

C A N A D A

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

ÉNERGIR

R-4008-2017

Requérante

et

LA FÉDÉRATION CANADIENNE DE
L'ENTREPRISE INDÉPENDANTE

Intervenante

**PLAN D'ARGUMENTATION DE LA FÉDÉRATION CANADIENNE DE
L'ENTREPRISE INDÉPENDANTE
DEMANDE CONCERNANT LA MISE EN PLACE DE MESURES RELATIVES À
L'ACHAT DE GAZ NATUREL RENOUVELABLE
TARIF GNR PROVISOIRE**

I. INTRODUCTION

1. Énergir déposait 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, laquelle demande fut réamendée le 15 juillet 2019 (ci-après la « **Demande** »).
2. Le 3 septembre 2019, la Régie de l'énergie (ci-après 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, spécifiant cependant qu'elle se pencherait ultérieurement sur la demande de l'application rétroactive du tarif GNR d'application provisoire demandé aux contrats de vente de GNR conclus avant le 19 juin 2019, ainsi que sur le contrat avec L'Oréal.
3. Le 11 août 2020, la Régie indiquait ce qui suit quant à la Demande :

Dans le cadre de l'audience ayant eu lieu pour l'établissement du Tarif GNR d'application provisoire, puisque le dernier amendement sur la rétroactivité du Tarif GNR provisoire a eu lieu la veille de l'audience, cela n'a pas permis de traiter l'ensemble des enjeux sur cette question. C'est pourquoi la Régie est d'avis qu'il est pertinent de recevoir des argumentations supplémentaires de la

part des participants au dossier à cet égard. Si Énergir souhaite déposer un complément de preuve, écrit ou testimonial, à ce sujet, la Régie lui demande de lui en faire part dans les plus brefs délais afin qu'elle puisse prévoir le calendrier pour les demandes de renseignements.

4. Dans cette même correspondance, la Régie fixait également au 2 octobre 2020 la date à laquelle les participants pourraient faire des représentations orales à l'égard de la Demande.
5. Le 22 septembre, la FCEI déposait son argumentation (C-FCEI-00077) à l'égard des sujets ciblés par la Régie dans sa correspondance du 11 août 2020.
6. Le 25 septembre 2020, la Régie informait Énergir de ce qui suit, en référence à la lettre du 18 septembre 2020 d'Énergir :

La Régie comprend de cette correspondance que ces témoins seront en mesure de répondre à toutes questions en lien avec l'enjeu de la rétroactivité, y incluant les faits sur lesquels monsieur Johnson a témoigné le 8 mai 2019 ainsi que les faits allégués par le procureur d'Énergir dans ses correspondances, notamment son plan d'argumentation du 15 septembre 2020 (pièces B-0356 et B-0357). Plus précisément, ce plan d'argumentation réfère, entre autres, à la conclusion des contrats de vente de GNR et à la clause d'ajustement qui y était incluse, le contrat de vente au client L'Oréal, l'état du cadre réglementaire au moment de la conclusion de ces contrats, la connaissance des sept (7) clients de la situation réglementaire, l'information fournie à la Régie, les tarifs de fourniture disponibles pour la clientèle d'Énergir, la valeur accrue du GNR par rapport au gaz de réseau et la structure corporative d'Énergir. Dans la mesure où les témoins annoncés dans la lettre du 18 septembre 2020 ne sont pas en mesure de répondre à ce type de questions, la Régie demande à Énergir de produire un ou plusieurs témoins à cet égard.

7. Le 29 septembre, considérant la lettre d'Énergir du 28 septembre 2020 à l'effet que ses témoins ne seraient pas en mesure de répondre à des questions relatives à l'enjeu de la rétroactivité, la Régie retirait l'enjeu de la rétroactivité de l'audience du 30 septembre au 2 octobre 2020, pour la remettre au cours de la période du 19 au 26 novembre 2020.
8. Le 21 octobre, la Régie convoquait une audience les 23, 26 et, s'il y a lieu, 27 novembre 2020 relativement à l'enjeu de la rétroactivité.
9. Les 23 et 26 novembre 2020, la Régie tenait une audience afin de traiter spécifiquement de l'enjeu de la rétroactivité.
10. La présente argumentation fait suite aux audiences des 23 et 26 novembre 2020 et s'inscrit en complément de l'argumentation de la FCEI du 22 septembre 2020.

II. LA POSITION DE LA FCEI

A) L'enjeu de la rétroactivité

11. En ce qui a trait à l'enjeu de la rétroactivité, la FCEI réfère la Régie à son argumentation du 22 septembre 2020 (C-FCEI-0077), et plus spécifiquement à ses paragraphes 5 à 8, et réitère qu'elle s'en remet à la discrétion de la Régie à ce sujet.
12. En sus de ce qu'elle mentionnait quant au contexte particulier et exceptionnel de la Demande, militant en faveur d'une application rétroactive par la Régie du tarif GNR provisoire, la FCEI soumet qu'elle est d'avis que les sept (7) clients visés, de même que la clientèle d'Énergir ne subiraient aucun dommage si la Régie en venait à autoriser l'application rétroactive du tarif GNR provisoire, puisque les clients visés par la Demande ont sciemment accepté les tarifs dont l'application rétroactive est demandée, qu'ils ont volontairement consentis à la présence d'une clause d'ajustement de prix dans leurs contrats en fonction de la décision à être rendue par la Régie dans le présent dossier et qu'ils ont dans les faits payés ces tarifs.
 - B-0451, Gaz Métro -2, Document 44 - Réponse d'Énergir à l'engagement no 2 demandé par l'ACEFQ (sous pli confidentiel).
13. Bien que la FCEI considère qu'une telle façon de procéder soit inhabituelle et va à l'encontre des pratiques usuelles en vertu desquelles les tarifs sont établis de façon prospective, elle est d'avis que compte tenu du contexte bien spécifique de la Demande et de l'absence apparente de préjudices que pourraient subir les clients concernés et la clientèle, la Régie devrait consentir à la Demande.
14. Selon la FCEI, ce contexte bien spécifique à la Demande et les circonstances entourant la conclusion des contrats justifie l'application par la Régie d'un traitement particulier, soit la rétroactivité du tarif GNR provisoire, sans toutefois créer un précédent pour l'avenir en matière de rétroactivité. En effet, la FCEI tient à rappeler qu'il s'agit d'une situation exceptionnelle s'inscrivant dans un contexte réglementaire émergent.
15. Avec égards, la FCEI est d'avis que ce serait plutôt la décision de refuser d'accorder la rétroactivité du tarif GNR d'application provisoire qui pourrait être génératrice de dommages pour les sept (7) clients visés et pour la clientèle d'Énergir, en ce que :
 - La décision de la Régie pourrait avoir un impact direct sur la qualification du gaz naturel acquis par les sept (7) clients (GNR vs gaz de réseau). La FCEI note d'ailleurs à ce sujet qu'à ce jour, aucune décision n'a été rendue par la Régie à l'égard du traitement que devrait recevoir le GNR consommé par ces sept (7) clients advenant un refus de l'application du principe de la rétroactivité ni à l'égard de la durée de vie de la molécule de GNR une fois livrée dans le réseau.

Ainsi, et tout dépendamment de la décision qui pourrait être rendue par la Régie, les clients qui avaient acheté du GNR et qui pensaient en avoir consommé pourraient être informés, *a posteriori*, qu'il s'agissait en fait de gaz de réseau, faisant ainsi en sorte

qu'ils pourraient potentiellement ne plus être en mesure de bénéficier des attributs environnementaux associés à ce GNR.

- La clientèle d'Énergir (qu'il s'agisse de la clientèle pour le gaz de réseau ou de la clientèle future pour le GNR, tout dépendamment de la décision qui sera rendue par la Régie) pourrait devoir assumer le remboursement de la différence entre le prix de vente de ce GNR et le prix du gaz de réseau. Une telle situation serait, selon la FCEI, non seulement injuste et inéquitable pour l'ensemble de la clientèle, mais également contradictoire avec l'objectif de protection des consommateurs dont doit s'assurer la Régie, comme prévu à l'article 5 de la *Loi sur la régie de l'énergie* (RLRQ, c. R - 6.01, la « **Loi** »).

16. À la lumière de ce qui précède, la FCEI est d'avis que les faits du présent dossier militent en faveur d'une application rétroactive du tarif GNR d'application provisoire, et ce, conformément à sa compréhension des nouveaux paramètres de la Demande telle que formulés par Énergir lors de l'audience du 26 novembre 2020, soit que soient autorisés des tarifs GNR provisoires d'application successive pour couvrir respectivement les périodes du 1^{er} décembre 2017 au 27 janvier 2018, du 28 janvier 2018 au 30 janvier 2018, du 1^{er} février 2018 au 16 février 2018 et du 17 février 2018 au 18 juin 2019.

- Notes sténographiques de l'audience du 26 novembre 2020 par visioconférence, volume 21, aux pages 150 à 153 (A-0202).

B) *Quid si la Régie en venait à refuser l'application du principe de la rétroactivité*

17. Indépendamment de ce qui précède, si la Régie en venait à refuser l'application du principe de la rétroactivité, la FCEI soumet respectueusement que tout remboursement aux sept (7) clients qui ont été facturés à un prix plus élevé que le tarif alors autorisé devrait l'être aux frais des actionnaires d'Énergir, et non pas à la charge de la clientèle future pour le GNR par le biais d'un compte de frais reportés (CFR), comme semble le recommander Énergir.

- Notes sténographiques de l'audience du 23 novembre 2020 par visioconférence, volume 19, aux pages 153 à 154 (A-0196).

18. Ce remboursement ne devrait pas davantage être aux frais de l'ensemble de la clientèle.

19. La FCEI réitère à cet égard les arguments soulevés dans son argumentation du 22 septembre 2020, aux paragraphes 10 à 17.

20. En sus des arguments invoqués dans son argumentation du 22 septembre 2020, la FCEI souligne ce qui suit quant au fait que la conclusion des contrats avec les sept (7) clients visés par la Demande ne peut être considérée comme une décision prudente d'Énergir si la Régie en vient à la conclusion qu'Énergir a agi en contravention avec les articles 53 et 54 de la Loi :

- a) Énergir était fort bien informée qu'il n'existait aucun tarif approuvé par la Régie au moment de signer lesdits contrats, tel qu'en font foi les clauses d'ajustement de prix à

ces contrats. Énergir a d'ailleurs confirmé être bien au courant de cet état de fait qu'il n'y avait pas de tarif en place approuvé par la Régie. Il ne s'agit définitivement pas d'une situation où Énergir ignorait la Loi et les principes de droit applicables, bien au contraire. Énergir a agi en connaissance de cause et doit donc assumer les conséquences juridiques découlant de ses actions et décisions.

- Notes sténographiques de l'audience du 26 novembre 2020 par visioconférence, volume 21, aux pages 84 et 86 (A-0202).
 - B-0451, Gaz Métro -2, Document 44 - Réponse d'Énergir à l'engagement no 2 demandé par l'ACEFQ (sous pli confidentiel).
- b) Énergir savait ou aurait raisonnablement dû savoir qu'au moment de conclure les sept (7) contrats, la Régie serait inévitablement confrontée à se prononcer sur la question de l'application du principe de la rétroactivité et des conséquences qui en découlent à défaut pour Énergir de soumettre à la Régie, à ce moment, une demande pour l'établissement d'un tarif GNR provisoire, et que ce défaut de soumettre une telle demande pouvait être fatal à sa démarche.
- c) Bien qu'elle reconnaisse que l'objectif de vouloir éviter la perte d'un client soit louable, la FCEI est d'avis que la possibilité de perdre un client ne peut d'aucune façon justifier d'opérer à l'extérieur du cadre de la Loi ou le caractère prudent d'une telle procédure, comme semble le prétendre Énergir. À cet égard, la FCEI soumet qu'Énergir perd de nombreux clients chaque année et que de telles pertes s'inscrivent dans le cours normal des affaires d'une entreprise.
- Notes sténographiques de l'audience du 23 novembre 2020 par visioconférence, volume 19, page 85 (A-0196).
- D'ailleurs, Énergir indique être elle-même convaincue qu'uniquement sur sa liste d'attente actuelle pour être desservi en GNR, des clients se sont déjà dirigés vers une autre source d'énergie que le GNR, sans toutefois mentionner que des démarches spécifiques auraient été entreprises pour éviter de perdre ces clients potentiels.
- Notes sténographiques de l'audience du 26 novembre 2020 par visioconférence, volume 21, à la page 71 (A-0202).
- d) Par ailleurs, la preuve versée au dossier ne permet de conclure que le fait de déposer une demande de tarif provisoire aurait conduit à la perte du client L'Oréal :
- D'une part, il ne paraît pas raisonnable de conclure qu'un client de l'ampleur de L'Oréal aurait modifié l'ensemble de ses installations à cause d'un délai de quelques semaines dans la disponibilité de GNR.
 - D'autre part, Énergir disposait de plusieurs semaines entre la signature du contrat avec L'Oréal et le début prévu des livraisons. Qui plus est, rien n'empêchait Énergir de demander un tarif provisoire avant que le contrat ne soit finalisé.

- B-0451, Gaz Métro -2, Document 44 - Réponse d'Énergir à l'engagement no 2 demandé par l'ACEFQ (sous pli confidentiel).
- e) En ce qui a trait au contrat de L'Oréal, Énergir n'a fourni aucun motif valable au soutien de la décision de ne pas soumettre la signature de ce contrat à l'approbation préalable de la Régie, se limitant à indiquer qu'il s'agissait d'un contrat « spot » qui touchait un seul client.
- Notes sténographiques de l'audience du 23 novembre 2020 par visioconférence, volume 19, pages 100 à 103 (A-0196).
- f) Également, Énergir n'a fourni aucun motif valable au soutien de la décision, à l'époque de la conclusion de ces sept (7) contrats, de ne pas avoir demandé à la Régie, d'établir un tarif GNR provisoire, pas plus qu'elle n'a été en mesure de démontrer de façon satisfaisante qu'elle a informé la Régie du caractère urgent d'une telle détermination.
- Notes sténographiques de l'audience du 26 novembre 2020 par visioconférence, volume 21, aux pages 102 à 124 (A-0202).
- g) Énergir invoque notamment l'incapacité d'agir d'un régisseur pour justifier son choix de ne pas demander de tarif GNR provisoire. Elle reconnaît toutefois qu'elle aurait pu déposer une telle demande.
- Notes sténographiques de l'audience du 26 novembre 2020 par visioconférence, volume 21, page 97 (A-0202).
21. Cette position à l'effet que la clientèle ne devrait pas subir les conséquences des décisions non prudentes d'Énergir fait écho à celle exprimée par le *Ontario Energy Board* dans sa décision du 13 décembre 2002 déposée par la Régie au présent dossier le 20 novembre 2020 (A-0194) :
- 3.12.37 Based on the Board's finding that the Alliance 1 and Alliance 2 contracts were not prudent, the Board is not prepared to grant ECG's request to allow the full amount of \$12.4 million recorded in the Notional Deferral Account to be recovered from ratepayers.
22. Également, et comme la FCEI le mentionnait à son argumentation du 22 septembre 2020, l'article 54 de la Loi prévoit qu'est « sans effet » toute stipulation d'une convention dérogeant à celle d'un tarif fixé par la Régie. Avec égards, la FCEI soumet qu'il serait contradictoire, dans la mesure où la Régie rejette la Demande, que les contrats visés par cette dernière aient malgré tout des effets sur la clientèle d'Énergir (qu'il s'agisse de la clientèle de gaz de réseau ou de la clientèle future de GNR).
23. Cette impossibilité pour une clause sans effet d'avoir des impacts rétroactivement est traitée par l'auteur Pratte, dont la « Chronique - Droit des contrats. Le régime juridique de l'acte déclaré « sans effet » par la loi » a été déposée au présent dossier par la Régie le 26 novembre 2020 (A-0201) :

[...] **De son côté, l'acte sans effet ne produit aucun effet. Si on peut confirmer les effets juridiques d'un acte nul, c'est que ces effets existent déjà, même s'ils sont précaires, ce qui n'est pas le cas avec l'acte inefficace. Avec ce dernier, il faudrait plutôt envisager la possibilité de rendre effectif ce qui ne l'est pas.** Cette différence nous paraît à ce point fondamentale qu'un traitement différent semble s'imposer entre un acte sans effet et un acte annulable. À cet égard, nous avançons deux postulats : 1) l'acte privé d'effet est distinct de l'acte nul et, de ce fait, commande un traitement différent ; 2) **l'acte privé d'effet ne peut faire l'objet d'une confirmation ou faire l'objet d'une mise à l'écart de son inefficacité, sans une disposition autorisant à le rendre effectif ; il doit être repris sans rétroactivité.** [...]

[Emphase ajoutée.]

- Pierre PRATTE, Chronique – Droit des contrats. Le régime juridique de l'acte déclaré « sans effet » par la loi, Revue du Barreau, 2017, EYB2017RDB194 (A-0201)
24. La FCEI soumet donc que la clientèle, qu'il s'agisse de la clientèle de gaz de réseau ou de la clientèle future de GNR, ne devrait pas assumer la conclusion des contrats avec les sept (7) clients si la Régie devait refuser l'application du principe de la rétroactivité.
25. Une telle position est par ailleurs conforme avec la position exprimée par Énergir en lien avec ses intentions lors de la conclusion de ces contrats, soit que les autres clients ne soient pas affectés.
- Notes sténographiques de l'audience du 26 novembre 2020 par visioconférence, volume 21, à la page 85 (A-0202).

III. CONCLUSION

26. Ceci conclut l'exposé des éléments sur lesquels la FCEI souhaitait attirer l'attention de la Régie.

Montréal, le 4 décembre 2020

(s) Fasken Martineau

FASKEN MARTINEAU DuMOULIN

S.E.N.C.R.L.

Procureur de l'intervenante, la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante