

CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC  
DISTRICT DE MONTRÉAL

No. : R-4008-2017

R É G I E D E L ' É N E R G I E

---

**ÉNERGIR, s.e.c.**, personne morale de droit public légalement constituée, ayant son siège social au 1717, rue du Havre, dans les cité et district de Montréal, province de Québec, H2K 2X3,

**Demanderesse**

---

---

## **PLAN D'ARGUMENTATION D'ÉNERGIR**

Application rétroactive du tarif GNR

(Audience des 23 et 26 novembre 2020)

---

## TABLE DES MATIÈRES

<b>I.</b>	<b>OBJET DE L'AUDIENCE .....</b>	<b>3</b>
<b>II.</b>	<b>CONTEXTE .....</b>	<b>4</b>
<b>III.</b>	<b>RÉTROACTIVITÉ .....</b>	<b>9</b>
A.	PRINCIPE ET EXCEPTION.....	9
B.	CONTEXTE PARTICULIER ET EXCEPTIONNEL .....	10
C.	DÉCISION OLD DOMINION.....	13
<b>IV.</b>	<b>REMÈDES À APPORTER (LE CAS ÉCHÉANT) .....</b>	<b>16</b>
A.	DÉCISION OEB.....	18
B.	DÉCISION D-94-04 .....	19

LA DEMANDERESSE DÉCLARE RESPECTUEUSEMENT CE QUI SUIT :

## I. OBJET DE L'AUDIENCE

1. Au cours des dernières semaines, Énergir a soumis à la Régie, à différentes occasions et sous différentes formes, ses interrogations quant à la portée de l'audience fixée aux 23 et 26 novembre 2020 ainsi qu'à l'égard des sujets désirant être examinés par la Régie ;
  - B-0364
  - B-0393
  - B-0397
2. Cette audience des 23 et 26 novembre 2020 doit permettre à la Régie de disposer de la conclusion suivante (« **Conclusion** »), contenue à la demande déposée par Énergir le 19 juin 2019 (« **Demande** ») :

« **DÉCLARER** que le tarif GNR provisoire est applicable rétroactivement aux Contrats qui sont énumérés en annexe de la pièce Gaz Métro-1, Document 8, et qui auront été conclus au moment de rendre la décision à intervenir; »

  - B-0092
3. Cette audience de novembre 2020 complète donc celle tenue les 16 et 17 juillet 2019 et, conséquemment, les présentes représentations s'ajoutent, sans les remplacer, aux représentations effectuées à cette dernière occasion, tant à l'écrit qu'à l'oral;
  - A-0048, Audience du 17 juillet 2019, NS, Vol. 6, pages 45 et suivantes
  - B-0136
4. Également, les présentes représentations s'ajoutent à l'argumentation écrite soumise le 15 septembre 2020;
  - B-0357
5. Par ailleurs, Énergir invite la Régie, au cours de son délibéré, à scinder son analyse en deux étapes distinctes :
  - a) Tout d'abord déterminer, à la lumière des principes réglementaires applicables, si elle permet l'application rétroactive du tarif GNR provisoire, et
  - b) ensuite, et si cela s'avère nécessaire seulement, procéder à l'examen des « remèdes » requis en raison d'une éventuelle absence de rétroactivité du tarif GNR;
6. Ainsi, Énergir soumet respectueusement que la Régie ne doit pas considérer, dans le cadre de son analyse portant sur la première de ces deux étapes, des principes ou des faits non pertinents à la détermination de la rétroactivité du tarif GNR provisoire;
  - A-0202, audience du 26 novembre 2020, NS, Vol. 21, p. 73 et suivantes

7. Énergir formulera ci-après, séquentiellement, les arguments propres à chacune des deux étapes précitées, mais croit d'abord important de souligner certains faits dont la Régie est saisie et qui illustrent le contexte dans lequel s'inscrit l'examen de la Demande;
8. Énergir abordera ci-après certaines autorités déposées au dossier par la Régie les 20 et 26 novembre 2020, sous réserve toutefois de représentations complémentaires, le cas échéant, dans le cadre de sa réplique.

## II. CONTEXTE

9. La Régie doit statuer sur la Conclusion dont les effets, selon la preuve non contestée versée au dossier, seraient bénéfiques à plusieurs égards, notamment en ce qu'elle permettrait :
  - a) d'assurer de donner plein effet aux politiques énergétiques du gouvernement,
  - b) de respecter la volonté clairement exprimée de sept clients consommateurs volontaires de GNR,
  - c) de s'assurer de tenir entièrement indemne l'ensemble de la clientèle réglementée,
  - d) de respecter les pouvoirs de la Régie et le processus réglementaire.
10. Le 26 juin 2017, le gouvernement du Québec publiait le Plan d'action 2017-2020 de la Politique énergétique 2030, par lequel il annonçait vouloir « adopter en 2017 un règlement qui établit à 5 % la proportion minimale de gaz naturel renouvelable que les distributeurs québécois de gaz naturel doivent injecter dans leur réseau de distribution pour les clients du Québec » (mesure 37) et se fixait une cible consistant à « atteindre 5 % de gaz naturel renouvelable injecté en 2020 ».
11. Le 7 juillet 2017, Énergir déposait sa demande initiale dans le présent dossier (B-0002), demandant notamment à la Régie d'approuver la mise en place d'un tarif GNR à son service de fourniture ainsi que les conditions qui s'y rattachent.
12. Le 12 septembre 2017, alors qu'Énergir était en attente d'une première décision procédurale fixant un calendrier procédural, la Régie a rendu la décision D-2017-097 suspendant l'examen du dossier jusqu'au 8 janvier 2018 en raison de l'incapacité d'agir du président de la formation;
  - A-0096, témoignage de Caroline Dallaire, 23 novembre 2020, Vol. 19, p. 189
13. À cette date, dans le cadre d'un échange administratif avec le personnel de la Régie, Énergir a été informée que la suspension du dossier était due à un problème de santé du président de la formation;
  - A-00196, Témoignage de Caroline Dallaire, 23 novembre 2020, Vol. 19, p. 191
14. Cette situation a poussé Énergir à rechercher des solutions afin de concilier, délicatement, les difficultés que semblait rencontrer par la Régie dans le cadre de la gestion du présent dossier et le souhait des clients de consommer rapidement du GNR, le tout en respectant le rythme du processus réglementaire;

- A-0196, témoignage de Caroline Dallaire, 23 novembre 2020, NS, Vol. 19, p. 188 à 193
  - A-0202, témoignage de Caroline Dallaire, 26 novembre 2020, NS, Vol. 21, p. 97
  - A-0202, témoignage de Caroline Dallaire, 26 novembre 2020, NS, Vol. 21, p. 117 et 118
15. Une rencontre administrative s'est tenue le 26 septembre 2017 au cours de laquelle Énergir a informé le personnel technique de la Régie de cette recherche de solutions et a alors indiqué qu'elle allait aller de l'avant avec la conclusion d'ententes avec des clients, en s'assurant toutefois que celles-ci soient ajustées en fonction des décisions qui seront rendues par la Régie dans le présent dossier et qu'Énergir tiendrait la Régie informée de ses initiatives;
- A-0196, témoignage de Caroline Dallaire, 23 novembre 2020, NS, Vol. 19, p. 188 à 193
16. Il est important de souligner que la preuve non contredite démontre qu'à l'automne 2017, Énergir avait des discussions avec des clients qui désiraient consommer du GNR, sans quoi ils affirmaient devoir se tourner vers des sources alternatives afin de combler une partie, voire la totalité, de leurs besoins en énergie;
- B-0015, p. 14, lignes 7 à 14
  - A-0196, témoignage de Julie Pouliot, 23 novembre 2020, NS, Vol. 19, p. 139
  - A-0196, témoignage de Josée Duhaime, 23 novembre 2020, NS, Vol. 19, p. 164 et 165
17. C'est dans ce contexte qu'Énergir a conclu un premier contrat de vente de GNR avec L'Oréal Canada inc. (« L'Oréal ») le 29 septembre 2017, contenant la clause suivante :
- « 1) Price of RNG as Gas Supply: The price of the RNG that will be sold to L'Oréal by Gaz Metro will be based on the rate proposed by Gaz Metro to the Régie de l'énergie ("**Regie**") in the file no R-4008-2017. Once the Régie will have determined the actual rate (price) applicable for such RNG (the "**RNG rate**"), then, if needed, the invoices issued prior to that decision will be adjusted accordingly to apply retrospectively the newly approved RNG rate. This RNG rate might be modified from time to time by the Régie. »
- B-0451, déposé sous pli confidentiel
18. Le 10 novembre 2017, Énergir et L'Oréal ont conclu une nouvelle entente;
- B-0451, déposé sous pli confidentiel
19. Le 16 novembre 2017, conformément aux informations transmises au personnel technique de la Régie dans le cadre des échanges de septembre 2017, Énergir a déposé au dossier un amendement à sa preuve informant notamment la Régie qu'elle s'était entendue avec L'Oréal afin de lui fournir du GNR, au prix d'acquisition;
- B-0014, p. 34 et 35

20. Cette approche a ensuite été suivie par Énergir, de manière conséquente, au cours des mois qui ont suivi et Énergir a informé la Régie de la conclusion d'entente pour la vente de GNR avec différents clients;

- B-0024, lettre d'Énergir du 20 mars 2018
- B-0036, lettre d'Énergir du 23 juillet 2018
- B-0045, lettre d'Énergir du 9 janvier 2019

21. Il est important de noter que chacune de ces correspondances indique que l'entente avec le client a été conclue de façon à ce que les termes et conditions qui « seront établis par la Régie dans le présent dossier puissent être respectés » (nous soulignons).

22. Sans limiter la généralité de ce qui précède, Énergir souligne que la lettre du 9 janvier 2019 (B-0045) précise ce qui suit :

« Par la présente, Énergir informe la Régie de développements récents relativement à la livraison de gaz naturel renouvelable (« GNR ») auprès de sa clientèle.

Au cours des dernières semaines, Énergir a conclu une entente avec une nouvelle cliente afin que celle-ci soit desservie en GNR. Cette entente a été conclue de façon à s'assurer que les termes et conditions qui seront éventuellement établis par la Régie dans le présent dossier puissent être respectés.

À ce jour, Énergir a convenu des ententes avec 5 clientes, représentant 8 installations. Ces ententes demeurent assujetties aux approbations requises de la part de la Régie dans le présent dossier.

Par ailleurs, Énergir est également en discussion avec d'autres clientes, dont la Ville de Montréal (« Ville »), qui représente plus de 200 installations et qui désire avoir accès au service GNR proposé dans le présent dossier afin de réduire significativement et rapidement ses émissions de GES. Or, les exigences prévues à l'article 573.3 de la *Loi sur les cités et villes* (L.R.Q, c. C-19) ne permettent à la Ville de conclure un contrat de gré à gré afin d'avoir accès au service GNR que lorsque la Régie aura approuvé le tarif relatif à un tel service. En effet, contrairement aux contrats déjà conclus avec des clients, et prévoyant que ceux-ci sont assujettis aux modalités devant être approuvées ultérieurement par la Régie, un éventuel contrat de gré à gré entre la Ville et Énergir ne peut intervenir qu'après que cette dernière ait statué sur la demande relative à la mise en place du service GNR. »

[nous soulignons]

23. Il est également important de noter que chacune des ententes conclues par Énergir avec des clients contient une clause d'ajustement rétroactif du prix convenu, du même type que celle apparaissant au contrat conclu avec L'Oréal;

- B-0092, par. 13
- B-451, déposé sous pli confidentiel

24. Dans le cadre d'une audience tenue le 8 mai 2019, Énergir a notamment été questionnée par la Régie quant à la conformité des contrats de vente de GNR avec l'article 53 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (« LRÉ ») en l'absence d'approbation d'un tarif GNR.
25. Le 24 mai 2019, Énergir déposait un complément d'argumentation (B-0068) dans lequel elle soutenait, et soutient toujours, que les contrats de vente de GNR conclus par Énergir respectaient l'article 53 LRÉ, puisque le tarif qui sera ultimement exigé des clients sera celui fixé par la Régie en raison de la Clause d'ajustement :
- « Énergir soumet qu'elle n'a pas contrevenu à cette disposition puisque les contrats conclus avec les clients GNR indiquent précisément que la décision à intervenir dans le présent dossier définira les droits des parties. Ainsi, le tarif qui sera ultimement exigé du client, au sens de l'article 53 LRÉ sera celui fixé par la Régie dans le cadre de la décision à intervenir dans le présent dossier. Le sort de ces ententes suivra celui de la proposition soumise à la Régie dans le présent dossier pour approbation et Énergir soumet qu'une telle dynamique devrait être jugée conforme à l'intention du législateur. »
26. Le 7 juin 2019, Énergir déposait au présent dossier une demande prioritaire (B-0082) visant à faire approuver les caractéristiques d'un projet de contrat d'approvisionnement en GNR conclu auprès d'un fournisseur.
27. Dans le cadre d'une audience tenue le jour même, les témoins d'Énergir ont notamment été interrogés quant à la revente du GNR obtenu auprès du vendeur et ils ont réitéré qu'Énergir entendait revendre le GNR aux clients qui en feront la demande, selon les modalités proposées dans le cadre du présent dossier et selon la dynamique prévue à la Clause d'ajustement.
28. À l'issue de l'audience du 7 juin 2019, la Régie a accueilli les conclusions recherchées par la demande prioritaire (B-0082) en ces termes :

« Ceci dit, la Régie approuve les caractéristiques du contrat d'approvisionnement en GNR qu'Énergir entend conclure avec le producteur/vendeur et déposer pour examen aujourd'hui, le sept (7) juin deux mille dix-neuf (2019), à la pièce B-0085, sous réserve des conditions suivantes :

Il y aura création d'un compte de frais pour capter l'écart entre le coût d'achat prévu au contrat et celui fixé par la formule d'établissement prévue à la décision D-2015-107.

La détermination quant à la disposition de ce compte de frais sera faite au terme du présent dossier après avoir entendu la preuve au mérite.

En ce qui concerne la vente de gaz naturel renouvelable, avec ce contrat et les autres, à des clients du Distributeur, la Régie considère que cette vente doit se faire en fonction des tarifs déjà autorisés et applicables au moment de la vente.

En ce qui concerne la confidentialité, la Régie va trancher là-dessus en même temps que les demandes relatives aux audiences des sept (7) et huit (8), mai, particulièrement celles du huit (8), mai là.

Alors, les pièces demeurent confidentielles jusqu'à ce qu'on tranche sur la question et on demandera au sténographe, à l'enregistrement, d'effacer ou enfin de caviarder nos indiscretions sur la durée. »

[nous soulignons]

29. À la suite de cette décision, Énergir a déposé le 19 juin 2019 une demande visant la mise en place d'un tarif GNR d'application provisoire ainsi qu'une demande visant l'application rétroactive de ce tarif aux contrats de vente de GNR conclus à cette date, à l'exception du contrat de vente au client L'Oréal pour lequel un tarif légèrement inférieur était demandé sans toutefois remettre en question l'application de la rétroactivité (voir à cet égard la demande provisoire amendée du 15 juillet 2019).

➤ B-0092

30. Le 3 septembre 2019, la Régie rendait la décision D-2019-107 par laquelle elle approuvait notamment la mise en place d'un Tarif GNR d'application provisoire prenant effet à compter du 19 juin 2019.

31. Dans cette même décision, la Régie indiquait cependant qu'elle se pencherait ultérieurement sur la demande de l'application rétroactive du Tarif GNR d'application provisoire demandé par Énergir aux contrats de vente de GNR conclus avant le 19 juin 2019, ainsi que sur le contrat avec L'Oréal.

32. Enfin, dans une correspondance du 11 août 2020 (A-0142), la Régie demandait aux participants de transmettre une argumentation détaillée sur l'application rétroactive du tarif GNR en vue d'une audience devant se tenir le 2 octobre 2020. La Régie demandait alors que l'argumentation traite des éléments suivants :

- des motifs pour lesquels la rétroactivité du tarif devrait être accordée ou refusée, en citant les principes réglementaires applicables et la jurisprudence pertinente ;
- de l'application des articles 53 et 54 de la Loi sur la Régie de l'énergie eu égard à la demande, particulièrement quant aux conclusions de la décision D-94-04, en citant les principes réglementaires applicables et la jurisprudence pertinente ;
- des motifs pour lesquels l'approbation du Contrat devrait être accordée ou refusée, en citant les principes réglementaires applicables et la jurisprudence pertinente ;
- dans le cas du rejet en tout ou en partie de la demande d'Énergir, des remèdes possibles à apporter à la présente situation, notamment celui du remboursement aux clients qui ont été facturés à un prix plus élevé que le tarif autorisé, en citant les principes réglementaires applicables et la jurisprudence pertinente ;
- dans les situations où les remèdes appropriés auraient pour conséquence une diminution des revenus d'Énergir, la détermination quant à la ou les parties qui devraient supporter ce manque à gagner, en citant les principes réglementaires applicables et la jurisprudence pertinente;
- toutes autres observations pertinentes.

### III. RÉTROACTIVITÉ

33. Les articles 53 et 54 LRÉ se lisent comme suit :

**53.** Le transporteur ou le distributeur d'électricité ou un distributeur de gaz naturel ne peut convenir avec un consommateur ou exiger de celui-ci un tarif ou des conditions autres que ceux fixés par la Régie ou par le gouvernement ou prévus à l'annexe I de la Loi sur Hydro-Québec (chapitre H-5).

[...]

**54.** Toute stipulation d'une convention dérogeant à celle d'un tarif fixé par la Régie ou par le gouvernement ou prévu à l'annexe I de la Loi sur Hydro-Québec (chapitre H-5) est sans effet.

34. Tel que mentionné dans le complément de preuve soumis le 24 mai 2019 (B-0068), Énergir est d'avis que les contrats de vente de GNR conclus par Énergir avant le 19 juin 2019 (« **Contrats de vente de GNR** ») respectent les articles 53 et 54 LRÉ puisque le tarif qui sera ultimement exigé des clients sera celui fixé par la Régie en raison de la Clause d'ajustement.

➤ *B-0068, p. 13 et 14*

35. Si la Régie était malgré tout d'avis que le tarif appliqué aux Contrats de vente ne respectait pas les articles 53 et 54 LRÉ, Énergir soumet qu'il serait néanmoins possible d'appliquer rétroactivement le tarif provisoire approuvé le 3 septembre 2019, le tout tel que requis par Énergir dans sa demande du 19 juin 2019.

#### A. PRINCIPE ET EXCEPTION

36. Énergir reconnaît que la non-rétroactivité tarifaire est un principe bien implanté en droit réglementaire et qui a été appliqué de manière constante par la Régie au fil des années.

➤ *D-2006-066, p. 51*

« Le principe général est la non-rétroactivité et la rétroactivité, l'exception. »

37. Cette non-rétroactivité tarifaire est généralement souhaitable puisqu'elle permet d'assurer la sécurité et la stabilité juridique des parties concernées. Tel que mentionné par la Régie dans la décision D-2017-062, « *le principe de non-rétroactivité a été établi afin d'éviter que la stabilité financière des services publics réglementés soit ébranlée, avec toutes les conséquences prévisibles sur le service à rendre aux usagers, si les tarifs connaissaient des variations.* »

38. Cependant, comme beaucoup de principes, celui de la non-rétroactivité tarifaire souffre de quelques exceptions. C'est notamment le cas en présence de « *contextes particuliers et exceptionnels* » qui justifieraient l'application rétroactive de tarifs.
- *D-2014-164*
  - *D-2017-125*
  - *D-2000-222*
39. À titre d'exemple, dans sa décision D-2014-164, la Régie avait fait une exception au principe de non-rétroactivité des tarifs en raison du contexte particulier et exceptionnel du projet de lecture à distance, de la durée relativement courte d'application, du faible nombre de clients visés et du fait qu'aucun intervenant ne s'y opposait.
40. Également, dans le présent dossier, au moment de fixer les audiences portant sur la demande de mise à jour du tarif GNR provisoire (B-0332), la Régie était notamment saisie de commentaires d'Énergir (B-0337) selon lesquels elle privilégiait la tenue d'audiences les 16 et 17 septembre 2020, plutôt que des audiences tenues les 30 septembre et 1<sup>er</sup> octobre 2020, puisque cela « permettrait de fixer un tarif GNR provisoire, sans rétroactivité, au 1<sup>er</sup> octobre 2020 ».
41. La Régie était également saisie de commentaires de deux des neuf intervenants au dossier préférant que les audiences se tiennent les 30 septembre et 1<sup>er</sup> octobre 2020 puisqu'ils étaient confrontés à un conflit d'horaire en lien avec leur implication dans un dossier d'Hydro-Québec Distribution;
42. Par sa décision procédurale D-2020-098 fixant les dates d'audiences pour l'examen de la mise à jour du tarif provisoire (B-0332), la Régie a cherché à instaurer « un équilibre qui permette de mieux satisfaire l'intérêt public » (par. 21).
43. Dans la décision D-2020-098, la Régie a déterminé que l'intérêt public serait mieux servi en permettant aux deux intervenants de participer à des audiences les 30 septembre et 1<sup>er</sup> octobre 2020, et ce, en dépit du fait que, ce faisant, la mise à jour de tarif GNR provisoire au 1<sup>er</sup> octobre 2020 serait vraisemblablement assurément rétroactive pour la clientèle d'Énergir.
44. Dans ce même ordre d'idée, Énergir soumet respectueusement que des circonstances particulières et exceptionnelles justifient également que la Régie, dans l'intérêt public, applique le tarif GNR provisoire rétroactivement à la date de signature des Contrats.

## **B. CONTEXTE PARTICULIER ET EXCEPTIONNEL**

45. Énergir soumet que le contexte dans lequel ont été conclus les Contrats de vente de GNR doit être qualifié de « particulier et exceptionnel », justifiant l'application rétroactive du tarif GNR provisoire.

46. À cet égard, Énergir souligne notamment les éléments suivants :
- a) Incapacité d'agir du président
  - b) Rencontre administrative du 26 septembre 2017
  - c) Le GNR constituait un produit nouveau, distinct du gaz de réseau, qui ne faisait toujours pas l'objet d'un cadre réglementaire complet;
  - d) Énergir se devait d'agir rapidement, puisque le Plan d'action 2017-2020 prévoyait un règlement établissant à 5 % la proportion minimale de gaz naturel renouvelable que les distributeurs québécois de gaz naturel doivent injecter dans leur réseau de distribution pour les clients du Québec;
  - e) Avant même de conclure des contrats de vente de GNR, Énergir a procédé le 7 juillet 2017 au dépôt de sa demande initiale dans le présent dossier, par laquelle elle demandait notamment à la Régie d'approuver la mise en place d'un tarif GNR;
  - f) Chaque Contrat de vente de GNR conclu par Énergir prévoyait une clause à l'effet que les factures émises avant la décision de la Régie dans le cadre du présent dossier seraient ajustées, si requis, pour appliquer de manière rétroactive le prix du GNR approuvé par la Régie;
  - g) Le nombre de clients visés par la demande d'application rétroactive du tarif est très limité, à savoir sept (7) clients;
  - h) En tout temps pertinent les sept (7) clients visés ont pleinement eu connaissance du tarif GNR dont l'application rétroactive est demandée;
  - i) Les sept (7) clients visés ont déjà payé le tarif GNR dont l'application rétroactive est demandée;
  - j) En tout temps pertinent, Énergir a informé la Régie des contrats de vente de GNR qu'elle concluait.
47. Compte tenu de ce qui précède, Énergir soumet que l'application rétroactive du tarif GNR n'aurait aucunement pour effet de nuire à la stabilité juridique des parties concernées mais, bien au contraire, elle permettrait précisément d'assurer une telle stabilité.
48. De plus, en l'absence de rétroactivité, les parties se retrouveraient dans un vide juridique puisqu'il n'existait à l'époque aucun tarif de fourniture GNR dédié aux clients désirant consommer volontairement du GNR.
49. Ainsi, dans la mesure où la Régie devait refuser l'application rétroactive du tarif GNR à l'endroit de ces sept (7) clients, aucun tarif autre que celui du gaz de réseau (qui n'est pas adapté au GNR) ne pourrait leur être facturé, et ce, malgré leur consommation de GNR durant la période visée.
50. Énergir soumet qu'une telle situation serait contraire à l'intérêt public et ferait en sorte que sept (7) clients ne paieraient pas un « juste tarif », contrairement à ce que prévoit l'article 31(2.1) LRÉ. Il serait également inéquitable pour le reste de la clientèle que

les sept (7) clients visés puissent bénéficier de la valeur accrue du GNR au même prix que le gaz de réseau.

51. L'application du tarif du gaz de réseau aux sept (7) clients ayant consommé du GNR serait par ailleurs contraire à l'article 52 LRÉ, lequel prévoit que le tarif de fourniture de gaz naturel doit refléter le coût réel d'acquisition (lequel est nettement plus élevé pour le GNR que pour le gaz de réseau).

➤ *Article 52 LRÉ*

« Dans tout tarif de fourniture de gaz naturel, les taux et autres conditions applicables à un consommateur ou une catégorie de consommateurs doivent refléter le coût réel d'acquisition ou toute autre condition d'approvisionnement consentie à un distributeur par des producteurs de gaz naturel ou leurs représentants en considération de la consommation de ce consommateur ou de cette catégorie de consommateurs. »

52. Énergir soumet qu'une application rétroactive du tarif GNR provisoire ne porterait aucunement atteinte aux droits des parties visées, puisque les sept (7) clients concernés ont déjà payé un tel tarif, et ont déjà accepté qu'un tel tarif soit appliqué de manière rétroactive par la Régie.

53. L'application rétroactive du tarif GNR provisoire ne viendrait ainsi pas modifier un tarif déjà existant, mais aurait plutôt pour effet de régulariser une situation déjà convenue avec les sept (7) clients visés.

54. Finalement, dans l'arrêt *Bell Canada c. CRTC*, la Cour suprême a examiné le pouvoir du CRTC de revoir, rétroactivement, le contenu des ordonnances tarifaires provisoires déjà rendues :

➤ *[1989] 1 RCS 1772, p. 1761*

« Même si le Parlement a décidé d'adopter un système de réglementation des tarifs de téléphone par voie d'approbation, la souplesse additionnelle que procure le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires indique que [le CRTC] peut rendre des ordonnances effectives à compter de la date du dépôt de la demande initiale ou de la date à laquelle l'appelant a entrepris les procédures de son propre chef. La théorie qui sous-tend la règle portant qu'un système positif d'approbation permet seulement de rendre des ordonnances prospectives repose sur la présomption que les taux sont justes et raisonnables jusqu'à leur modification pour le motif que l'organisme de réglementation qui les a approuvés l'a fait parce qu'ils étaient effectivement justes et raisonnables. Cependant, le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires comporte forcément le pouvoir de modifier en entier la structure des taux établie antérieurement dans l'ordonnance définitive. Par conséquent, on ne saurait affirmer que le processus de révision des taux commence à la date de la dernière audience; la révision des taux commence plutôt lorsque [le CRTC] établit des taux provisoires en attendant qu'une décision finale sur le fond soit rendue. Comme il a été dit dans une opinion incidente dans *Re Eurocan Pulp & Paper Co. and British Columbia Energy Commission* (1978), 87 D.L.R. (3d) 727 (C.A.C.-B.), au sujet d'un régime législatif semblable mais non identique, le pouvoir de rendre des ordonnances provisoires comporte effectivement le pouvoir de les rendre exécutoires à compter de la date du début des procédures. À son tour, ce pouvoir doit comprendre celui de rendre des

ordonnances appropriées pour corriger tout écart entre le taux de rendement généré par les taux provisoires et le taux de rendement autorisé dans la décision finale pour la période pendant laquelle ils sont en vigueur, et ce, pour parvenir à des taux justes et raisonnables pendant toute cette période. »

[nous soulignons, références omises]

55. Ainsi, Énergir soumet que la demande d'application rétroactive du tarif GNR provisoire s'inscrit dans un « contexte particulier et exceptionnel » et qu'elle est ainsi justifiée au sens de la jurisprudence de la Régie, mais elle serait également conforme aux enseignements de la Cour suprême du Canada, qui reconnaît qu'une ordonnance provisoire puisse être exécutoire à la « date du début des procédures » plutôt qu'à la date où celle-ci est rendue.
56. Compte tenu de ce qui précède, Énergir invite la Régie à fixer provisoirement le tarif GNR et à déclarer que celui-ci est applicable rétroactivement aux contrats énumérés à l'annexe de la pièce B-0126 à la date de leur signature.

### C. DÉCISION OLD DOMINION

57. Le 20 novembre 2020, la Régie a déposé au présent dossier la décision *Old Dominion Electric Cooperative v. Federal Energy Regulatory Commission* rendue le 15 juin 2018 par la *United States Court of Appeals (for the district of Columbia circuit)*.
58. Dans cette affaire, la Federal Energy Regulatory Commission (« FERC ») avait refusé de dispenser rétroactivement l'application d'un plafond tarifaire (« rate cap »), empêchant ainsi Old Dominion de récupérer les coûts encourus excédant le plafond tarifaire en question.
59. La FERC avait alors fondé sa décision sur la base de la « filed rate doctrine », principe connu en droit réglementaire américain qui interdit catégoriquement l'application tarifaire rétroactive.
60. Or, Énergir soumet que cette décision ne peut servir de précédent afin d'empêcher l'application rétroactive du tarif GNR demandée par Énergir.
61. Il est d'abord important de souligner que la FERC avait conclu à la violation de la « filed rate doctrine » en raison de l'absence d'un avis préalable aux personnes touchées.

➤ *Federal Energy Regulatory Commission (FERC). 151 FERC 61,207 (9 juin 2015), para 46*

46. (...) **When evaluating whether granting the requested relief would violate either the filed rate doctrine or the rule against retroactive ratemaking, the Commission considers whether the ratepayers had sufficient notice that the approved rate was subject to change. In this case, ratepayers had not received any prior notice of ODEC's requested relief**, which was sought roughly five months after the events in question.

➤ *Order Denying Rehearing 154 FERC 61,155 (1er mars 2016), para 9 et 17*

9. As discussed below, we deny ODEC's request for rehearing. ODEC's waiver request seeks to recover costs related to generation service provided to PJM in January 2014, although PJM's OATT and Operating Agreement on file with the

Commission in January 2014 did not allow the recovery of those costs **and no notice had been provided to PJM's ratepayers that the rates paid for service in January 2014 were subject to subsequent revision.** Such retroactive recovery of costs related to a past service is a classic example of a violation of the filed rate doctrine and the prohibition of retroactive ratemaking.

17. (...) Here, customers had not been provided any notice that these costs for past sales could be recovered. Thus, we continue to find that ODEC's waiver request is barred by the filed rate doctrine and the rule against retroactive ratemaking.

- *Old Dominion Electric Cooperative v. Federal Energy Regulatory Commission, United States Court of Appeals (for the district of Columbia circuit), No. 16-1111 (15 juin 2018), page 12 et 13*

That would seem to be the end of the matter. But Old Dominion argues that recouping its losses would be consistent with the filed rate doctrine because ratepayers were on notice that the Tariff set a market rate for electricity, and the Polar Vortex altered that market rate.

Close, but no cigar. Old Dominion is correct that no violation of the filed rate doctrine occurs when "buyers are on adequate [advance] notice that resolution of some specific issue may cause a later adjustment to the rate being collected at the time of service." (...)

The coup de grace for Old Dominion's theory is that the filed rate on its face assured customers that, however the market might change, charges would be capped at \$1,000 per megawatt-hour. Tariff, Attachment K, Appendix § 1.10.1A(d)(viii). Customers, in other words, were on explicit notice that, although market forces might cause some variation within a range, the rates charged would never exceed the agreed-upon rate cap.

62. Cette situation se distingue grandement de la demande soumise par Énergir. En effet, en ce qui a trait à Énergir, les clients visés étaient pleinement informés du tarif GNR applicable, celui-ci ayant même été prévu de manière explicite dans un contrat conclu entre les parties.

63. Dans l'affaire Old Dominion, la FERC reconnaît par ailleurs qu'il n'y aurait pas eu de contravention à la « filed rate doctrine » en présence d'un contrat entre les parties concernées.

- *Order Denying Rehearing 154 FERC 61,155 (1er mars 2016), para 22*

22. We find that ODEC's reliance on the "unfiled rate" cases is misplaced. Those cases dealt with written agreements for service that were ultimately filed with the Commission. The court explained that in those cases the Commission was not granting retroactive relief, but rather was giving "prospective application to the rates contractually authorized by the parties at the effective date contemplated by the contract." Here, however, there was no contract between ODEC and PJM providing for ODEC's recovery of the costs at issue here, but only informal statements by PJM concerning cost recovery that were contrary to its tariff on file.

- *Old Dominion Electric Cooperative v. Federal Energy Regulatory Commission, United States Court of Appeals (for the district of Columbia circuit), No. 16-1111 (15 juin 2018), page 14*

First, the website statement was not filed with the Commission. That is required for all rate changes. 16 U.S.C. § 824d(d); see *West Deptford*, 766 F.3d at 23–24; see also *City of Piqua v. FERC*, 610 F.2d 950, 954 (D.C. Cir. 1979). As a result, the statement did not provide the legally required notice to even first-line purchasers in the wholesale markets, such as load-serving entities, let alone to the downstream retail customers. See *Columbia III*, 895 F.2d at 797 (citing *Columbia Gas Trans. Corp. v. FERC*, 831 F.2d 1135, 1140–1141 (D.C. Cir. 1987), abrogated on other grounds by *Transwestern*, 897 F.2d at 579); cf. *City of Piqua*, 610 F.2d at 954–955 (**approving a seemingly retroactive rate because a pre-existing contractual agreement provided ratepayers prospective notice of the impending rate change from the date of the contract**).

64. Dans la mesure où la FERC avait conclu en l'absence d'avis suffisant, celle-ci ne bénéficiait alors d'aucune discrétion pour autoriser la demande de Old Dominion, et ce, sans égard aux arguments avancés quant à l'équité et au caractère exceptionnel.

➤ *Old Dominion Electric Cooperative v. Federal Energy Regulatory Commission, United States Court of Appeals (for the district of Columbia circuit), No. 16-1111 (15 juin 2018), pages 9 à 11*

Old Dominion sought rehearing based entirely **on grounds of fairness and equity**. Specifically, **it argued that the Commission has discretionary authority to “retroactively waive a tariff in order to authorize ‘actions other than those prescribed by the filed rate[.]” when “it concludes that the ‘tariff should not be applied under a particular out-of-the-ordinary set of facts[.]”** Old Dominion Elec. Coop., 154 FERC ¶ 61,155 at P 11 (2016).

The Commission disagreed, explaining that Old Dominion's requested waiver constituted “a classic example of a violation of the filed rate doctrine and the prohibition of retroactive ratemaking.” Old Dominion Elec. Coop., 154 FERC ¶ 61,155 at P 9. **The Commission also found that this court's precedent stripped it of any power to disregard on equitable grounds either the filed rate doctrine or the rule against retroactive ratemaking, no matter how compelling the equities might be.**

The governing law is not in question here. The filed rate doctrine and the rule against retroactive ratemaking **leave the Commission no discretion** to waive the operation of a filed rate or to retroactively change or adjust a rate for good cause or for any other equitable considerations. *Columbia III*, 895 F.2d at 794–797. These corollary rules operate as a nearly impenetrable shield for consumers, ensuring rate predictability and preventing discriminatory or extortionate pricing. *West Deptford*, 766 F.3d at 12; see *Arkansas La.*, 453 U.S. at 578 (explaining that not even “the Commission itself” possesses the authority to contravene the prospective application of rates).

**Given those emphatic rules against retroactively changing filed rates and the absence of any equitable waiver authority in the Commission, the only question in this case is whether granting Old Dominion the waiver it sought would have violated one of those prohibitions.** We agree with the Commission that either waiver would have run afoul of both.

65. Cette situation se distingue encore une fois de la jurisprudence québécoise, laquelle permet une application tarifaire rétroactive en présence de « contextes particuliers et exceptionnels ».

#### IV. REMÈDES À APPORTER (LE CAS ÉCHÉANT)

66. Dans sa correspondance du 11 août 2020 (A-0142), la Régie demandait d'identifier la ou les parties qui devraient supporter un éventuel manque à gagner « *dans les situations où les remèdes appropriés auraient pour conséquence une diminution des revenus d'Énergir* ».
67. Dans l'éventualité où la Régie rejetait la demande de rétroactivité et ordonnait le remboursement aux sept (7) clients facturés au tarif GNR, Énergir soumet que les circonstances du présent dossier ne permettraient alors pas à la Régie de faire assumer un quelconque manque à gagner aux actionnaires d'Énergir.
68. En effet, la seule contravention à l'article 53 LRÉ ne saurait justifier en soi une désallocation des coûts liés aux contrats de vente de GNR.
69. Lorsqu'elle s'interroge *a posteriori* sur l'opportunité d'exclure des actifs de la base de tarification ou de désallouer des coûts, la Régie doit exercer ses pouvoirs suivant un test de prudence (la « **Norme de prudence** ») largement reconnu par les régulateurs canadiens, y compris la Régie.
70. Dans une décision de 2013, la Cour d'appel de l'Ontario rappelait les principales composantes de cette Norme de prudence :

- *Power Workers' Union (Canadian Union of Public Employees, Local 1000) v. Ontario (Energy Board), 2013 ONCA 359*

[16] On the other hand, when committed costs are at issue, that is costs that cannot be reduced by the applicant in the test period, the OEB undertakes a prudence review. In *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario (Energy Board)* (2006), 2006 CanLII 10734 (ON CA), 210 O.A.C. 4 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2006] S.C.C.A. No. 208, this court accepted that approach and outlined what it entails at p. 5:

The Board agrees that a review of prudence involves the following:

- Decisions made by the utility's management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.
- To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.
- Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.
- Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time.

[nous soulignons]

71. Il est donc bien établi que le distributeur bénéficie d'une présomption que ses décisions sont prudentes. Cette présomption peut être repoussée par une preuve contraire, fondée sur des motifs raisonnables qui font conclure à l'imprudence, et ce, en tenant compte des circonstances entourant la décision prise.

➤ *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board), 2005 ABCA 122*

« [64] [...] before a regulator investigates the prudence of a utility, the presumption of prudence must be rebutted [...]

[65] [...] prudence is described as a concept borrowed from legal principles, such as negligence. In other words, the public utility will be held to a managerial duty of care...the deliberate exposure to substantial risk in the exercise of managerial is by its very nature imprudent, for risk is to be avoided, if not altogether, at least insofar as possible under the circumstances [...]

[66] A presumption of prudence triggers an onus of proof on the party impugning managerial decisions. However, if that presumption is rebutted, a public utility's decision will be reviewed, applying an objective test of reasonableness to the facts and circumstances surrounding the decision, without relying on hindsight.

[nous soulignons]

72. À l'instar d'autres régulateurs canadiens, la Régie a retenu et appliqué ces règles de droit et principes jurisprudentiels relatifs à la Norme de prudence.

➤ *D-2015-088, para 103 à 117*

[104] Gaz Métro ne conteste pas le pouvoir de la Régie de désallouer une dépense dans le cadre de l'examen d'un rapport annuel, en autant que les exigences procédurales applicables à un tel enjeu de nature tarifaire soient respectées. Également, Gaz Métro soumet que les règles de droit et les principes jurisprudentiels relatifs à la Norme de prudence doivent être appliqués.

[105] La Norme de prudence est un concept qui n'est pas étranger à la Régie. La pertinence d'appliquer cette Norme de prudence a été reconnue à l'occasion de l'examen d'un cas de dépassement important de coûts d'un projet d'extension de réseau dans le cadre du rapport annuel 2005 de Gaz Métro.

[...]

[110] Gaz Métro bénéficie donc d'une présomption de prudence à l'égard des dépenses réellement engagées, présomption qui peut être écartée par une preuve contraire. Le simple fait que Gaz Métro ait engagé des charges d'exploitation supérieures au montant autorisé initialement n'est donc pas un motif suffisant pour écartier la présomption de prudence.

[nous soulignons]

➤ *D-2007-24, pages 16 et 18*

Lorsqu'un organisme de régulation économique comme la Régie qualifie d'imprudente une décision ou une dépense d'un distributeur ou d'une compagnie d'utilité publique (public utility), certains principes s'appliquent.

[...]

L'imprudence est définie en terme de faute ou de négligence tenant à un manque de prévoyance, au manquement au devoir d'agir avec soin ou attention (« care »), à un abus, à des actions malhonnêtes, à du gaspillage (« wasteful ») ou à des dépenses inutiles.

[nous soulignons]

73. Or, en tenant compte de l'ensemble des circonstances décrites à la section III des présentes, Énergir soumet que sa décision de vendre du GNR à un tarif supérieur à celui du gaz de réseau ne peut être qualifiée d'imprudent à la lumière des décisions citées ci-dessus.
74. Plus particulièrement, Énergir rappelle:
- a) que le GNR constituait un produit nouveau qui ne faisait toujours pas l'objet d'un cadre réglementaire complet;
  - b) qu'elle s'est assurée que chaque contrat d'achat de GNR contienne une Clause d'ajustement;
  - c) que les tarifs GNR appliqués étaient donc ultimement sujets à l'approbation de la Régie;
  - d) que l'application d'un tarif GNR aux sept (7) clients concernés reflétait le coût réel d'acquisition du GNR, lequel est nettement plus élevé que celui du gaz de réseau, et
  - e) qu'elle a informé la Régie en tout temps pertinent des contrats de vente de GNR qu'elle concluait.
75. Toute conclusion voulant que les actionnaires d'Énergir doivent assumer entièrement ou partiellement des sommes qui auraient autrement été payées par les sept (7) clients visés par la demande d'application rétroactive dont est saisie la Régie s'éloignerait significativement des faits portés à l'attention de cette dernière et entrerait en conflit avec les termes prévus à l'article 5 LRÉ, qui requiert un « traitement équitable du distributeur »; Pour ces motifs, Énergir soumet qu'un manque à gagner résultant d'un éventuel remboursement aux sept (7) clients facturés au tarif GNR ne pourrait être imputé aux actionnaires d'Énergir.

#### **A. DÉCISION RP-2001-0032 (OEB)**

76. Le 20 novembre 2020, la Régie a déposé au présent dossier la décision *RP-2001-0032* rendue le 13 décembre 2002 par l'Ontario Energy Board (« OEB »).
77. Dans cette affaire, plusieurs intervenants contestaient la prudence de la décision d'Enbridge Gas Distribution (« Enbridge ») de contracter des capacités de transport long terme avec Alliance et Vector (plutôt qu'avec TCPL).

78. Selon la preuve, la décision d'Enbridge avait alors entraîné des coûts de 12,4 M\$, lesquels découlaient principalement du retard de la mise en service des capacités de transport de Vector.
79. Après avoir repris les principes applicables en matière de prudence, l'OEB a conclu que la présomption de prudence dont bénéficiait Enbridge devait être renversée, et ce, pour deux motifs :
- a) Un possible conflit d'intérêts entre Enbridge et Alliance
  - b) L'importance des coûts additionnels par rapport à l'alternative de TCPL;
80. La présomption de prudence renversée, l'OEB a ensuite conclu qu'Enbridge n'avait pas été prudente à l'égard de deux contrats conclus avec Alliance, et ce, pour les motifs suivants :
- a) Enbridge n'a pas démontré qu'elle avait analysé l'ensemble des alternatives disponibles (3.12.21)
  - b) Enbridge était au courant dès le départ des risques de retard dans la mise en service des capacités de transport d'Alliance, mais celle-ci a fait défaut de prendre les mesures appropriées afin de mitiger ces risques (3.12.39)
  - c) Enbridge aurait pu attendre que pipeline d'Alliance soit construit avant de conclure une entente à long terme, ce qui aurait évité les inconvénients associés au retard de mise en service (3.12.21)
  - d) L'OEB n'a pas été convaincue qu'il n'existait pas de conflit d'intérêts entre Enbridge et Alliance (3.12.26)
81. En conséquence, l'OEB a déterminé qu'Enbridge ne pourrait récupérer une somme de 11 M\$ découlant des contrats avec Alliance, à savoir la portion des coûts attribuable au retard de la mise en service du pipeline.
82. Énergir soumet que la décision *RP-2001-0032* ne pourrait être utilisée pour conclure à l'imprudence.
83. D'abord, contrairement à la décision *RP-2001-0032*, Énergir soumet qu'il n'existe aucun élément en preuve permettant de renverser la présomption de prudence dont elle bénéficie.
84. Par ailleurs, avenant même que la présomption de prudence soit renversée, Énergir soumet qu'il n'existe aucune preuve à l'effet que les contrats d'achat et de vente de GNR conclus par Énergir étaient imprudents.

## **B. DÉCISION D-94-04**

85. Dans sa correspondance du 11 août 2020 (A-0142), la Régie réfère aux conclusions de la décision D-94-04.
86. Dans cette affaire, Énergir (alors Société en commandite Gaz Métropolitain (SCGM)) avait notamment conclu des ententes particulières avec certains clients afin que ces derniers puissent bénéficier du gaz de réseau à un tarif distinct de celui approuvé par la Régie.

L'objectif était alors de protéger le volume de ventes qui risquait d'être perdu au profit du mazout.

87. Au terme de son analyse, la Régie avait conclu à l'illégalité de l'approche de SCGM et avait ainsi ordonné que toute conséquence financière qui en découlait soit imputée aux sociétaires de SCGM.
88. Énergir soumet que la situation décrite dans la décision D-94-04 se distingue à plusieurs égards de la présente demande d'application rétroactive du tarif GNR provisoire.
89. Tout d'abord, dans l'affaire D-94-04, il avait été établi que le prix auquel le gaz naturel avait été vendu à certains clients n'avait aucune relation avec le coût réel d'acquisition. Il était ainsi reproché à SCGM d'avoir vendu du gaz naturel à rabais à certains clients, et ce, au détriment de l'ensemble de la clientèle.

➤ *D-94-04, pages 7, 9 et 22*

90. Cette situation diffère grandement du dossier à l'étude où Énergir a plutôt convenu avec les sept (7) clients visés d'un prix plus élevé que le gaz de réseau, et ce, afin de refléter le coût réel d'acquisition du GNR et d'éviter que les coûts additionnels associés au GNR soient interfinancés par le reste de la clientèle.
91. De plus, Énergir rappelle que le tarif convenu dans les contrats de vente de GNR visait un produit distinct du gaz de réseau (à savoir du GNR), alors que dans l'affaire D-94-04, il était reproché à SCGM d'avoir vendu un même produit (à savoir du gaz de réseau) à des tarifs distincts.
92. Il est également à noter que les contrats de vente dans l'affaire D-94-04 ne contenaient aucune clause d'ajustement de tarif semblable à celle contenue aux Contrats de vente de GNR.
93. Enfin, dans l'affaire D-94-04, il était notamment reproché à SCGM de ne pas avoir informé la Régie en temps utile de l'approche tarifaire envisagée. Cette situation contraste encore une fois avec l'approche d'Énergir dans le présent dossier, laquelle s'est assurée d'informer la Régie des contrats de vente de GNR conclus avec les clients visés dès 2017, le tout postérieurement au dépôt de la demande initiale du 7 juillet 2017 visant la mise en place d'un tarif GNR.

➤ *D-94-04, pages 21 et 23*

Il est vrai également qu'elle avait déclaré à ce moment-là qu'elle aurait un programme agressif pour contrer la compétition du mazout. Mais jamais elle n'avait laissé entrevoir à la Régie et aux intervenantes la nature et l'ampleur du programme, les critères d'application de ce programme, et les moyens qu'elle utiliserait pour le financer.

Le distributeur aurait donc pu également soumettre son plan d'action pour discussion soit dans la requête sur sa politique d'approvisionnement (R-3192-90) ou dans la cause tarifaire (R-3260-93). La Régie trouve donc inacceptable l'attitude cavalière qu'a eue l'intimée dans ce dossier.

[...]

La Régie est d'opinion que dans son Plan de contingence, le distributeur a sciemment mêlé ces procédés, sans notification préalable de la Régie, ce qui constitue une dérogation tarifaire

[nous soulignons]

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.

Montréal, le 4 décembre 2020

*(s) Hugo Sigouin-Plasse*

---

**ÉNERGIR, S.E.C.**

Me Hugo Sigouin-Plasse

Me Philip Thibodeau

1717, rue du Havre

Montréal (Québec) H2K 2X3

Téléphone : (514) 598-3850

Télécopieur : (514) 598-3839

adresse courriel pour ce dossier :

[philip.thibodeau@energir.com](mailto:philip.thibodeau@energir.com)