

DOMINIQUE NEUMAN
AVOCAT
1535, RUE SHERBROOKE OUEST
REZ-DE-CHAUSSÉE, LOCAL KWAVNICK
MONTRÉAL (QUÉ.) H3G 1L7
TÉL. 514 849 4007
COURRIEL energie @ mlink.net

MEMBRE DU BARREAU DU QUÉBEC

Montréal, le 23 septembre 2020

M^e Véronique Dubois, Secrétaire de la Régie
Régie de l'énergie
800 Place Victoria, Bureau 255
Montréal (Qué.) H4Z 1A2

Re: Dossier RDÉ R-4008-2017.
Achat et vente de gaz naturel renouvelable (« GNR ») par Énergir.
Tarif GNR provisoire et rétroactivité.
Précisions au Plan d'argumentation du Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM.

Chère Consœur,

Par la présente, par courtoisie à l'égard du Tribunal et des participants, le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM désire attirer l'attention sur certaines autorités supplémentaires qu'il invoquera à l'audience sur la question de la rétroactivité, notamment afin de répondre à quelques arguments d'intervenants qui nous ont surpris. Nous prions respectueusement la Régie de recevoir par écrit les présentes précisions à notre [plan d'argumentation C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0080](#) déjà soumis.

1. LES VASTES POUVOIRS DE LA RÉGIE EN MATIÈRE TARIFAIRE

En premier lieu, nous rappelons qu'il est solidement reconnu qu'un tribunal de régulation jouit de vastes pouvoirs quant à l'éventail des outils dont il dispose pour fixer des tarifs justes et raisonnables. Ainsi l'énoncent tant la majorité que la dissidence dans *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, [2015] 3 RCS 147, html sous <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/15517/index.do>, pdf sous <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/15517/1/document.do> :

Juge Rothstein pour la majorité :

[103] l'organisme de réglementation peut avoir recours à divers moyens d'analyse pour apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par le service public. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, l'organisme de réglementation se voit accorder expressément un **pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à appliquer** pour fixer les paiements (Règlement 53/05, par. 6(1)).

Juge Abella, dissidente sur un autre point :

[159] Je reconnais que la Commission jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer les paiements qui sont

« justes et raisonnables » et, à l'intérieur de certaines limites, de [TRADUCTION] « définir [...] la méthode » utilisée pour établir le montant de ces paiements (règlement 53/05, art. 6; Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, art. 78.1).

[Souligné en caractère gras par nous]

En second lieu, nous notons que les fermetures de livres réglementaires (dossiers de rapports annuels) ont parfois été interprétées comme des modifications rétroactives des tarifs. La Loi sur la Régie de l'énergie ne prévoit pas ce pouvoir de la Régie (contrairement à l'article 36 de l'ancienne [Loi sur la Régie du gaz naturel, RLRQ, c. R-8.02 \(abrogée\)](#)) et ces dossiers de rapports annuels procèdent sans que la Régie n'ait préalablement déclaré provisoires les tarifs de l'année visée. Il est vrai toutefois que l'on peut, en un tel cas, qualifier les ajustements, lors de fermetures de livres réglementaires, de « rétrospectifs » plutôt que de « rétroactifs » (*Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, [2015] 3 RCS 147 précité). Voir cependant [D-98-23](#), pages 5-6 :

L'OPINION DE LA RÉGIE **La fermeture des livres**

Le distributeur est assujéti à un encadrement réglementaire constitué de principes établis depuis des années, dont celui de la période témoin projetée aux fins de la fixation des tarifs. Dès 1981, la Régie de l'électricité et du gaz naturel précisait que le choix de l'emploi de cette méthode impliquait certains mécanismes destinés à rectifier les projections du distributeur. C'est ainsi que la fermeture des livres sert depuis à analyser les données réelles, à constater les trop-perçus et à en disposer.

Le fait que la Loi sur la Régie de l'énergie n'ait pas repris l'article 36 de la Loi sur la Régie du gaz naturel, ne saurait changer les principes de base ni empêcher la Régie de disposer des trop-perçus en faveur des distributeurs et des consommateurs de gaz naturel. *En effet, elle doit, en vertu de sa loi constitutive, prévoir des mécanismes incitatifs lorsqu'elle fixe des tarifs. Ceux qui furent accordés à SCGM dès 1983, puis modifiés en 1993-1994, peuvent, tant qu'ils n'auront pas fait l'objet d'un réexamen, continuer à être évalués lors de l'examen des trop-perçus.*

Dans cet encadrement donc, le principe de la période témoin projetée continue de s'appliquer et rend nécessaire l'analyse des livres de SCGM en fermeture réglementaire.

[Souligné en caractère gras par nous]

De même, dans la [décision D-99-120](#), en pages 10, 13 et 14, la Régie indique :

*Enfin, Hydro-Québec considère que toute la question de la fermeture réglementaire ne peut s'inscrire dans le présent débat puisque ce dernier n'en traite pas, qu'aucune preuve n'a été déposée sur ce sujet et qu'**aucune habilitation législative n'apparaît dans la Loi à ce sujet.** [...]*

*Pour des fins de contrôle et de suivi, **la Régie dispose cependant de tous les outils réglementaires nécessaires**, contrairement à ce qu'Hydro-Québec affirme, **tel que la fermeture réglementaire des livres**, afin de s'assurer du caractère juste et raisonnable des tarifs en vigueur. [...]*

Lors de la prochaine cause tarifaire sur les tarifs de transport, la Régie pourra considérer l'opportunité de procéder à une fermeture réglementaire à la fin de la période d'application des tarifs.

[Souligné en caractère gras par nous]

2. L'HISTORIQUE DE L'ÉNONCÉ DANS BELL CANADA C. CANADA (CRTC) SELON LEQUEL LE TRIBUNAL DE REGULATION PEUT RENDRE DES ORDONNANCES TARIFAIRES EFFECTIVES A COMPTER DE LA DATE DU DEPOT DE LA DEMANDE INITIALE ET DE L'APPLICATION DE CET ARRET PAR LA REGIE

Bien avant que la Cour suprême du Canada, dans *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/487/index.do> et <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/487/1/document.do>, page 1761, n'énonce que le tribunal de régulation peut rendre des ordonnances tarifaires effectives à compter de la date du dépôt de la demande initiale (voir [notre plan d'argumentation C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0080](#), page 10), la Cour suprême avait déjà laissé la porte ouverte en ce sens dans *City of Edmonton et al. v. Northwestern Utilities Ltd.*, [1961] S.C.R. 392, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/6375/index.do> et <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/6375/1/document.do> (page 402). Elle était en effet saisie d'un amendement législatif qui accordait expressément au tribunal régulateur le pouvoir de fixer des tarifs rétroactivement à la date de la demande. À cet égard, la Cour indique qu'il ne lui est pas nécessaire d'énoncer si cet amendement législatif était ou non déclaratoire du droit déjà existant :

*There has been much discussion in argument before the Appellate Division and in this Court as to whether the amendment was retroactive, **or whether it was simply declaratory of the law as it stood before its enactment.** In my opinion, it is unnecessary to determine this question since, in agreement with the majority of the learned judges of the Appellate Division, I consider that the language of the amendment is perfectly clear.*

[Souligné en caractère gras par nous]

La Cour suprême a toutefois, par la suite, semblé énoncer en *obiter dictum* qu'une disposition législative serait requise pour que le tribunal puisse faire rétroagir un tarif à la date de la demande (*Northwestern Utilities Ltd. c. Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/2616/index.do> et <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/2616/1/document.do>) puis a finalement affirmé que ce pouvoir existe sans habilitation législative dans le passage que nous avons cité de *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/item/487/index.do> et <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/fr/487/1/document.do>, page 1761.

Mais nous notons que la Régie de l'énergie a déjà, sans qu'il n'y ait d'ordonnance préalable de déclaration de caractère provisoire, fixé des tarifs à des dates ultérieures à leur date indiquée d'entrée en vigueur : voir notamment [D-97-34](#) suivie de [D-97-37](#) (SCGM) et [D-98-01](#) (Gazifère).

De plus, la Régie de l'énergie, dans la première décision ([D-2000-222](#)) qu'elle rendit déclarant provisoire un tarif en vue d'en permettre l'éventuelle modification rétroactive, n'a jamais écrit qu'une telle ordonnance provisoire était indispensable pour procéder à une telle rétroactivité. C'est par prudence qu'elle a émis une ordonnance provisoire vu que les participants (notamment SÉ-Groupe Stop) interprétaient de manière divergente ses pouvoirs de rétroactivité autrement déjà existants :

Dans son argumentation du 10 novembre 2000, Hydro-Québec soumet les principaux points suivants : [...]

- La révision des tarifs commence lorsque l'organisme établit des tarifs provisoires; [...]

ARC-FACEF-CERQ [...]

*- L'intervenant soumet que la Cour suprême, dans *Northwestern Utilities Ltd6*, **a limité les effets rétroactifs d'une décision d'un tribunal administratif à la date du dépôt de la demande seulement**, tout en insistant sur le fait que la question du pouvoir d'un tribunal de fixer des augmentations de tarifs rétroactives n'était pas contestée dans cette cause; [...]*

COALITION INDUSTRIELLE [...]

*- La jurisprudence de la Cour suprême doit être interprétée avec précaution car l'arrêt *Northwestern Utilities* analyse l'article 31 du *Gas Utility Act* de l'Alberta dont on ne retrouve aucun équivalent dans la Loi et la décision du tribunal administratif fut invalidée parce qu'elle était insuffisamment motivée;*

*- Dans *Bell Canada c. CRTC*, la Cour consacre le principe que les tribunaux administratifs ont le pouvoir, mais non le devoir, de rendre des ordonnances provisoires qui peuvent être modifiées par la décision finale;*

*- D'ailleurs, **l'intervenante rappelle que la jurisprudence de la Régie est à l'effet de fixer des tarifs rétroactivement au 1^{er} octobre sans qu'une ordonnance préalable n'ait été rendue; [Note 9 : Décisions D-97-37, D-97-34, D-98-01]** [...]* [Note : la Coalition réfère aussi aux décisions D-99-120 et D-98-23, affirmant que la Régie de l'énergie possède toujours le pouvoir de procéder à un ajustement tarifaire en fermeture des livres] [...]

STOP/SÉ [...]

- Pour STOP/SÉ, la date du dépôt de la demande révisée suffit à conférer au Tribunal la compétence de rendre une décision prenant effet au 1^{er} janvier 2001, même si elle est prononcée à une date ultérieure; [...]
- STOP/SÉ affirme que la demande d'Hydro-Québec [NDLR : de déclarer provisoire le tarif actuel] n'est pas nécessaire, mais le Tribunal peut rendre une décision de bene esse pour confirmer la situation existante et mieux informer les intéressés, dans l'intérêt public; [...]

SCGM

- La préoccupation première de SCGM est d'éviter que soit créé un précédent en l'instance qui alourdirait inutilement le processus réglementaire de la Régie applicable à SCGM;
- La demande d'Hydro-Québec de déclarer provisoires les tarifs existants de transport d'électricité aurait pour but d'aviser les administrés que les tarifs qui seront facturés à compter du 1^{er} janvier 2001 seront appelés à être modifiés à la suite de la décision finale en l'instance. L'expérience acquise depuis de nombreuses années en matière de régulation économique des distributeurs de gaz naturel au Québec indiquerait qu'il n'existe pas un tel besoin; [...]
- La décision de Bell Canada c. CRTC n'empêche pas de modifier « rétroactivement » des tarifs ayant été annoncés comme sujets à changement;
- Les tribunaux supérieurs ont accepté que des tarifs provisoires puissent être révisés « rétroactivement », justement parce qu'ils servent d'avis aux administrés à l'effet que les tarifs seront révisés;
- La Cour suprême du Canada n'a pas, pour aviser les administrés, décrété qu'un tribunal devait rendre une décision utilisant les termes « tarifs provisoires » pour conclure à la nature provisoire; [...]
- Le seul motif qui justifierait la Régie de rendre une décision provisoire pour reconduire le tarif de transport d'électricité actuellement en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2001 résiderait dans le fait qu'il n'apparaîtrait pas clairement au dossier que la demande d'Hydro-Québec mènera à modifier lesdits tarifs à compter du 1er janvier 2001. Si tel était le cas, il serait possible que la décision finale porte atteinte aux droits acquis des clients d'Hydro-Québec de voir leurs tarifs de transport d'électricité maintenus tels quels au 1er janvier 2001; [...]

OPINION DE LA REGIE [...]

Les décisions de la Cour suprême, en la matière, incitent la Régie à faire preuve de prudence et l'analyse de ces décisions milite en faveur de l'octroi de la demande de tarifs provisoires présentée par Hydro-Québec. Cette prudence est d'autant plus requise qu'il s'agit de la première cause tarifaire d'Hydro-Québec et que la Régie est à mettre en place le cadre réglementaire d'Hydro-Québec. De plus, plusieurs éléments de la situation d'Hydro-Québec sont encore inconnus, Hydro-Québec n'a pas terminé de

répondre aux demandes de renseignements posées et les intervenants n'ont pas encore produit leur preuve.

Par ailleurs, Hydro-Québec ne s'est pas encore arrêtée sur la solution qu'elle envisage pour traiter d'un manque à gagner ou d'un trop-perçu qui pourrait résulter de la décision définitive eu égard à la période entre le 1er janvier 2001 et la date de la décision finale.²⁸ Y aura-t-il des mesures rétroactives ou prospectives?

La Régie considère qu'il est dans l'intérêt public et dans l'intérêt des parties intéressées qu'elle conserve le plus de marge de manœuvre possible compte tenu de tous les inconnus dans ce premier dossier tarifaire d'Hydro-Québec.

[Souligné en caractère gras par nous]

3. DISTINCTION MAJEUR ADDITIONNELLE AVEC LA DECISION D-98-04

Vu tout ce qui précède, nous notons qu'il existe **un motif de distinction majeur entre la [décision D-98-04](#)** invoquée par la Régie et le présent dossier. En effet, outre tous les motifs de distinction invoqués par Énergir le 15 septembre 2020 ([B-0357](#)) et avec lesquels nous sommes en accord, il en existe un autre motif de distinction majeur.

Ainsi, non seulement SCGM à l'époque avait-elle omis de demander à la Régie de fixer rétroactivement le tarif visé en avisant en temps utile le public et les consommateurs, mais **la Régie n'avait alors pas le pouvoir de fixer elle-même un tel tarif pour remédier à la situation en l'absence de demande à cet effet**, vu que l'article 31 de la [Loi sur la Régie du gaz naturel, RLRQ, c. R-8.02 \(abrogée\)](#) ne lui conférait pas un tel droit (contrairement à l'article 48 de la [Loi sur la Régie de l'énergie, RLRQ, c. R-6.01](#) qui permet désormais à la Régie de fixer un tarif de sa propre initiative, sans demande de quiconque).

Qui sait si SCGM n'aurait ainsi pu régulariser sa situation rétroactivement, sans pénalité, d'autant plus que la Régie trouvait alors louables les motifs l'ayant amené à édicter ce tarif d'exception ([décision D-98-04](#) pp. 19-21) ?

4. LA PROPOSITION DE QUELQUES INTERVENANTS DE MODIFIER RETROACTIVEMENT LES REGLES TARIFAIRES AU LIEU DE REMETTRE LES PARTIES EN ETAT

Enfin, nous notons que quelques intervenants proposent non seulement à la Régie de ne pas fixer de tarif GNR rétroactif à 2017-2019, mais, en plus, de ne pas « *remettre les parties en état* » (en allouant à la masse de la clientèle le coût d'achat du GNR légalement acquis par Énergir en cette période via les comptes reportés des coûts de gaz de réseau et de découplage des revenus, mais plutôt de le faire payer par l'actionnaire).

Or cela revient pour ces intervenants à proposer à la Régie d'édicter aujourd'hui une nouvelle règle tarifaire rétroactive selon laquelle le coût d'achat du GNR légalement acquis par Énergir en 2017-1019 ne ferait plus partie du coût de service mais serait plutôt fourni gratuitement par l'actionnaire.

Ces intervenants n'ont pas fourni de justification au soutien de leur proposition à la Régie d'adopter cette nouvelle règle tarifaire rétroactive. De plus, lorsque des décisions furent rendues par la Régie autorisant Énergir à acquérir du GNR de Saint-Hyacinthe et d'autres fournisseurs, il n'a jamais été question par quiconque que ce serait l'actionnaire qui l'offrirait gracieusement et gratuitement à la clientèle ni que ce GNR serait omis du coût de service.

* * *

Espérant le tout à votre entière satisfaction, nous vous prions, Chère Consœur, de recevoir l'expression de notre plus haute considération.



Dominique Neuman, LL.B.

Procureur du Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par

l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA), Stratégies Énergétiques (S.É.) et le Groupe d'Initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

c.c. La demanderesse et les intervenants, par le *Système de dépôt électronique* de la Régie (SDÉ).