est de l'ordre de 450 à 500 points de base. Pour tirer cette conclusion, l'Office accorde une certaine importance au concept du risque lié au pouvoir d'achat ou risque lié à l'inflation imprévue, mais il reconnaît que ce facteur n'est pas quantifié. L'Office donne relativement moins de poids aux données relatives à la prime de capital-risque aux États-Unis qu'aux données équivalentes pour le Canada. (version française) »

63. Dans la même optique, l'expert de l'ACIG a, parmi les autorités réglementaires produites parmi ses engagements (pièce ACIG-2, doc. 3) fourni un exemplaire de la décision #98-2 rendue par le CRTC en date du 5 mars 1998 dans laquelle on retrouve les commentaires suivants quant à l'usage de données du marché américain (aux paragraphes 214 à 22) :

« b. Données des Etats-Unis (version française)

214 Stentor a fait valoir qu'il faudrait accorder une certaine importance à l'expérience américaine, à la lumière de l'internationalisation des marchés mondiaux des capitaux. La pondération accordée aux données américaines variait entre les 20 % suggérés par M^{me} McShane et une pondération au moins égale proposée par M. Morin.

215 Stentor a fait valoir que les gestionnaires de fonds et les particuliers investisseurs canadiens adoptent un point de vue plus global dans la répartition des capitaux de placement. Par conséquent, ils comparent de plus en plus les compagnies de téléphone aux occasions d'investissement internationales. Stentor a soutenu que cela a accru la concurrence pour ce qui est des capitaux et a souligné l'importance de préserver l'intégrité financière des compagnies de téléphone.

216 Au nom de Stentor, la RBC Dominion Securities (la RBC) a soutenu que, si les compagnies de téléphone veulent continuer d'attirer et de conserver des capitaux de placement, elles doivent offrir un rendement sur les investissements qui est concurrentiel avec leurs homologues internationaux, compte tenu du risque commercial et réglementaire accru propre au marché canadien.

217 M. Avera a fait observer que parce que les entreprises de télécommunications américaines exercent leurs activités dans un environnement analogue à celui de la TCI et que les tendances de l'industrie américaine étaient largement jugées comparables à celles qu'on retrouve au Canada, les résultats du coût du capital-actions pour les compagnies de téléphone américaines constituent des points de repère utiles dans l'évaluation du RAO du segment Services publics de la TCI dans le cadre de prix plafonds.

218 Dans l'évaluation des risques commerciaux du service téléphonique local, M. Waters était d'avis que l'expérience américaine justifie une certaine pondération, mais non dans la mesure proposée par les témoins de Stentor, compte tenu de la similitude des technologies des titulaires et des nouveaux venus. Dans la preuve qu'il a déposée, M. Waters a accordé une certaine importance aux taux de rendement réalisés sur les marchés des titres de participation aux É.-U.

219 MM. Booth et Berkowitz ont soutenu qu'il est inacceptable d'utiliser des données américaines dans un contexte de réglementation canadien pour estimer directement un taux de rendement équitable. Ils ont fait observer que, bien que les deux économies réelles soient partiellement intégrées à l'heure actuelle, des obstacles de taille se dressent contre l'intégration complète des marchés financiers canadiens et américains, par exemple, les politiques monétaires différentes des deux pays. Par conséquent, MM. Booth et Berkowitz ont estimé la prime de risque uniquement d'après les données canadiennes.

220 *Le Conseil est d'avis que, bien que les marchés nationaux des capitaux restent intégrés imparfaitement, ils convergent sur la voie de l'intégration, comme l'a fait valoir Stentor. Le Conseil est d'accord avec M. Waters voulant que l'intégration accrue des marchés mondiaux de capitaux puisse avoir une incidence sur l'ensemble de la prime de risque du marché des titres de participation au Canada puisqu'elle devrait, en théorie, rapprocher la prime de risque du marché canadienne de celle qu'on connaît sur le marché des titres de participation aux É.-U.*

221 *Par conséquent, le Conseil juge qu'il faudrait accorder une certaine importance à l'expérience américaine dans l'estimation de la prime du marché dans le cadre de la méthode de prime de risque du capital-actions. Toutefois, le Conseil estime qu'il ne conviendrait pas d'accorder une importance égale à l'expérience américaine, tel que l'a proposé M. Morin. »*

OPINION DE LA RÉGIE SUR LA PONDÉRATION 80/20

I- APPLICATION DES RÈGLES DE JUSTICE NATURELLE

Avant de décider la question de savoir si les règles de justice naturelle ont été violées dans le présent dossier, il aurait été opportun d'étudier si ces règles s'appliquent aux décisions rendues par la Régie sur les questions de tarification comme telles.

Cette problématique n'a pas été abordée lors de l'audition du 14 mai 1999 par les parties. Les parties ont toutes fait référence aux règles de justice naturelle.

Cela étant dit, la Régie a décidé de les appliquer puisque leur non respect est un des cas prévus de révision à l'article 37 alinéa 1 paragraphe 2 de la Loi eu égard à la règle de justice naturelle *audi alteram partem*.

2- AUDI ALTERAM PARTEM

Dans le contexte de la preuve versée au dossier, il apparaît que la question de la référence aux études canadiennes et aux études américaines était très présente. Quant à la pondération elle-même, elle découlait de la nature de toute cette preuve. Ainsi, il pouvait être déduit que le Dr. Waters accordait un « certain poids » aux données américaines par rapport aux données canadiennes dans les méthodes retenues pour les fins de son analyse, alors que le Dr. Morin suggérait que les données américaines sont « plus pertinentes » que jamais.

Que le premier banc ait choisi d'établir une pondération n'est qu'une conclusion logique et prévisible. Que cette pondération ait été établie à 20% pour les données américaines et à 80% pour les données canadiennes constitue l'exercice par la Régie de sa discrétion à titre de régulateur. La requérante étant partie à la présente cause et ayant eu toute latitude pour faire entendre ses témoins en preuve principale et en contre-preuve, contre-interroger les témoins des autres parties, et produire tous les

documents qu'elle jugeait pertinents, elle ne peut invoquer la maxime *audi alteram partem* et exiger que la Régie la prévienne qu'elle a l'intention de se prononcer sur le sujet. La Régie a discrétion pour se prononcer sur la preuve et les déductions qu'elle en fait. Elle n'a pas à soumettre un projet de décision à la requérante avant de finaliser sa décision. Voici ce que dit le juge Gonthier dans la cause de *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd* [1990] 1 R.C.S. 282, P. 339 :

« Depuis sa première formulation, la règle audi alteram partem vise essentiellement à donner aux parties une [TRADUCTION] "possibilité raisonnable de répliquer à la preuve présentée contre [elles]": Evans, de Smith's Judicial Review of Administrative Action (4e éd. 1980), à la p. 158. Il est vrai que relativement aux questions de fait, les parties doivent obtenir une [TRADUCTION] "possibilité raisonnable [. . .] de corriger ou de contredire tout énoncé pertinent qui nuit à leur point de vue": Board of Education v. Rice, [1911] A.C. 179, à la p. 182; voir également Local Government Board v. Arlidge, [1915] A.C. 120, aux pp. 133 et 141, et Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique, précité, à la p. 1113. ... Pour des raisons pratiques manifestes, les cours supérieures, et en particulier les cours d'appel, ne sont pas tenues de convoquer de nouveau les parties chaque fois qu'un membre du banc infirme un argument et il serait anormal d'être plus exigeant envers les tribunaux administratifs en raison des règles de justice naturelle. En réalité, une de leurs raisons d'être est justement leurs connaissances et compétences spécialisées qu'on souhaite les voir appliquer. »

La régie ne retient donc pas ce moyen qui repose en partie sur l'article 37-2 et en partie sur 37-3 de la Loi.

3- L'APPARENCE DE JUSTICE

La position de la requérante sur l'apparence de justice a été mentionnée plus haut citant les paragraphes 20 à 25 de la requête en révision.

L'apparence de justice a été développée au Canada principalement autour de la crainte raisonnable de partialité ou de préjugé, ce qui n'est pas soulevé dans le présent dossier mais qui peut être analysé pour en tirer des critères d'application.

Le juge Gonthier dans la cause de *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd* [1990] 1 R.C.S. 282, p. 330 cite à la page 334 ce passage de l'arrêt *Valente c. La Reine* [1985] 2 R.C.S. 673, p. 684 :

« . . . la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d'appel, ce critère consiste à se demander "à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique . . . »

Le professeur Denis Lemieux fait état du test élaboré par les tribunaux concernant l'impartialité découlant d'un préjugé qui est semblable à celui de la crainte de partialité ci-dessus mentionnée, en ces termes :

Denis Lemieux, Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale, Publications CCH Ltée, 1998, # 50-080, édition reliée de 1998

« *Le doute raisonnable ou la vraisemblance réelle*

Il est évident que si l'on peut mettre en preuve le parti pris ouvertement affiché d'un officier public, ce sera là un indice suffisant de violation du principe d'impartialité.

Voir, par exemple, Nanda v. C.F.P. [1972] C.F. 277.

La jurisprudence n'exige toutefois pas un fardeau de preuve aussi lourd. Ce qui importe en effet, c'est de démontrer que le préjugé allégué est de nature à créer un doute raisonnable ou encore une vraisemblance réelle d'existence d'un préjugé dans l'esprit d'une personne qui n'est pas partie à l'instance mais qui est relativement bien renseignée. La première formulation, celle du doute raisonnable (ou « reasonable suspicion ») apparaît un peu plus large que la seconde, celle de la vraisemblance réelle (ou « real likelihood ») et paraît avoir été retenue par nos tribunaux supérieurs.

Committee for Justice and Liberty v. O.N.E. [1978] 1 R.C.S. 369, à 389-391 (J. Laskin); Ringrose v. Coll. Of Phys. And Surg. Of Alta [1977] 1 R.C.S. 814, à 822-824 (J. De Grandpré); Szilard v. Szasz [1955] R.C.S. 3, à 4 (J. Rand); Ghirardosi v. Min. of Highways [1966] R.C.S. 367, à 370 (J. Cartwright); Beaulieu v. R., C.A. Qué., no 200-10-000164-827, le 12 juin 1985, à p. 0 (J. Vallerand); A.G. Qué. V. Cochrane (1984) 41 C.R. (3d) 389 (C.A.), à 393-395 (J. Turgeon); Paquette v. P.G. du Québec, Juris-Exp. 90-493 (C.S.); Ruffo v. Conseil de la magistrature [1992] R.J.Q. 1774 (C.A.), à 1807 per J. Chevalier, conf. Par [1995] 4 R.C.S. 267. »

L'honorable juge Delisle a bien précisé les éléments de la crainte de partialité :

« a) être raisonnable, en ce sens qu'il doit s'agir d'une crainte, à la fois, logique, c'est-à-dire qui s'infère de motifs sérieux, et objectifs, c'est-à-dire que partagerait la personne décrite à b) ci-dessous, placée dans les mêmes circonstances; il ne peut être question d'une crainte légère, frivole ou isolée;

b) provenir d'une personne :

sensée, non tatillonne, qui n'est ni scrupuleuse, ni angoissée, ni naturellement inquiète, non plus que facilement portée au blâme;

bien informée, parce que ayant étudié la question, à la fois, à fond et d'une façon réaliste, c'est-à-dire dégagée de toute émotion; la demande de récusation ne peut être impulsive ou encore, un moyen de choisir la personne devant présider les débats; et

c) reposer sur des motifs sérieux; dans l'analyse de ce critère, il faut être plus exigeant selon qu'il y aura ou non enregistrement des débats et existence d'un droit d'appel. »

Droit de la famille – 1559 [1993] R.J.Q. 625 (C.A.), à 633-634.

Il semble que l'exigence de l'impartialité sera plus rigoureuse pour les organismes qui exercent des fonctions judiciaires ou quasi judiciaires alors que l'on pourra appliquer des normes moins sévères à ceux qui sont qualifiés d'administratifs. Plus généralement, « la nature du litige à trancher, les tâches remplies par ailleurs par l'organisme administratif et l'ensemble du contexte opérationnel influenceront sur l'évaluation ».

2747-3174 *Québec inc. v. R.P.A.Q.* [1996] 3 R.C.S. 919, à 952 (J. Gonthier); *Steeles v. Derbyshire C.C.* [1984] 3 All E.R. 468, à 493 (J. Webster) (demande d'approbation du plan d'urbanisme); *Committee for Justice and Liberty v. O.N.E.* [1978] 1 R.C.S. 369, à 385 (J. Laskin) (voir également la dissidence du juge De Grandpré dans cette affaire); *C.A.S. v. Tremblay* [1989] R.J.Q. 2053 (C.A.), conf. [1992] 1 R.C.S. 952; *Nfld Telephone v. Public Utilities Bd (T.N.)* [1992] 1 R.C.S. 623, à 636-639; *Reimer v. Saskatchewan (Human Rights Comm.)* (1993) 8 Admin. L.R. (2d) 1 (C.A.); *Katz v. Vancouver Stock Exchange* [1996] 3 R.C.S. 405, conf. (1995) 34 Admin. L.R. (2d) 1.

Par ailleurs, lorsque la crainte de partialité alléguée est systématique, i.e. lorsqu'elle repose sur un motif qui relève de l'institution elle-même et non sur une situation particulière, il y aura atteinte au principe d'impartialité lorsqu'« une personne bien renseignée, ayant étudié la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, éprouve une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas »

Comme nous venons de le voir, la preuve faite devant le premier banc dans la présente cause, bien que soulevant la question de la pondération, ne pointait pas comme tel vers une pondération sur la base d'un ratio 80/20, alors que la preuve dans le dossier concernant Gazifère Inc (pièce R-7) abordait ce ratio.

Si l'on ajoute à ce fait celui que la décision Gazifère Inc (pièce R-7) réfère, à sa page 28 à la preuve faite dans le présent dossier il y a crainte de partialité qui, compte tenu qu'il ne s'agit pas d'une question de politique, exige une révision pour permettre une preuve sur ce sujet.

Dans les circonstances du présent dossier, il y a crainte raisonnable qu'une personne sensée, raisonnable et bien renseignée qui étudierait la question de façon réaliste et pratique puisse en arriver à la conclusion que les régisseurs des deux causes se sont communiqués des éléments de preuve.

Étant donné l'apparence de communication de preuve d'un banc à l'autre, et d'un accroc au principe « he who decides must hear », bien qu'aucune preuve n'ait été présentée à l'effet qu'effectivement un tel accroc ait eu lieu, et seulement à cause de la crainte raisonnable que cette communication se soit produite, la Régie révisé sur ce point la décision D-99-11 et autorise donc la requérante à présenter sa preuve sur la question de la pondération des études américaines et canadiennes.

Ce second moyen de droit qui repose sur l'article 37-3 est donc accepté.

En ce qui concerne le moyen de preuve applicable, la requérante suggère de procéder par affidavit et questions écrites pour faire la preuve sur la pondération.

La demande de SCGM était ainsi formulée :

Notes sténographiques du 14 mai 1999

« p. 70 Je vous suggère respectueusement qu'on pourrait rendre une décision partielle et permettre aux parties de s'exprimer par écrit. Là-dessus, je ne pense pas qu'il y ait lieu de faire venir des experts d'Atlanta puis de Chicago pour ça.

... Si quelqu'un a des questions à poser, ils peuvent poser des questions écrites. »

L'ACIG s'oppose à cette demande en ces termes :

Notes sténographiques du 14 mai 99

« p. 192 Deuxièmement, le contre-interrogatoire, maître Lasonde dit il a le droit d'être entendu, il a le droit au contre-interrogatoire, c'est pas absolu, mais il s'agit quand même de matières très importantes qui ont un impact quantifiable en millions de dollars dans les tarifs et si on ne peut pas contre-interroger les témoins experts de Gaz Métro sur une question aussi fondamentale, je ne sais pas sur quoi on va pouvoir les contre-interroger.

...

Aujourd'hui, je regrette, mais je ne me contenterai pas de contre-interroger une feuille de papier sur un élément qui risque de changer fondamentalement le résultat auquel la Régie en est parvenu et mettre de côté tous les calculs et le raisonnement que la Régie a utilisés pour déterminer la prime de risque à laquelle Gaz Métro devrait avoir droit. »

La règle générale à la Régie est à l'effet que les témoins experts viennent en personne présenter leur rapport à la Régie et ainsi sont soumis, en contre-interrogatoire, aux questions que peuvent poser les intervenants reconnus. D'ailleurs l'article 19 du Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie⁸ le mentionne clairement :

« 19. Lors d'une audience, un participant peut appeler et interroger des témoins, interroger les témoins des autres participants et présenter ses arguments et ses observations, selon les conditions déterminées par la Régie.

Sauf décision contraire des régisseurs, les témoins sont entendus de vive voix, sous la foi du serment, lequel consiste à faire l'affirmation solennelle de dire la vérité, toute la vérité et rien que la vérité.

À moins que la Régie n'en décide autrement, un participant doit déposer par écrit, dans le délai fixé, le témoignage d'expert qu'il entend faire valoir au soutien de sa preuve. Une copie de celui-ci devra être envoyée aux autres participants dans le même délai. »

La Régie ne voit pas de raison de faire exception à la règle d'autant plus qu'un intervenant s'oppose à la façon de faire suggérée par la requérante.

Toutefois, comme il y a urgence à ce que les tarifs soient en application et donc que cette audition se fasse rapidement, la Régie abrège les délais prévus au Règlement sur la procédure de la Régie conformément à l'article 5 dudit règlement.

⁸ Décret 140-98, (1998) 130, G.O., II, 1245

La Régie prend acte du dépôt de la preuve produite par la requérante, donne 10 jours aux intervenants pour soumettre une preuve sur le sujet de la pondération et fixe l'audition de la preuve sur ce sujet au 20 juillet 1999.

LE TAUX DE RENDEMENT RAISONNABLE

Le passage de la décision 99-11 visé par ce motif de révision est le suivant :

« p. 46 Sur la base d'une prime de risque du marché de 6,44 % et d'un bêta de 0.55, l'estimation MEAF de la prime de risque de SCGM est de 3,54 %. La Régie retenant l'estimation de redressement de 30 points de base pour tenir compte des frais d'émissions et autres facteurs (flotation costs), il en résulte une prime de risque structurelle de 3,84 %. Cette prime de risque se compare à celle de 3,40 % estimée par la Commission de l'énergie de l'Ontario pour Consumers Gas (EBRO 495), et celle de 3,00 % estimée en mars 1995 par l'ONE (RH-2-94) pour les compagnies de pipelines réglementées. »

Selon la méthode dite de la « Prime de risque », le taux de rendement sur l'avoir est calculé de la façon suivante :

$$\text{Taux de rendement sur l'avoir} = \text{Taux de base} + \text{Prime de risque}$$

Selon les paramètres utilisés dans la décision D-99-11, à savoir un taux de base de 5,759% et une prime de risque de 3,84%, il en résulte que le taux de rendement sur l'avoir accordé s'élève à 9,60%. Par ailleurs, il est généralement reconnu que la prime de risque évolue en sens inverse du taux de base. La mesure de cette évolution inverse est captée à l'aide d'un « facteur d'élasticité ».

Pour les fins de la décision D-99-11, le facteur d'élasticité correspond à 0,75. À titre d'illustration, si le taux de base augmente de 100 points de base (1%), il s'en suit que la prime de risque diminue de 25 points de base (0,25%). Il en résulte donc une augmentation nette de 75 points de base (0,75%) du taux de rendement sur l'avoir.

LA POSITION DE SCGM

La requérante prétend que la Régie a erré en comparant sa prime de risque à celle de Consumer's Gas et en ne tirant pas les bonnes conclusions.

« 26 De plus, la Régie a erré en fait et en droit en ne tenant pas compte d'éléments importants de la preuve ou en tirant des conclusions erronées en fait et en droit de ces faits tel que plus spécifiquement allégué aux paragraphes suivants ;

27 La preuve (ACIG-2, document 1, table 15, mise à jour) montre que le marché obligataire reconnaît une prime d'environ 28 points de base plus élevée pour un placement en obligations auprès de la Requérente par rapport à un placement semblable auprès du principal distributeur de gaz ontarien, Consumers' Gas ;

28 Il s'ensuit une conclusion inéluctable dont la Régie ne pouvait ne pas tenir compte : un placement auprès de la Requérente est considéré, par le marché financier, comme étant nettement plus risqué qu'un placement auprès du principal distributeur de gaz ontarien ;

29 De plus, la preuve montre qu'un placement en actions est plus risqué qu'un placement en obligations (voir l'admission de l'expert de l'ACIG à ce sujet à la réponse #160 de la transcription des notes sténographiques du 28 octobre 1998, à la page 93); ce fait est même de «connaissance judiciaire» ;

30 Il s'ensuit que l'écart entre les primes de risque pour un placement en actions ordinaires auprès de la Requérente par rapport à un tel placement auprès de Consumers' Gas ne pouvait être inférieur à 28 points de base ; à première vue, telle paraissait être la conclusion de la Régie (décision R-2 à la page 46) lorsque la Régie comparait une prime de risque de 3,84 % pour la Requérente à une prime de risque de 3,40 % pour Consumers' Gas, constatant ainsi un écart de 44 points de base ;

31 Cette comparaison confirmait d'ailleurs la conclusion de la Régie à l'effet que le risque de l'entreprise de la Requérente est sensiblement supérieur à celui des distributeurs ontariens (à la page 40 de R-2) ;

32 La Régie a manifestement erré en fait et en droit en omettant de comparer la prime de risque de la Requérente pour l'exercice financier 1999 avec la prime de risque applicable à Consumers' Gas pour le même exercice financier ;

33 La prime de risque de 3,40 % reconnue à Consumers' Gas dans la décision E.B.R.O. 495 de 1997 avait été établie en fonction d'un Taux de base de 7,25 %, soit un taux nettement supérieur à celui déterminé dans la décision R-2 pour l'exercice 1999 (5,759 %) ;

34 En appliquant le Facteur d'élasticité reconnu (à la page 49 de R-2), un ajustement s'imposait donc au niveau de la prime de risque que la Régie pouvait inférer des taux de rendement accordés aux distributeurs ontariens auxquels elle référerait ;

35 La preuve de l'expert de l'ACIG montrait que la prime de risque dérivée pour Consumers' Gas en 1999 était plutôt de 3,78 % (ACIG-2, document 1, table 4, mise à jour) ;

36 En établissant à 3,84 % la prime de risque de la Requérente pour l'exercice 1999, la Régie a manifestement erré en fait et en droit en allant à l'encontre de ses propres conclusions de faits tel que relaté précédemment ;

37 La Régie a erré en fait et en droit en comparant la Prime de risque accordée à la Requérente à celle accordée au principal distributeur ontarien en ne tenant pas compte du Taux de base alors en vigueur et de l'effet du Facteur d'élasticité sur la Prime de risque ;

38 Si la Régie avait adéquatement comparé la Prime de risque à laquelle avait droit la Requérente en fonction de son niveau de risque significativement plus élevé que celui de Consumers's Gas, elle n'aurait pas établi la Prime de risque à 3,84 %, soit à un niveau qui, comparé au niveau de la Prime de risque attribuée aux titres de Consumers' Gas, ne reflète même pas l'écart constaté dans le marché obligataire entre les titres de ces deux distributeurs ;

39 Les vices de fond affectant cette partie de la décision R-2 la rendent invalide au sens de la Loi puisque la Prime de risque ainsi établie et incorporée à la formule devant

servir à fixer le Taux de rendement d'un placement en actions auprès de la Requérante ne produit pas un résultat «raisonnable» ; au contraire, il en résulte qu'un placement en actions auprès de la Requérante n'est maintenant plus rémunéré avec une prime adéquate pour refléter le niveau de risque de l'entreprise de la Requérante, ce qui va à l'encontre de la réalité des marchés financiers ; »

LA POSITION DE L'ACIG

L'ACIG répond comme suit à ces arguments :

« 26. Elle nie le paragraphe 26 de la requête comme mal fondé en faits et droit et ajoute que, même si la Régie avait tiré des conclusions erronées en faits et en droit, ce qui est expressément nié, il ne s'ensuit pas qu'elle a outrepassé sa juridiction ou autrement entaché sa décision d'un vice de fond en justifiant la révision au sens de l'article 37 de la Loi;

27. Elle nie le paragraphe 27 de la requête comme mal fondé en faits et en droit et ajoute que la requérante a choisi, d'une manière sélective et favorable à sa thèse, une seule des nombreuses données apparaissant dans les diverses statistiques produites par l'expert de l'ACIG au soutien de son opinion. Ainsi, il est éloquent de constater que le chiffre de 28 points de base allégué dans ce paragraphe constitue le plus élevé de quatre (4) données fournies à la pièce ACIG-2, doc. 1, table 15 (mise à jour) quant à l'écart entre un placement en obligations auprès de SCGM par rapport à un placement semblable auprès de Consumers' Gas. Ajoutons à ceci que cet écart ne constitue qu'une statistique parmi tant d'autres que la Régie peut tenir en compte dans le cadre des évaluations et calculs complexes effectués aux fins de la détermination du taux de rendement juste et raisonnable auquel la requérante devrait avoir droit;

28. Elle nie le paragraphe 28 de la requête comme mal fondé en faits et en droit et ajoute que le risque relatif de SCGM par rapport aux distributeurs de l'Ontario ne constitue que l'un des nombreux critères dont la Régie peut tenir compte aux fins de la détermination du taux de rendement juste et raisonnable auquel la requérante devrait avoir droit;

29. Elle nie le paragraphe 29 de la requête comme mal fondé en faits et en droit et ajoute que, lors de son contre-interrogatoire par le procureur de SCGM, l'expert de l'ACIG a bien précisé qu'un écart de 28 points au niveau de la dette obligataire ne commandait pas un écart plus grand au niveau du rendement sur l'équité (T.S. 28 octobre 1998, p. 93) :

«Q. My question at the beginning was, if there is a twenty-eight (28) point difference in the bond yields, would'nt it be a larger spread in the equity yield?

A. And my answer was no.»

Voir aussi les réponses de l'expert de l'ACIG aux pages 89 et 90 de la T.S. du 28 octobre 1998;

30. Elle nie le paragraphe 30 de la requête comme mal fondé en faits et droit et ajoute que le profil de risque de SCGM par rapport à celui des distributeurs de l'Ontario ne constitue que l'un des nombreux critères dont la Régie peut tenir compte aux fins de l'établissement du taux de rendement juste et raisonnable auquel la requérante devrait avoir droit. Ainsi, et comme indiqué plus en détails ci-après, il existe une foule d'autres critères dont la Régie pouvait tenir compte dans le cadre de ce calcul dont, par

exemple, l'objectif de réduction du coût de service de la requérante et la capacité de payer des usagers;

31. Elle nie le paragraphe 31 de la requête comme mal fondé en faits et droit pour les motifs relatés aux paragraphes 28, 29 et 30 ci-dessus;

32. Elle nie le paragraphe 32 de la requête comme mal fondé en faits et droit pour les motifs relatés aux paragraphes 28, 29 et 30 ci-dessus;

33. Elle nie le paragraphe 33 de la requête comme mal fondé en faits et droit pour les motifs relatés aux paragraphes 28, 29 et 30 ci-dessus;

34. Elle nie le paragraphe 34 de la requête comme mal fondé en faits et droit pour les motifs relatés aux paragraphes 28, 29 et 30 ci-dessus;

35. Quant au paragraphe 35 de la requête, l'ACIG souligne que la requérante, encore une fois, a choisi, d'une manière sélective et favorable à sa thèse, l'une des nombreuses statistiques produites par l'expert de l'ACIG au soutien de son opinion sur le taux de rendement juste et raisonnable auquel SCGM devrait avoir droit. Ainsi, SCGM omet de mentionner que, dans ce même tableau, l'expert de l'ACIG énumère plusieurs autres décisions (incluant une décision antérieure de la Régie) qui ont octroyé une prime de risque largement inférieure à celle de 3,84% accordée à SCGM pour l'exercice 1999;

36. Elle nie le paragraphe 36 de la requête comme mal fondé en faits et en droit et ajoute que la prime de risque de 3,84% décrétée par la Régie est parfaitement compatible avec l'ensemble des conclusions de faits relatées dans sa décision D-99-11;

37. Elle nie le paragraphe 37 de la requête comme mal fondé en faits et en droit pour essentiellement les mêmes motifs que ceux relatés aux paragraphes 28, 29 et 30 ci-dessus;

38. Elle nie le paragraphe 38 de la requête comme mal fondé en faits et en droit pour essentiellement les mêmes motifs que ceux relatés aux paragraphes 28, 29 et 30 ci-dessus;

39. Elle nie le paragraphe 39 de la requête comme mal fondé en faits et en droit pour essentiellement les mêmes motifs que ceux relatés aux paragraphes 28, 29 et 30 ci-dessus; »

OPINION DE LA RÉGIE SUR LE TAUX DE RENDEMENT

L'erreur dont se plaint la requérante serait de la nature d'une erreur découlant d'une conclusion erronée à partir des faits.

Cette erreur est assimilable à une erreur de droit simple.

Or, l'article 37-3 de la Loi exige une erreur de la nature « d'un vice de fond de nature à invalider la décision ». Comme indiqué précédemment, la Cour d'appel soutient que l'erreur doit être de « nature sérieuse et fondamentale ». Le fait de reconnaître un risque plus élevé à la requérante qu'à Consumer's Gas et de fixer un taux de rendement comportant un écart de 9 points plutôt que de 40 points comme le réclame la requérante, ne constitue pas dans le présent cas, une erreur sérieuse et

fondamentale au point d'annuler la décision. Conclure le contraire serait, selon la décision de la Cour d'appel dans la cause *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc. c. Régie des Alcools, des Courses et des Jeux* [1996] R.J.Q. 608 (CA), une erreur juridictionnelle.

Il faut comprendre que le calcul du taux de rendement selon la méthode de prime de risque tel qu'exécuté par le premier banc, ne comporte pas d'erreur de calcul. La Régie a estimé et quantifié chacune des composantes de la prime de risque et a additionné le tout pour établir le rendement selon cette méthode. D'ailleurs, la requérante ne s'est pas pourvue en révision de cette partie de la décision ni de la décision D-99-43 sur la demande en rectification selon l'article 38.

La requérante ne se plaint que du résultat que la Régie a tiré de la comparaison avec le taux de rendement accordé par les autorités ontariennes à Consumer's Gas.

Pour arriver à évaluer le taux de rendement, le premier banc a pris en considération plusieurs facteurs avant de prendre position :

« p. 44 Pour rendre sa décision sur le taux de rendement raisonnable à octroyer sur l'avoire ordinaire des sociétaires, en conformité avec l'article 49 de la loi, la Régie prend en considération, entre autres, les éléments suivants : le contexte financier de l'entreprise, son risque d'entreprise, le contexte économique général, les taux d'intérêt et le rendement des obligations de long terme, les méthodes d'estimation du taux de rendement présentées par les experts, le contexte réglementaire dans les juridictions voisines, et le maintien de l'intégrité financière de l'entreprise.

Bien que l'estimation d'un taux de rendement raisonnable doive être basée sur des méthodes objectives ou dont la validité a été suffisamment éprouvée sur le plan pratique, la Régie est consciente que les nombreuses hypothèses utilisées pour leur application confèrent un certain caractère de subjectivité aux résultats qui en sont obtenus.

p. 45 Aussi, bien que dans la présente section la Régie établira les estimations qu'elle aura retenues, il est nécessaire de considérer cet exercice et les résultats qui en découlent comme reflétant l'appréciation que fait le Banc de la preuve qui lui est soumise. En d'autres circonstances et selon la teneur des preuves qui lui seront soumises dans d'autres instances, la Régie pourra être appelée à réévaluer ces mêmes estimations. Enfin, la Régie indiquera, dans quelle mesure et sous quelle forme, les estimations techniques obtenues doivent être utilisées dans l'établissement d'un taux raisonnable. »

La comparaison avec une autre société réglementée comporte des limites en ce sens qu'il faudrait faire le « procès du procès » pour savoir quels sont les éléments de calcul retenus pour fin d'adjudication. Poussé à l'extrême, si la méthode de calcul par comparaison devait prévaloir, on pourrait extrapoler que les décisions ontariennes seraient suffisantes. Il suffirait donc d'une loi disant que les décisions ontariennes s'appliquent à la requérante en lui soumettant des modalités de concordance. Ce n'est pas ce que le législateur québécois a voulu.

Par contre, l'utilisation de comparaisons avec d'autres sociétés peut s'ajouter aux autres méthodes dans l'appréciation d'un banc pour valider le caractère raisonnable des résultats obtenus à l'aide de ces méthodes. Le premier banc aurait pu utiliser cette comparaison pour ajuster le taux de rendement mais il ne l'a pas fait.

Enfin, le résultat de 9,60% n'est pas tellement différent du taux de rendement que l'expert de la requérante a admis comme pouvant être raisonnable, soit 9,75%.

Notes sténographiques 27 octobre 1998 p. 193

Q. « Ma question est la suivante. Est-ce qu'il n'est pas exact que le taux de rendement autorisé dans cette dernière décision de Consumers est de neuf virgule cinquante et un pour cent (9,51 %) représentant une réduction de quatre-vingts (80) points de base, soixante-dix-neuf (79) pour être exact par rapport à la décision de l'année dernière? »

R. Je suis d'accord, Maître Sarault. Puis je pense que ça aurait du bon sens que, étant donné que Gaz Métro est légèrement supérieur à Consumers, du moins si on se fie aux données sur les marchés obligataires, il y a toujours une prime de l'ordre de vingt-cinq (25), trente (30) points au minimum, que neuf et cinquante et un (9,51 %) devrait devenir peut-être neuf et soixante-quinze (9,75 %), neuf quatre-vingts (9,80 %) si on se fie aux relations historiques, là, entre Consumers et Gaz Métro. Mais je suis d'accord avec votre neuf et cinquante et un (9,51 %). C'est un fait. »

La Régie considère que le second moyen invoqué au soutien de la demande de révision constitue plutôt un appel déguisé qu'un vice de fond sérieux et fondamental de nature à annuler la décision et qui aurait pu donner lieu à une révision en vertu de l'article 37-3 de la Loi. Or, les décisions de la Régie sont sans appel tel que prévu à l'article 40 de la Loi.

De plus, comme le dit le professeur Ouellette :

Y. Ouellette, Les tribunaux administratifs au Canada, Procédure et Preuve, Les Éditions Thémis, 1997

« p. 507 Les tribunaux supérieurs semblent aussi privilégier une interprétation restrictive, si bien qu'une commission administrative qui se réviserait en l'absence d'un tel « vice de fond » risquerait de voir sa seconde décision assimilée à une décision d'appel déguisée, et donc annulée par le contrôleur judiciaire. »

LES DÉPENSES D'EXPLOITATION – INFLATION

Le passage de la décision D-99-11 visé par le présent motif de révision est le suivant :

« p.33-34 En ce qui a trait à l'augmentation de 1,741 million \$ demandée pour couvrir l'inflation anticipée, la Régie est d'opinion que, dans un contexte concurrentiel difficile à cause de la hausse des prix du gaz conjuguée à une chute prononcée des prix des produits pétroliers, le motif avancé par SCGM pour obtenir cette hausse, à savoir que le distributeur a absorbé la totalité de l'inflation depuis 1995 au chapitre des dépenses

d'exploitation, devrait plutôt militer en faveur de la continuation de l'absorption desdits coûts. Il appartenait au distributeur de démontrer clairement à la Régie que la non-approbation d'une telle hausse pourrait avoir des répercussions néfastes sur la qualité et sur la sécurité du service offertes. La Régie considère que le distributeur n'en a pas fait la démonstration dans la présente cause et, dans le contexte hautement concurrentiel qui prévaut actuellement, rejette la présente demande de hausse annuelle de 1,741 million \$. »

POSITION DE SCGM

La requérante expose sa position de la façon suivante :

Notes sténographiques du 14 mai 1999 p.112-113

« Merci, Monsieur le Président. Alors, j'arrive au deuxième point de notre demande en révision, le vice de fond qui affecte la décision au niveau de la détermination des dépenses d'exploitation. Je vous rappelle que Gaz Métropolitain évolue dans un environnement réglementaire où les tarifs sont fixés en fonction des coûts. L'article 49.2 de la Loi le dit :

« Lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif, la Régie doit notamment déterminer les montants globaux des dépenses qu'elle juge nécessaires pour assumer le coût de la prestation des services du distributeur incluant notamment les coûts d'approvisionnement. »

D'autre part, l'article 51 de la Loi dit :

« Un tarif ne peut prévoir des taux plus élevés ou des conditions plus onéreuses qu'il n'est nécessaire pour permettre notamment de couvrir les coûts de capital et d'exploitation, de maintenir la stabilité de l'entreprise et le développement normal des équipements de production d'électricité, d'un réseau de transport, de distribution, ou d'assurer à un distributeur un rendement raisonnable. »

Donc le tarif ne peut prévoir des taux plus élevés qu'il n'est nécessaire pour permettre de couvrir les coûts d'exploitation. »

« p.114 La Régie a refusé d'admettre aux coûts de service de Gaz Métropolitain une dépense de un point sept million (1,7 M\$), un million sept cent quarante et un mille dollars (1 741 000 \$) qui est reliée à l'inflation de certaines dépenses d'exploitation. Et je vous référerai à la page 33 et 34 de la décision : pour motiver son refus, la Régie dit, à la page 33 de la décision, avoir une préoccupation reliée à la croissance des coûts d'exploitation du distributeur et considère qu'il est nécessaire pour le distributeur de prendre... puis là, on cite la Régie : »

« ... tous les moyens nécessaires pour réduire à leur strict minimum les besoins de revenus additionnels requis. »

« p. 115 La Loi ne dit pas que le distributeur, dans ses tarifs, peut récupérer le strict minimum de ses coûts, la Loi prévoit que les tarifs doivent être suffisants pour que le distributeur puisse récupérer les coûts nécessaires à la prestation des services rendus au consommateur.

Il y a deux problèmes avec cette partie de la décision. D'abord, la Régie devait exercer sa juridiction conformément à la Loi et déterminer d'abord si la dépense d'inflation était nécessaire. Et deuxièmement, si elle ne la jugeait pas totalement nécessaire, considérant qu'elle rendait sa décision presque six mois après le début de l'année où le distributeur devait encourir ces coûts, elle aurait au moins dû l'accepter en partie. »

« p.117 Vous pouvez vous référer à la... puis je vous en ai, on vous en a fait des copies, la pièce GMI-7, document 4, qui montre que plus de soixante-deux millions (62 M\$) sont dépensés en salaires sur des dépenses totales d'exploitation de cent millions (100 M\$). La pièce SCGM-7, document 1, page 2 de 5, et SCGM-7, document 2 indiquent clairement que les salaires étaient indexés à l'inflation, c'est-à-dire un virgule sept pour cent (1,7 %), et plus pour le cas des employés à l'heure étant donné la teneur des conventions collectives.

On vous soumet que la Régie a agi d'une façon arbitraire et illégale en refusant l'ajustement de dépenses qui sont considérées d'autre part comme nécessaires à la prestation des services offerts par Gaz Métropolitain, d'autant plus que ni les intervenants ni la Régie se sont opposés aux hypothèses économiques de Gaz Métropolitain dont le facteur d'inflation. La Régie prend acte même de ces prévisions économiques aux pages 11 et 12 de la décision D-99-11. »

« p.118 Alors, on ne peut pas dire ça six mois après le fait. Dans ce contexte, je pense que ce n'est certainement pas conforme à la notion d'équité envers le distributeur dont parle l'article 5 de la Loi. »

« p.119 Donc, le critère, la question que la Régie doit se poser, c'est : est-ce que ces dépenses-là étaient nécessaires? Puis on dit : il y a un vice de fond là parce qu'on ne se pose pas la bonne question. D'ailleurs, je vais vous référer à la dernière cause à laquelle je vous ai référés, sous l'onglet 2, un arrêt de la Cour suprême du Canada, Metropolitan Life Insurance Company, je vous amènerais tout simplement à la page 435, je vous la cite juste pour le principe à l'effet que la Cour suprême dit dans ce cas-ci. La Commission a plutôt tranché une question qu'elle n'avait pas à trancher :

J'estime que, selon le droit bien établi, la Commission a outrepassé sa juridiction en agissant comme elle l'a fait, soit en se posant la mauvaise question. »

« p. 122 L'accessoire suit le principal, comment peut-on considérer non nécessaires des dépenses qui ne sont qu'en grande partie l'inflation de salaires puis comment peut-on considérer comme non nécessaires des dépenses qu'on effectue depuis six mois? »

POSITION DE L'ACIG

Notes sténographiques du 14 mai 1999

« p. 185 Or, encore une fois, la question des dépenses d'exploitation, écoutez, s'il y a quelque chose qui tombe au coeur même de la juridiction spécialisée de la Régie, c'est bien de déterminer l'enveloppe budgétaire de dépenses auxquelles l'entreprise publique peut avoir droit. »

« p. 186 Mais il y a une remarque que je vais vous faire, par exemple : si vous regardez leur proposition d'augmentation de l'enveloppe budgétaire au titre des dépenses d'exploitation, entre mil neuf cent quatre-vingt-seize (1996) et mil neuf cent quatre-vingt-dix-huit (1998), sur deux ans, ils augmentent de neuf point deux millions (9,2 M\$) ou neuf point sept pour cent (9,7 %) en deux ans. Ça dépasse largement l'inflation. »

« p.187 Et c'est au coeur même de sa juridiction, alors l'argument de nécessité, là, on passera. S'ils ont été capables eux-mêmes comme entreprise d'en mettre deux cent cinquante (250) dehors en quatre-vingt-seize (96) puis de rester au même niveau de qualité de service et de sécurité de leur réseau, c'est qu'ils sont capables de couper là-dessus. Quand ils le veulent. »

« p. 188 Mais Gaz Métro sait très bien que tous ses budgets de revenus et dépenses sont sujets à l'approbation de la Régie, sans ça, il n'y en aura pas de Régie. Han? Bon, ils le savent et c'est tellement vrai qu'ils savent que leurs budgets sont aléatoires et sujets à l'approbation de la Régie que lorsqu'il y a des gros items qui demandent une approbation immédiate pour éviter un choc tarifaire, ils demandent une augmentation provisoire et ça a été le cas de la décision D-98-62, que je vous cite aux paragraphes 99 et 100 de notre réponse. »

« p. 189 Alors, encore une fois, on n'est pas en appel, on est dans une demande en révision et pour les motifs énoncés par Nicolas, les conditions sont très limitatives, notamment quant à la notion de vice de fond.

Là, on s'en vient remettre en question, ici, quelque chose qui est au cœur même de la juridiction de la Régie qui est de déterminer la raisonnable de l'enveloppe budgétaire, donnée au titre des dépenses d'exploitation, puis on repassera. »

POSITION DE L'ARC/OC

Après avoir argumenté qu'une erreur de droit ne constituait pas un motif sérieux et fondamental de révision, et en s'appuyant sur le professeur Ouellette et le jugement dans Métro-Richelieu, l'ARC/OC soulève les points suivants :

« p. 235 Premièrement, vous devez regarder la jurisprudence qui était exercée par vos collègues. Il y a celle de l'article 49.2 qui est celle de contrôler les dépenses du distributeur. Il y a celle de 49.7, qui est celle de déterminer des tarifs justes et raisonnables. »

« p. 237 Les décisions auxquelles il est fait référence spécifiquement dans la décision D-99-11, partent de mil neuf cent quatre-vingt-treize (1993). Pendant six ans, on dit à Gaz Métropolitain : on va vous couper, on va vous couper! Bien, cette année, ils ont coupé. »

« p. 239 Le budget n'était pas approuvé. Jusqu'à ce que Gaz Métropolitain obtienne la décision D-99-11, elle dépensait des sommes qui ne sont pas approuvées. Elle a dépensé ce qu'elle n'avait pas. Elle ne peut pas maintenant se plaindre que vous ne lui avez pas donné.

Puis, enfin, oui il existe un risque pour Gaz Métropolitain, mais Gaz Métropolitain, en tant qu'entreprise réglementée, si elle a un revenu qui lui est assuré par le régime réglementaire qu'on a aujourd'hui, n'est pas astreint à aucun risque, elle prend certains risques d'affaires, elle prend certains risques, notamment au niveau de la fonction, de la façon dont la réglementation procède et s'il y a eu un retard dans l'émission de la décision, si c'est venu six mois plus tard plutôt que deux ou trois mois plus tard, c'est un risque réglementaire.

Mais ce risque réglementaire-là, rappelez-vous qu'il est rémunéré; dans l'appréciation du taux de rendement, la Régie apprécie ce risque réglementaire. »

« p. 240 Premièrement, une des pièces - et j'ai cité l'extrait de la réponse dans mon argumentation à la page 9 - la pièce SCGM-7, document 1.10. Questionnée sur l'effet de l'inflation, SCGM répond qu'ils n'ont aucune étude ou donnée démontrant que l'inflation est un facteur déterminant dans les coûts de SCGM. »

« p.241 La réponse, c'est qu'ils ne l'ont pas appliquée poste par poste, ils ne se sont pas assuré que l'augmentation des dépenses de un point sept pour cent (1,7 %) était nécessaire pour la continuation de leurs opérations, au titre des différents postes. »

« p.246 Donc, est-ce que, ce qu'il prend pour le salaire de un point sept pour cent (1,7 %) puis qu'il applique aux autres dépenses d'entreprise est bon? Il ne le sait pas. Je ne vous dis pas qu'il n'a pas de réponse à ça. Mais la preuve de ça n'est pas dans le dossier de la Régie, et la Régie ne pouvait pas rendre de décision sans cette preuve-là. »

« p. 253 Elle ne peut dépenser une somme et nécessairement s'attendre que la Régie va accepter rétroactivement et lui donner. Elle peut; dans ce cas-ci, elle ne l'a pas fait. Elle l'a fait sur d'autres postes, par ailleurs, certaines des autres dépenses de l'entreprise ont été acceptées, et celles-là ont été acceptées donc rétroactivement au premier (1er) octobre. Mais Gaz Métropolitain est consciente que son année tarifaire et budgétaire commence là, et si la somme n'est pas accordée, elle a dépensé de l'argent qu'elle n'avait pas. »

LA POSITION DE LA CAMSSS

Notes sténographiques du 14 mai 1999,

« p. 258 Je voudrais tout simplement rappeler, « food for thought », que l'article 49 nous dit que la Régie doit déterminer les montants globaux des dépenses qu'elle juge nécessaires mais cette nécessité-là, c'est justement votre jugement. C'est subjectif, ça. »

Et ce n'est pas parce que tous les coûts sont portés à des postes qui eux sont nécessaires, par exemple les salaires, bien sûr que les salaires sont nécessaires, bien sûr qu'il est inévitable qu'une compagnie de l'importance de Gaz Métro paie des avantages sociaux, ce n'est pas les postes, c'est le contenu des postes.

« p. 259 Et ce contenu-là, c'est à la Régie de décider s'il est nécessaire ou non; c'est également à la Régie de décider de ce qui est nécessaire selon l'article 51. En fait, c'est le même jugement puisque le mot « nécessaire » dans l'article 51 réfère au jugement que la Régie doit porter à 49.

Donc, la Régie n'a pas à accepter n'importe quelle quotité qui lui est suggérée uniquement parce que cela apparaît dans un poste de dépenses qui est manifestement inévitable. C'est donc une discrétion complète de la Régie d'accorder ou de ne pas accorder, et que ce soit par le biais d'un taux d'inflation général ou autrement, il demeure que c'est la Régie qui doit porter ce jugement-là. »

OPINION DE LA RÉGIE SUR LES DÉPENSES D'EXPLOITATION - INFLATION

La requérante invoque d'abord l'article 51 de la Loi pour imposer à la Régie le devoir d'accepter les dépenses nécessaires. Tout ce que l'article 51 affirme c'est qu'un « tarif ne peut prévoir des taux plus élevés... qu'il n'est nécessaire pour couvrir les coûts d'exploitation... ».

Cet article n'empêche en rien la Régie d'exercer son rôle de régulateur et sa discrétion à l'égard des demandes qui lui sont soumises. Le fardeau de la preuve repose sur les épaules de la requérante de prouver que les dépenses sont nécessaires.

Quant aux dépenses nécessaires, c'est l'article 49(2) qui précise :

« Article 49

Lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif, la Régie doit notamment:

2° déterminer les montants globaux des dépenses qu'elle juge nécessaires pour assumer le coût de la prestation du service du distributeur incluant notamment les coûts d'approvisionnement; »

Le premier banc a décidé que la requérante n'avait pas rempli sa tâche de convaincre la Régie de la nécessité de la dépense d'inflation .

Décision D-99-11, p. 32 à 34

« Les demandes de SCGM concernant l'inflation, 1,741 million \$, les avantages sociaux, 302 000 \$, et les affaires réglementaires, 100 000 \$, pour une somme totale de 2,143 millions \$, représentent, selon la Régie, des hausses de coûts spécifiques au budget d'exploitation. Avant de communiquer ses décisions sur chacune d'elles, la Régie désire rappeler tout d'abord certaines de ses préoccupations quant à la croissance des coûts d'exploitation du distributeur, préoccupations qui ont été exprimées à plusieurs occasions au cours de décisions antérieures et qui ont été soulignées, avec raison, par certains intervenants dans la présente cause tarifaire. Déjà dans sa décision D-93-51, la Régie avisait le distributeur :

« ...que lorsqu'on ne peut maintenir ou réduire le coût de service unitaire par une augmentation des revenus suite à une croissance des ventes, il faut prendre alors tous les moyens nécessaires pour réduire à leur strict minimum les besoins de revenus additionnels requis. »⁹ »

De même, dans la dernière cause tarifaire 1997-1998, la Régie notait dans la décision D-97-34 :

« ...que n'eut été des réductions tarifaires de TCPL, la demanderesse aurait été dans l'obligation de soumettre une demande de hausse tarifaire dans le présent dossier. Elle devra donc s'assurer d'un contrôle rigoureux des dépenses tant d'exploitation que d'immobilisation et déployer tous les efforts nécessaires pour augmenter ses ventes. »¹⁰

⁹ Décision D-93-51 rendue le 1^{er} octobre 1993 (dossier 3260-93), dossier tarifaire 1993-94, page 14.

¹⁰ Décision D-97-34 rendue le 8 octobre 1997 (dossier 3376-97), page 22.

Et encore plus récemment¹¹, lors de la fermeture réglementaire des livres de la Société pour la période du 1^{er} octobre 1996 au 30 septembre 1997, la Régie exprimait à nouveau ses préoccupations vis-à-vis des coûts d'exploitation, plus spécifiquement quant à l'incapacité par SCGM¹² de concrétiser des économies de 1,7 million \$ pourtant soumises par le distributeur lui-même dans le budget 97.

En ce qui a trait à l'augmentation de 1,741 million \$ demandée pour couvrir l'inflation anticipée, la Régie est d'opinion que, dans un contexte concurrentiel difficile à cause de la hausse des prix du gaz conjuguée à une chute prononcée des prix des produits pétroliers, le motif avancé par SCGM pour obtenir cette hausse, à savoir que le distributeur a absorbé la totalité de l'inflation depuis 1995 au chapitre des dépenses d'exploitation, devrait plutôt militer en faveur de la continuation de l'absorption desdits coûts. Il appartenait au distributeur de démontrer clairement à la Régie que la non-approbation d'une telle hausse pourrait avoir des répercussions néfastes sur la qualité et sur la sécurité du service offertes. La Régie considère que le distributeur n'en a pas fait la démonstration dans la présente cause et, dans le contexte hautement concurrentiel qui prévaut actuellement, rejette la présente demande de hausse annuelle de 1,741 million \$. »

Où est le vice de fond de nature à invalider la décision ? Dans le fait que la Régie ne s'est pas posée la bonne question, laquelle aurait dû être « la dépense était-elle nécessaire ? ». Il ne suffit pas qu'une dépense ait été prévue ou encourue pour qu'elle devienne « nécessaire ». Il doit y avoir démonstration de la « nécessité ». Si la requérante ne s'acquitte pas de sa tâche, elle ne peut s'en prendre à la Régie.

En disant que la requérante n'a pas démontré que l'impact de la non-approbation aurait des répercussions néfastes sur la qualité et la sécurité du service offert, la Régie ne fait que poser la question « nécessité » via ses conséquences. Si la requérante avait fait la preuve que la non-approbation affecterait la prestation de service elle en aurait démontré sa nécessité. La Régie ne substitue pas le critère de la nécessité par un autre. Elle n'a fait qu'exécuter son mandat d'analyser la nécessité en posant la question des conséquences du refus d'approbation.

Cet exercice d'analyse de la « nécessité » par le premier banc ne comporte aucun vice de fond qui justifierait d'annuler la décision. La requérante n'est pas satisfaite du résultat obtenu et tente de se pourvoir en appel. Comme l'article 40 de la Loi ne prévoit pas d'appel, il n'y a pas lieu de donner suite à la présente demande.

Par ailleurs, la preuve démontre que plusieurs questions posées aux témoins de la requérante sur le sujet de l'inflation dans la cause entendue par le premier banc n'ont pas trouvé de réponse. C'est pourquoi la demande fut rejetée à cause du défaut d'avoir relevé le fardeau de preuve qui reposait sur la requérante.

Quant à la décision Metropolitan Life Insurance c. International Union of Operating Engineers, Local 796 [1970] R.C.S. 425, elle n'est pas applicable en l'instance puisqu'il s'agissait d'un cas d'évocation et non de révision concernant la juridiction du tribunal où l'erreur simple est de mise, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

¹¹ Décision D-98-23 rendue le 23 avril 1998 (dossier 3393-97).

¹² Gmi-1, document 1.1, cause R-3393-97 (27 février 1998).

Quant à l'utilisation par la Régie de l'expression « *réduire à leur strict minimum les besoins de revenus additionnels* », la requérante affirme que la Régie n'exerce pas sa juridiction conformément à la Loi et qu'elle aurait dû se demander si la dépense était nécessaire.

D'abord, il faut préciser que la Régie ne fait que citer une décision antérieure que la requérante n'avait pas fait casser, et ensuite que ce n'est pas sur ce critère qu'elle décide de la « nécessité » de la dépense. Que la Régie fasse état de sa préoccupation du respect de ses décisions antérieures n'est que normal. Cela ne veut pas dire qu'elle se pose la mauvaise question. Depuis plusieurs années, la Régie demandait à la requérante de réduire ses dépenses nécessaires reliées aux frais d'exploitation. La requérante devait donc s'attendre, cette année, comme par les années passées, à faire une preuve de nécessité avec rigueur, ce qu'elle n'a pas fait.

Quant au délai de quatre mois entre la date prévue initialement pour l'entrée en vigueur du tarif et la date de la décision, la Régie est d'accord avec la position de l'ARC/OC lorsque cet intervenant mentionne que les budgets de la requérante ne sont pas autorisés tant et aussi longtemps que la décision de la Régie n'est pas rendue publique et qu'elle est indemnisée dans le calcul du taux de rendement pour le risque réglementaire.

La requérante soumet que la Régie a agi de façon arbitraire en refusant l'ajustement des dépenses reliées à l'inflation. Or, selon l'interprétation jurisprudentielle du mot « arbitraire », on ne peut que s'étonner de la qualification donnée par la requérante aux soixante-quinze pages d'analyse serrée et de justification faite par le premier banc. Et le fait d'invoquer comme motif que la requérante ne s'était pas acquittée de son fardeau de preuve représente un motif qui est loin de l'arbitraire puisque un très grand nombre de causes sont rejetées pour ce motif par les tribunaux supérieurs.

Bellefleur c. Procureur Général du Québec, (1993) R.J.Q. 2320 (C.A.) JE 93-1569

"p.2343 En second lieu, il faut considérer les bases sur lesquelles la décision a pu être prise et ses sources, puisque c'est en définitive ce qui sépare une décision discrétionnaire mais légale, d'une décision arbitraire et donc illégale. La première est fondée sur certaines données objectives, même incomplètes, ou certains éléments ou normes existants, alors que la seconde relève de la fantaisie, du caprice, de l'ignorance volontaire, du bon plaisir ou de la négligence." »

La requérante semble n'avoir invoqué qu'un seul argument pour faire reconnaître ses coûts reliés à l'inflation, soit le fait que les décisions antérieures de la Régie l'avaient contrainte à absorber les coûts de l'inflation depuis 1995. En outre, cet argument n'a pas convaincu le premier banc et il est difficile de voir en quoi ce jugement porté par le premier banc à l'intérieur de sa juridiction puisse constituer un vice fondamental qui annule la décision, ni que cette décision soit entachée d'une erreur fondamentale au point d'annuler la décision. En fait, cet argument convainc plutôt du caractère « appel » du présent recours.

LES FRAIS DES INTERVENANTS

POSITION DE L'ACIG

L'ACIG a formulé une demande particulière quant aux frais en ces termes :

Notes sténographiques du 14 mai 1999,

« p. 195 Je pense que la jurisprudence est assez claire, tout le monde peut la lire assez bien, vous savez, passer par l'article 38, puis après ça l'article 37, puis après ça peut-être une évocation, je ne sais quoi, ça commence à être lourd à porter pour tout le monde, et je pense que pour décourager ce genre de pratique-là, la Régie serait tout à fait justifiée, dans les circonstances, d'ordonner que les frais encourus par Gaz Métro, y compris ses propres frais et les frais des intervenants, soient supportés par l'actionnaire et non pas par les usagers. »

POSITION DE SCGM

Notes sténographiques du 14 mai 1999

« p.323 Donc, je disais, là, mon dernier point. La question des frais. Alors, je disais que c'était devenu une mode récemment à la Régie, en plus quelques décisions, là, où on veut toujours... dans le fond, on veut toujours empêcher le distributeur d'exercer les droits que la loi prévoit.

On dit : Ah, si vous perdez, les frais sont à l'actionnaire. C'est devenu une mode. Et la Régie dans une décision récente, la décision de l'extension de réseau Grenville, alors que, encore une fois, on alléguait, là, vous savez les coûts d'un développement devraient être à la charge de l'actionnaire. La Régie a dit, et c'est intéressant le passage, je ne l'ai pas devant moi, je m'en excuse, c'est votre collègue monsieur Tanguay qui a rendu cette décision, il nous dit : Vous savez, suivre cette voie-là, ça romperait l'équilibre entre les consommateurs et le distributeur, l'actionnaire, tout le système de réglementation par les coûts. »

« p. 324 Et lorsqu'on se présente en révision, bien, la révision, c'est la suite de 49. 37, c'est la suite de 49. Ce n'est pas rien d'odieux. Il n'y a rien de manifestement déraisonnable à se servir des articles 37, 38 dans la loi, pour en arriver à la décision, c'est la suite de la présentation du dossier sous 49. »

POSITION DES AUTRES INTERVENANTS

Parmi les autres intervenants, le RNCREQ, à la page 271 des notes sténographiques du 14 mai 1999, et le ROEE à la page 278, ont appuyé la demande de l'ACIG de faire supporter les frais de la présente demande en révision par les actionnaires de la requérante.

OPINION DE LA RÉGIE SUR LES FRAIS DES INTERVENANTS

Puisque la Régie conclut qu'une partie de la requête en révision est bien fondée, elle rejette la demande de l'ACIG.

Enfin, compte tenu que la Régie ordonne une audience dans le présent dossier, elle reporte sa décision sur les frais des intervenants et réserve, en conséquence, leurs droits.

ATTENDU ce qui précède;

CONSIDÉRANT la *Loi sur la Régie de l'énergie*, dont notamment l'article 37;

CONSIDÉRANT le Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie;

La Régie de l'énergie :

ACCUEILLE en partie la demande de révision de la requérante SCGM;

REJETTE l'argument d'irrecevabilité basée sur la chose jugée présentée par l'ACIG;

PREND ACTE du dépôt de l'expertise du Dr Morin, expert de la requérante, en date du 11 mai 1999;

AUTORISE les intervenants à produire toute preuve relative à la pondération des études américaines et canadiennes dans la détermination du taux de rendement dans les 10 jours des présentes;

FIXE l'audition des parties sur la pondération des études américaines et canadiennes dans la fixation du taux de rendement, au 20 juillet 1999 à 9h30, à salle Krieghoff de la Régie, afin de permettre aux parties de produire les pièces déposées par leur auteur et procéder au contre-interrogatoire des témoins;

REJETTE la demande de révision sur la question de la fixation de la prime de risque eu égard à la comparaison avec Consumers Gas mentionnée dans la décision D-99-11;

REJETTE la demande de révision concernant la demande d'autoriser des dépenses pour couvrir l'inflation de certaines dépenses;

ORDONNE le sursis du dépôt de la grille tarifaire dans le dossier R-3397-98 jusqu'à l'expiration d'un délai de dix jours suivant la décision finale de la Régie dans le cadre du présent dossier;

REJETTE la demande des intervenants de faire assumer leurs frais par les actionnaires de la requérante;

RÉSERVE aux intervenants leurs droits quant à leurs frais.

M. Pierre Dupont
Régisseur

Me Marc-André Patoine
Régisseur

M. Jean-Noël Vallière
Régisseur

Association des consommateurs industriels de gaz (ACIG) est représentée par M^{es} Guy Sarault et Nicolas Plourde

Corporation Approvisionnements - Montréal Santé et Services Sociaux (CAMSSS) est représentée par M^e Pierre Tourigny

Action Réseau Consommateur (ARC) / Option Consommateurs (OC) est représentée par M^e Benoît Pepin

Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ) est représenté par M^e Hélène Sicard

Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROEE) est représenté par M^e Yves Corriveau

SCGM est représentée par M^{es} Richard Lassonde et Jocelyn B. Allard.

La Régie de l'énergie est représentée par M^e Anne Mailfait.