

DOMINIQUE NEUMAN

AVOCAT

1535, RUE SHERBROOKE OUEST
REZ-DE-CHAUSSÉE, LOCAL KWAVNICK
MONTRÉAL (QUÉ.) H3G 1L7
COURRIEL energie @ mlink.net

MEMBRE DU BARREAU DU QUÉBEC

Montréal, le 2 décembre 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.

Étape B, sous-partie « *Rétroactivité du tarif GNR du 1^{er} déc. 2017 au 18 juin 2019* ».

Cadre doctrinal soumis par le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM sur la rétroactivité.

Chère Consœur,

Suite à certaines jurisprudences récemment déposées au dossier par la Régie au sujet de la rétroactivité tarifaire et des jurisprudences additionnelles (que nous citons ci-après et déposerons également en vue de l'audience du 4 décembre 2020), le *Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM* soumet respectueusement au Tribunal le cadre doctrinal suivant que nous plaiderons :

1. L'obligation première d'un régulateur énergétique consiste à fixer des tarifs justes et raisonnables.
2. Il est certes souhaitable que les tarifs soient fixés de façon prospective et non rétroactive. Toutefois, l'obligation première d'un régulateur énergétique demeure de fixer des tarifs justes et raisonnables.
3. Les jurisprudences américaine et canadienne ont reconnu qu'un régulateur peut notamment fixer ou accepter des tarifs rétroactifs (justes et raisonnables) dans les cas suivants :

3.1 Premier cas : S'il y a notification appropriée des personnes affectées. Cette notification peut notamment s'effectuer a) en logeant une **demande tarifaire** auprès du régulateur, ou b) par le prononcé d'une décision du régulateur déclarant que les tarifs antérieurs sont « **provisoires** » ou c) par la passation d'un **contrat** entre l'utilité publique et le consommateur comportant un tarif qui soit conditionnel à une approbation ultérieure par le régulateur. Une décision de tarif provisoire ou un contrat dont le tarif conditionnel à approbation régulatoire future **constituent deux moyens interchangeable et également valables de notifier les personnes affectées** (*Consolidated Edison* 2003, *Columbia Gas*). Voir aussi : *Bell Canada*, *Oxy*, *Exxon*, *Old Dominion*, *Southwest Power Pool*, *Consolidated Edison* (1992, l'Honorable Ruth Bader Ginsburg *per curiam*), *Piqua*, *Concord and Wellesley* (1988), *SFP* et *Hall*.

3.2 Second cas : De façon rare et exceptionnelle, même sans notification appropriée des personnes affectées, en vertu des pouvoirs généraux du régulateur de fixer des tarifs justes et raisonnables, même rétroactivement le cas échéant. Voir : Décisions D-2017-062, D-2014-164 et D-2017-125.

Aux États-Unis, cela est rendu possible par le large pouvoir tarifaire général de l'article 309 de la *Federal Power Act* (FPA); voir *Verso*, *Niagara Mohawk*, *Black*

Oak. La FERC n'a réalisé que récemment qu'elle pouvait invoquer ce large pouvoir général pour accepter une tarification rétroactive sans notification préalable. En effet, dans l'affaire *Old Dominion*, la FERC, dans sa décision initiale, avait erronément cru ne disposer d'aucun pouvoir d'accepter une tarification rétroactive sans notification préalable vu qu'elle n'était pas un tribunal d'*equity* mais un tribunal statutaire; la Cour fédérale d'appel des États-Unis en 2017 n'a pas jugé cette décision déraisonnable et nul n'avait alors pensé à invoquer l'article 309 FPA. Suite à ce jugement, dans *Southwest Power Pool*, la FERC croyait encore en 2019 ne disposer d'aucun tel pouvoir, au grand désarroi de tous ses 4 commissaires d'alors qui déploraient ne pas bénéficier d'un pouvoir de révision rétroactive d'un tarif existant comme on le retrouve auprès de la NYISO. Mais plus récemment, en 2020, la FERC (dans son *Proposed Policy Statement on Waiver of Tariff Requirements*) déclare désormais qu'elle dispose bel et bien de la discrétion nécessaire pour accepter une tarification rétroactive sans notification préalable, vu l'article 309 de la *Federal Power Act* (au grand désarroi du commissaire Danly, dissident dans *Sunflower, Montana-Dakota* et *PSEG*, qui estime au contraire qu'*Old Dominion* aurait retiré cette discrétion à la FERC, mais voir plus loin).

4. Par ailleurs, même lorsqu'une tarification aurait été déjà appliquée sans avoir fait l'objet d'une approbation prospective ni rétroactive du régulateur, **il est requis que la gestion de cette situation par le régulateur constitue elle-même en des tarifs justes et raisonnables**. La gestion de cette situation peut ainsi elle-même amener le régulateur à valider des tarifs non autorisés mais déjà perçus *de facto*, vu que toute remise en état ou autre alternative serait soit impossible soit non « *juste et raisonnable* ». En d'autres termes, si le régulateur juge que les tarifs *de facto* perçus auraient été justes et raisonnables si déposés et/ou approuvés en temps utile, elle a le pouvoir de ne pas requérir le remboursement du tarif perçu en trop ni la remise en état mais plutôt de valider la situation qui a existé *de facto*.

Aux États-Unis, c'est cette solution qui a été retenue par la Cour d'appel fédérale dans *Concord and Norwood and Wellesley (1992)* laquelle (*bien qu'une tarification rétroactive n'avait alors été ni demandée ni accordée*) a finalement approuvé la décision de la FERC de ne pas ordonner à l'utilité publique de rembourser au client **un pass on** qui lui avait été erronément facturé sans avoir été inscrit dans les tarifs (mais en reconnaissant que ce *pass on* aurait été juste et raisonnable s'il avait été inscrit dans les tarifs en temps utile). C'est aussi la solution que préconise le commissaire dissident Danly de la FERC dans *Sunflower* (parag. 15) lequel, bien que croyant la FERC dépourvue du pouvoir d'autoriser une rétroactivité tarifaire sans notification préalable (vu *Old Dominion*), accepterait qu'il n'y ait pas de remboursement d'un tarif perçu en trop, si cette solution constitue elle-même une tarification juste et raisonnable (*car la perception de ce tarif serait juste et raisonnable hormis l'enjeu de rétroactivité sans notification*).

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).