



Hugo Sigouin-Plasse, avocat

Chef de service, Réglementation et litiges

Affaires juridiques

Ligne directe : (514) 598-3767

Télécopieur : (514) 598-3839

Courriel : hugo.sigouin-plasse@energir.com

Adresse courriel pour ce dossier : dossiers.reglementaires@energir.com

PAR SDE

8 décembre 2020

M^e Véronique Dubois

Secrétaire

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

Tour de la Bourse

800, Place Victoria - bureau 2.55

Montréal QC H4Z 1A2

Objet : Demande concernant la mise en place de mesures relatives à l'achat et la vente de gaz naturel renouvelable

Notre dossier : 312-00833

Dossier Régie : R-4008-2017

Chère consœur,

Énergir soumet ci-après ses arguments en réplique à certains arguments formulés par les intervenants dans le cadre de leur plaidoirie relative à la rétroactivité du tarif GNR provisoire. Énergir réitère par ailleurs l'ensemble des arguments formulés lors de l'audience du 4 décembre 2020.

Une solution « simple », conforme aux principes réglementaires

Dans le cadre de son argumentation, le procureur de SÉ-AQLPA-GIRAM a procédé à une revue détaillée de certaines décisions américaines permettant d'apprécier la portée des décisions *Old Dominion*, déposées au dossier par la Régie.¹ Selon SÉ-AQLPA-GIRAM, cette jurisprudence américaine ne saurait constituer un obstacle à l'application rétroactive de tarif GNR, bien au contraire. Énergir partage le point de vue du regroupement et, de manière plus spécifique, est d'accord avec son procureur lorsque celui-ci affirme :

« Et je passe maintenant à l'application au présent cas. Vous verrez que les principes sont connus, la solution, je vous le soumetts respectueusement, peut-être que d'autres auront une autre opinion, mais je vous soumetts respectueusement que la solution est très simple.

Le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM soumet respectueusement que la Régie devrait accueillir la demande de tarification rétroactive logée au présent dossier par Énergir quant aux tarifs de GNR de deux mille dix-sept (2017) à deux mille dix-neuf

¹ A-0192 et A-193

(2019), car d'une part, le GNR a été légalement acquis par Énergir et cet aspect n'est aucunement en litige ici. Cet achat de GNR est conforme notamment aux politiques gouvernementales. Certains de ces achats ont aidé à sécuriser les clients volontaires.»²

[nous soulignons]

La Régie peut déclarer le tarif GNR provisoire rétroactif et aucun principe réglementaire ne s'y oppose. Comme indiqué par Énergir en argumentation principale, et comme l'affirme également SÉ-AQLPA-GIRAM, la Régie a déjà accepté d'exercer ses pouvoirs tarifaires en déclarant des tarifs rétroactifs. Les décisions D-2000-222, D-2014-164 et D-2017-125 constituent des exemples où la Régie, en présence d'un « contexte particulier et exceptionnel », a accepté de déclarer un tarif d'application rétroactive. À cet égard, lors de l'audience du 4 décembre, la décision D-2017-125 a été citée par la Régie et il a été demandé à Énergir si, afin de conclure à la présence d'un « contexte particulier et exceptionnel », il était requis de faire la démonstration d'une « force externe » ou d'un « élément externe à l'entreprise » :

« Contexte particulier et exceptionnel. Dans MCI Telecommunication, et ça c'était la décision, je pense D-2017... Je vais juste aller vérifier...725... Attendez juste un instant. Donc...

Je vais vous revenir, mais dans le critère des décisions américaines sur lesquelles la Régie s'est basée, souvent, les critères des circonstances exceptionnelles... particulières et exceptionnelles, se fondent sur le fait que c'est des événements externes où des décisions... Excusez-moi, je vais reprendre mon texte.

Donc, ça va être des événements externes comme des conditions climatiques extrêmes, des pannes majeures ou des exigences légales ou réglementaires, incluant les modifications aux principes comptables qui ont, si vous voulez, exercé une force déterminante sur l'entreprise réglementée.

Pourriez-vous m'indiquer... parce que, là, dans les circonstances, ce qui, selon vous, constitue dans votre paragraphe 46, ces forces externes-là qui auraient été exercées sur Énergir? »³

[nous soulignons]

(...)

« De première génération. Il y avait eu une mention unanime de l'Assemblée nationale à Hydro-Québec, ce qui est mentionné dans la décision. Dans la D-2017-125, il y avait eu des... il y avait eu une situation climatique, des inondations, ce qui était un événement externe aussi. Et dans une autre décision que je n'ai pas le numéro sous les yeux, il y avait eu des modifications aux normes comptables. Alors, ça, ces trois éléments, si ont regarde...

² A-0209, p. 288

³ A-0209, p. 70 et 71

... les éléments communs des décisions québécoises, on voit qu'il y a un élément externe à l'entreprise, qui a créé une situation dans ces trois éléments, si on regarde... laquelle l'entreprise s'est retrouvée, si vous voulez, pris un petit peu entre l'arbre et l'écorce.»⁴

[nous soulignons]

En réponse à ces questions, le procureur d'Énergir a ciblé des faits au dossier qui s'apparenteraient vraisemblablement à des « éléments externes à l'entreprise ».⁵ Le procureur d'Énergir a par ailleurs indiqué qu'il ne croyait pas que la jurisprudence exigeait la démonstration d'un « élément externe à l'entreprise » comme prérequis à l'application rétroactive d'un tarif. À cet égard, Énergir précise que la Régie, dans la décision D-2017-125, écrivait ce qui suit :

« [86] Également, certaines exceptions au principe de la non-rétroactivité tarifaire ont été énoncées par les tribunaux. Par exemple :

- s'il est établi que l'entité réglementée a commis une faute ou a volontairement omis de divulguer des informations;
- si la décision finale sur les tarifs est nulle;
- s'il est établi qu'une circonstance exceptionnelle, un événement externe au régime réglementaire ou hors du contrôle de l'entité réglementée survient (cas de force majeure ou de conditions climatiques extrêmes).

[87] Dans l'exercice de ses fonctions, la Régie a également rendu quelques décisions où elle a dérogé au principe de non-rétroactivité tarifaire pour des circonstances extraordinaires et exceptionnelles. »

[nous soulignons]

Énergir soumet respectueusement que la décision D-2017-125 n'indique pas qu'un éventuel critère d'« élément externe à l'entreprise » constitue un prérequis à l'application de la rétroactivité d'un tarif. Au contraire, l'emploi des termes « par exemple » et « également » permet de comprendre que la Régie y dresse une liste non exhaustive de considérations lui permettant d'exercer son pouvoir discrétionnaire en déclarant, en certaines circonstances, un tarif d'application rétroactive. D'ailleurs, la présente formation a rendu une décision procédurale D-2020-098 dans laquelle elle reconnaissait, considérant les délais à l'intérieur desquels sa décision à intervenir sur la mise à jour du tarif GNR provisoire allait être rendue, qu'il était probable qu'il y ait un « effet rétroactif sur la facturation de la clientèle d'Énergir ». ⁶ Énergir comprend qu'en rendant cette décision procédurale, la Régie cherchait à « instaurer un équilibre

⁴ A-0209, p. 108 et 109

⁵ A-0209, p. 109 et 110

⁶ D-2017-098, par. 25

qui permette de mieux satisfaire l'intérêt public »⁷, et ce, sans qu'il n'ait été nécessaire de discuter de la présence d'un « élément externe à l'entreprise ».

Énergir réitère donc que la Régie détient tous les pouvoirs nécessaires afin de retenir une solution simple par laquelle elle déclarerait que le tarif GNR provisoire est d'application rétroactive à l'endroit de 7 clients spécifiques et, ce faisant, et comme le soumettait à juste titre le procureur de SÉ-AQLPA-GIRAM⁸, elle exercerait ainsi correctement son pouvoir de surveillance en s'assurant que les consommateurs paient selon un juste tarif.⁹ D'ailleurs, il importe de souligner que les intervenants qui défendent les intérêts des consommateurs, et qui doivent payer ce « juste tarif », appuient à l'unanimité la proposition formulée par Énergir à l'égard de la rétroactivité du tarif GNR provisoire.¹⁰

L'article 53 LRÉ ne dicte pas une forme particulière de subordination

Énergir réitère que les constats de la Régie à l'égard du respect de l'article 53 de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (« LRÉ ») ne devraient pas influencer sa réflexion à l'égard de la rétroactivité du tarif GNR provisoire. En effet, même si la Régie devait conclure que les exigences de l'article 53 LRÉ n'auraient pas été respectées par Énergir en concluant les contrats de vente de GNR avec 7 clients, entraînant ainsi « l'ineffectivité »¹¹ des clauses d'ajustement rétroactif du prix convenu (« **clause d'ajustement** ») en vertu de l'article 54 LRÉ, ceci n'empêcherait pas la Régie d'exercer son pouvoir tarifaire pour déclarer la rétroactivité du tarif GNR provisoire.

Par ailleurs, le GRAME a prétendu ce qui suit en argumentation :

« Donc, comme on avait énoncé en juillet deux mille dix-neuf (2019) dans notre plan d'argumentation, notre première argumentation qui portait sur cet enjeu-là, le GRAME soumet que cette clause en fait ne respecte pas l'article 53 de la Loi et que, pour être conforme aux dispositions de la Loi, Énergir aurait dû énoncer dans une clause que le prix du GNR serait celui qui est déjà autorisé et applicable au gaz naturel, mais qu'on pourrait le modifier rétroactivement suite à la décision de la Régie dans le présent dossier. »¹²

[nous soulignons]

Le GRAME prétend donc qu'afin d'être conforme à l'article 53 LRÉ, le prix de vente du GNR aux 7 clients devait correspondre au prix « déjà autorisé et applicable » au gaz naturel. Avec égard, cette prétention du GRAME a pour effet d'ajouter des termes et des exigences que le législateur

⁷ Id., par. 21

⁸ C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0117, p. 4

⁹ Article 31 (2.1^o) LRÉ

¹⁰ C-ACEFQ-0093 (p. 2); C-FCEI-0086 (par. 16); Représentations de M^e Paule Hamelin pour l'ACIG, 17 juillet 2019, NS, Vol. 6, p. 143 à 145.

¹¹ A-0201

¹² A-0209, p. 225

n'a pas pris soin d'inclure à l'article 53 LRÉ. En effet, afin de retenir la prétention du GRAME, le libellé de l'article 53 LRÉ aurait dû se lire comme suit :

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 déjà fixés par la Régie ou par le gouvernement ou prévus à l'annexe I de la Loi sur Hydro-Québec (chapitre H-5).

Énergir soumet que l'objectif recherché par le législateur par l'intermédiaire de l'article 53 LRÉ est d'assurer une subordination du distributeur et des consommateurs aux pouvoirs exclusifs de la Régie en matière tarifaire. Le législateur n'a édicté aucun moyen spécifique afin que cette subordination puisse s'exprimer. Or, en l'espèce, cette subordination aurait pu s'exprimer de plusieurs façons. Le dépôt d'une demande préalable de fixation provisoire de tarif pouvait, certes, constituer une façon d'exprimer une telle subordination, mais elle n'est pas le seul moyen disponible afin de respecter l'intention du législateur. Énergir soumet que la conclusion de contrat de vente contenant une clause d'ajustement est une autre façon d'exprimer la subordination entière des parties concernées (Énergir et les 7 clients) au pouvoir tarifaire exclusif de la Régie. Aucun principe n'a été soumis à la Régie qui permettrait de conclure que la clause d'ajustement doit être exclue des moyens disponibles afin de respecter la lettre et l'esprit de l'article 53 LRÉ.

Stipulations sans effet (article 54 LRÉ)

Lors de l'audience du 4 décembre 2020, la Régie a demandé à Énergir d'identifier les stipulations qui deviendraient « sans effet » au sens de l'article 54 LRÉ advenant que la Régie en arrive à la conclusion que les contrats conclus avec les 7 clients contreviennent à l'article 53 LRÉ.

Énergir confirme que les stipulations qui deviendraient alors sans effet seraient l'ensemble des clauses contractuelles prévoyant un tarif autre que celui approuvé par la Régie. À cet égard, Énergir dépose en annexe 1 une version de la pièces B-0451 qui identifie les clauses en question dans les contrats avec les 7 clients GNR.

Conclusion

Les discussions entourant l'enjeu de la rétroactivité se tiennent depuis plus de quinze mois. Plusieurs jours d'audience ont été consacrés à cet enjeu et des dizaines de pages d'argumentation écrites ont été produites.

Or, l'application rétroactive du tarif GNR provisoire à 7 clients spécifiques, qui ont clairement exprimé le souhait de payer le prix qui résulterait d'une telle application (et qui l'ont d'ailleurs déjà payé considérant qu'ils ont consommé du GNR), est une solution simple permettant d'assurer que le prix payé par les 7 clients concernés reflète le prix réel d'acquisition du GNR, au sens de l'article 52 LRÉ, et de fixer un « juste tarif » au sens de l'article 31 (2.1^o) LRÉ. En fait, toute autre solution serait injuste. Dans cette perspective, Régie a le pouvoir de déclarer la rétroactivité recherchée afin d'éviter un tel résultat.

La preuve démontre qu'Énergir a, en tout temps pertinent, agi à titre de fiduciaire¹³, dans le meilleur intérêt de sa clientèle, de manière conforme à l'intérêt public et dans le respect intégral des politiques énergétiques du gouvernement. Les actions d'Énergir discutées dans le cadre de l'examen de l'enjeu de la rétroactivité ont par ailleurs été posées dans un contexte où cette dernière désirait relâcher la pression sur le processus réglementaire plutôt que de l'accentuer.¹⁴ La Régie doit prendre en considération cet état de faits dans l'exercice de ses fonctions.¹⁵

Nous vous prions de recevoir, chère consœur, nos salutations distinguées.

(s) Hugo Sigouin-Plasse

Huo Sigouin-Plasse
HSP/mb

p.j.

¹³ A-0031, témoignage de Martin Imbleau, 7 juin 2019, NS, Vol. 4, p. 56

¹⁴ A-0202, témoignage de Caroline Dallaire, 26 novembre 2020, NS, Vol. 21, p. 202

¹⁵ Article 5 LRÉ