

CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

DOSSIER R-4008-2017

Étape C
Rétroactivité tarifaire 2017-2019

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

ACHAT ET VENTE DE GAZ NATUREL
RENOUVELABLE (« GNR ») PAR ÉNERGIR

ÉNERGIR

Demanderesse

-et-

LE REGROUPEMENT SÉ-AQLPA-GIRAM,
CONSTITUÉ PAR :

STRATÉGIES ÉNERGÉTIQUES (S.É.)

L'ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE LUTTE
CONTRE LA POLLUTION ATMOSPHÉRIQUE
(AQLPA) ET

LE GROUPE D'INITIATIVES ET DE
RECHERCHES APPLIQUÉES AU MILIEU
(GIRAM)

Intervenant

ARGUMENTATION CONSOLIDÉE SUR LA RÉTROACTIVITÉ 2017-2019 D'UN TARIF GNR
(CONSOLIDANT ET COMPLÉTANT NOTRE LETTRE [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0026](#) DU 6 JUIN 2019 (SECT. 2.2, 2.3),
NOTRE [LETTRE SUR LA RÉTROACTIVITÉ C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0077 DU 10 SEPTEMBRE 2020](#), NOTRE
ARGUMENTATION [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0080](#) (CHAPITRE 2) ET NOS LETTRES [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0081](#),
[C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0100](#) (CADRE DOCTRINAL) ET [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0107](#))

M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur
Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)
Le 4 décembre 2020

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

Régie de l'énergie - Dossier R-4008-2017
Achat et vente de gaz naturel renouvelable (« GNR ») par Énergir

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

RECOMMANDATION

RECOMMANDATION MODIFIÉE

LA RÉTROACTIVITÉ 2017-2019 D'UN TARIF GNR

La Régie de l'énergie a la juridiction de fixer un tarif GNR rétroactivement applicable aux contrats des 7 clients volontaires du 1^{er} décembre 2017 au 19 juin 2019. Ces contrats pouvaient valablement stipuler un tarif conditionnel à cette approbation rétroactive.

Vu que la Régie dispose d'une telle juridiction rétroactive, nous croyons qu'elle devrait l'exercer au présent dossier et fixer un tarif GNR rétroactif applicable aux contrats des 7 clients du 1^{er} décembre 2017 au 19 juin 2019.

Nous recommandons aussi qu'un tel tarif soit non pas provisoire mais définitif pour cette période de 2017 à 2019.

De surcroît, nous notons que ce ne serait pas une tarification juste et raisonnable a) que de NE PAS fixer un tarif GNR rétroactivement applicable aux contrats des 7 clients volontaires du 1^{er} décembre 2017 au 19 juin 2019 et b) que de disposer autrement que par cette tarification rétroactive du surcoût du GNR valablement acquis par Énergir et livré à ces 7 clients durant cette période.

*Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur*

*Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)*

TABLE DES MATIÈRES

PRÉAMBULE.....	1
1 - REMARQUE PRÉLIMINAIRE SUR CERTAINS CONCEPTS	3
2 - LES JURIDICTIONS EXCLUSIVES DE LA RÉGIE, LORSQUE DES CONTRATS EXISTENT DÉJÀ PRÉALABLEMENT	4
2.1 CADRE DOCTRINAL	4
2.2 LE JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA RECONNAISSANT LE POUVOIR DU RÉGULATEUR DE FIXER UN TARIF RÉTROACTIF LORSQUE LES INTÉRESSÉS SONT PRÉALABLEMENT SUFFISAMMENT NOTIFIÉS.....	9
2.3 LA RECONNAISSANCE, PAR LA JURISPRUDENCE, QU'UN CONTRAT AVEC TARIF CONDITIONNEL PEUT CONSTITUER UN MODE VALIDE DE NOTIFICATION PRÉALABLE SUFFISANTE D'UNE TARIFICATION RÉTROACTIVE	14
2.4 LA RECONNAISSANCE, PAR LA JURISPRUDENCE, D'UNE JURIDICTION DE PRONONCER UNE TARIFICATION RÉTROACTIVE MÊME SANS NOTIFICATION PRÉALABLE.....	23
2.5 LA RECONNAISSANCE, PAR LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINE, D'UNE DISCRÉTION QUANT À L'OCTROI OU NON D'UN REMÈDE ET SA TRADUCTION EN DROIT SUBSTANTIF ACCROISSANT LA DISCRÉTION DE RÉTROACTIVITÉ TARIFAIRE DANS LE RÉGIME DE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS.....	34
2.6 CONCLUSION SUR LE POUVOIR DE TARIFICATION RÉTROACTIVE	38
3 - APPLICATION AU PRÉSENT CAS.....	39
4 - CONCLUSION	41

*Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
 M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur*

*Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
 Stratégies Énergétiques (S.É.)
 l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
 le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)*

PRÉAMBULE

. - La Régie de l'énergie est saisie, au présent dossier R-4008-2017, d'une vaste demande d'Énergir (ci-après « *le distributeur* ») relative à l'achat et à la vente de gaz naturel renouvelable (« GNR »). Dans le cadre de la Phase 1, Étape C de ce dossier, la Régie de l'énergie est notamment appelée à se prononcer sur la rétroactivité 2017-2019 du tarif GNR.

La Régie invité les participants à lui transmettre leurs arguments écrits sur différents aspects de l'enjeu de la rétroactivité ou non d'un Tarif GNR pour 2017-2019 ([lettre A-0142 du 11 août 2020](#)), notamment :

- des motifs pour lesquels la rétroactivité du tarif devrait être accordé 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.

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

. - Énergir a déposé son argumentation détaillée sur l'enjeu de la rétroactivité le 15 septembre 2020 ([Pièce B-0357](#)). Elle la présentera et pourra la compléter en audience le 23 novembre 2020.

. - La présente constitue l'argumentation, sur l'enjeu de la rétroactivité, de la part du Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué de *Stratégies Énergétiques (S.É.)*, de l'*Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)* et du *Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)*.

Elle reprend et consolide, parfois modifie, complète et précise notre argumentation initiale sur la rétroactivité [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0026](#) du 6 juin 2019 (aux sections 2.2 et 2.3), ainsi que notre [lettre sur la rétroactivité C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0077 du 10 septembre 2020](#), notre argumentation [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0080](#) (chapitre 2) et nos lettres [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0081](#), [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0100](#) (cadre doctrinal) et [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0107](#).

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

1

REMARQUE PRÉLIMINAIRE SUR CERTAINS CONCEPTS

. - Nous désirons, en premier lieu, éliminer certaines fausses pistes susceptibles de perturber la réponse à l'enjeu de la rétroactivité 2017-2019 du Tarif GNR :

- Le GNR n'est pas un « produit » différent du reste du gaz naturel réglementé. **Il est du gaz naturel réglementé interchangeable.** Il provient de fournisseurs spécifiques ce qui lui confère des attributs environnementaux procurant une dispense d'obligation d'achat des droits d'émission au SPEDE ainsi que des avantages réputationnels et quant d'éventuelles autres certifications environnementales obtenables par le consommateurs.

- Les contrats entre Énergir et ses clients volontaires de GNR ne sont pas des contrats d'approvisionnement. **Ils ne requièrent donc pas d'approbation de leurs caractéristiques dans le cadre de l'approbation du Plan d'approvisionnement d'Énergir.** Dans le Plan d'approvisionnement d'Énergir, ces contrats entre Énergir et ses clients volontaires de GNR font plutôt partie de la prévision de la demande. Seule est ici en jeu la validité de la clause tarifaire conditionnelle à approbation future par la Régie.

*Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur*

*Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)*

2

LES JURIDICTIONS EXCLUSIVES DE LA RÉGIE, LORSQUE DES CONTRATS EXISTENT DÉJÀ PRÉALABLEMENT

2.1 CADRE DOCTRINAL

. - Même si jadis, les régulateurs croyaient qu'il leur était interdit de fixer un tarif rétroactivement, la jurisprudence a évolué. Il est en effet désormais reconnu qu'une telle rétroactivité tarifaire est possible si le régulateur est satisfait **que les personnes affectées ont été suffisamment notifiées d'avance d'une telle rétroactivité** et, même en l'absence d'une telle notification, exceptionnellement, si le régulateur juge que cette rétroactivité est justifiée par le principe des tarifs justes et raisonnables.

. - 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* a respectueusement soumis au Tribunal, [dans sa pièce C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0100, 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.

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

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 interchangeables 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), SFPP et Hall*.

3.2 Second cas : 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.

Au Québec, la jurisprudence a, jusqu'à présent, exercé ce pouvoir dans des circonstances dites exceptionnelles : Décisions D-2017-062, D-2014-164 et D-2017-125.

Aux États-Unis, au contraire, la jurisprudence a exercé ce pouvoir aussi lorsque la rétroaction est de peu de conséquence notamment pour corriger une erreur de bonne foi (donc exactement le contraire de l'exigence de circonstances exceptionnelles susdite) et plus généralement simplement pour assurer que les tarifs soient conformes aux objectifs de la loi. Le pouvoir de tarification rétroactive sans notification préalable 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

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

tribunal statuaire; 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* 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*).

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

- . - Ce cadre procédural doit notamment tenir compte aussi de ce qui suit :
 - À partir du moment où il est reconnu que le régulateur a aussi le pouvoir d'approuver un tarif rétroactif même sans notification suffisante, **il y a lieu d'examiner globalement si les conditions de notification seraient ou non remplies et si, même en l'absence éventuelle de telle notification suffisante, il y aurait lieu pour le tribunal d'exercer sa discrétion d'autoriser une tarification rétroactive malgré cela.** L'appréciation de la suffisance de la notification ou l'exercice du pouvoir d'approuver un tarif rétroactif même sans notification suffisante **sont deux constituantes de la même discrétion du tribunal.** Ceci pourrait permettre de concevoir dans un cadre global à la fois la notification au consommateur visé (par un contrat avec tarif rétroactif) et la notification suffisante de toutes les parties prenantes, y compris celles non affectées monétairement par la rétroactivité tarifaire (ou qui sont favorisées par cette non rétroactivité comme c'est le cas ici, du fait que le gaz de réseau général est moins coûteux si l'on en soustrait le GNR).
 - Dans ce cadre, il y a lieu de ne pas appliquer l'argument de Monsieur le commissaire Danly de la FERC, dissident dans *PSEG*, aurait refusé la rétroactivité d'un tarif car le consommateur, bien que notifié d'avance, n'avait pas conclu un « *contract* » spécifiant ce tarif conditionnel **(au sens formaliste du terme « *contract* » en *common law*).** Un tel formalisme de « *contract* » ne nous apparaît pas requis selon nous pour qu'il y ait notification (d'autant plus que le régulateur disposerait du pouvoir large de fixer un tarif rétroactif même sans notification préalable en cas de circonstances exceptionnelles, si juste et raisonnable). De plus, le formalisme de la notion de « *contract* » en *common law* ne s'applique pas en droit civil québécois, où le lien contractuel s'obtient par l'échange des consentements, sans contrainte de forme.
 - Au Québec, **la juridiction** du régulateur d'approuver un tarif rétroactif même sans notification suffisante devrait-elle être réservée aux seuls cas de circonstances exceptionnelles comme dans les trois décisions précitées de la Régie ? Ou au contraire cette **juridiction** autoriserait-elle la Régie à exercer d'approuver un tarif rétroactif sans notification suffisante dans d'autres cas que des circonstances exceptionnelles comme aux États-Unis ? Nous croyons que la réponse se trouve dans la Loi sur la Régie de l'énergie : son article 49 permet au tribunal de tenir compte notamment du caractère juste et raisonnable des tarifs, ce principe se trouvant donc codifié dans la loi. Le principe de non rétroactivité n'est pas explicitement codifié à

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

l'article 49, bien qu'il puisse implicitement faire partie de la notion de justesse et raisonnable des tarifs, mais sans constituer la seule composante de cette justesse et raisonnable. Et, comme le souligne avec justesse la Cour d'appel fédérale des États-Unis dans *Towns of Concord, Norwood, and Wellesley, Massachusetts v. F.E.R.C.*, (1992) 955 F.2d 67 (D.C. Cir.), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/955/67/447976/> en page 9 : « *The filed rate doctrine does not have a life of its own. Its application depends on the underlying statute.* ». Nous soumettons donc que, du point de **la juridiction du Tribunal**, celui-ci a, s'il le juge souhaitable, le pouvoir d'approuver un tarif rétroactif même sans notification suffisante en appliquant la notion de « *tarif juste et raisonnable* » même lorsque les circonstances ne sont pas exceptionnelles. Ici encore, nous ne traitons que de de **la juridiction du Tribunal**.

- Il nous semble par ailleurs qu'une variation théorique doit être apportée lorsqu'on importe en droit civil québécois la notion selon laquelle, même si le régulateur refuse une rétroactivité tarifaire, il peut **refuser le remède** de remboursement. En *common law*, cela se conçoit puisque les décisions de non-application de « *remèdes* » peuvent servir de médium pour introduire des règles de droit substantif (voir par exemple la notion bien connue d'*estoppel*). Le droit civil québécois a au contraire tendance à codifier comme étant des règles de droit substantif les justifications menant à la non-application de « *remèdes* ». En d'autres termes, nous soumettons respectueusement que, si un régulateur québécois en venait à la décision de refuser d'appliquer un « *remède* » résultant d'une non-rétroactivité, c'est parce qu'il aura, *de facto*, jugé d'accepter cette rétroactivité en elle-même ou par application des règles de droit substantif civil québécois sur les modalités de *remise en état*. A titre comparatif en doctrine de droit civil, on note que le refus d'accorder un remède en *common law* selon la notion d'*estoppel* s'est traduite en droit civil québécois par une plus grande reconnaissance de droits substantifs telles que les notions de l'usage, de l'équité et de la bonne foi.

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

2.2 LE JUGEMENT DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA RECONNAISSANT LE POUVOIR DU RÉGULATEUR DE FIXER UN TARIF RÉTROACTIF LORSQUE LES INTÉRESSÉS SONT PRÉALABLEMENT SUFFISAMMENT NOTIFIÉS

. - Il est évidemment souhaitable que les tarifs fixés par les régulateurs le soient de manière prospective.

. - Jadis, les régulateurs croyaient qu'il était impossible pour un régulateur de fixer des tarifs rétroactivement.

Les régulateurs et leurs tribunaux judiciaires ont toutefois graduellement reconnu le pouvoir des régulateurs de fixer des tarifs rétroactivement. Ils ont aussi graduellement aussi recommandé des encadrements dans l'exercice de ce pouvoir.

. - C'est 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> que la Cour suprême du Canada a établi le principe reconnaissant le pouvoir du régulateur de fixer un tarif rétroactif lorsque les intéressés sont préalablement suffisamment notifiés.

. - La Cour suprême du Canada était alors saisie d'un appel à l'encontre d'un **jugement de la Cour d'appel fédérale** qui avait erronément et de façon surprenante conclu qu'une ordonnance tarifaire provisoire sur le fond **ne pouvait pas être modifiée rétroactivement** par l'ordonnance finale car cela aurait fait échec au principe du caractère prospectif de la tarification.

La Cour suprême du Canada a alors jugé que la Cour d'appel fédérale avait erré et qu'il était au contraire possible, dans le cas sous étude, au régulateur (en l'occurrence le CRTC) de fixer le tarif rétroactivement.

. - De plus, dans ce cas précis de *Bell Canada*, le régulateur s'était bien assuré que les personnes affectées avaient dûment été informées d'avance de la possibilité d'une telle rétroactivité, afin de ne pas être prises par surprise. Cette information, elles l'avaient obtenue du fait que le régulateur avait écrit, d'avance, que son ordonnance initiale était « provisoire ».

. - Cet arrêt de la Cour suprême du Canada rejoignait ainsi la jurisprudence américaine qui indique que l'interdiction de tarification rétroactive ne s'applique pas lorsque les consommateurs concernés étaient adéquatement notifiés que les tarifs présentement collectés sont sujets à une décision ultérieure qui pourrait les modifier. La Cour fédérale d'appel des États-Unis, dans *Oxy USA inc. v. F.E.R.C.*, (1995) 64 F.3d 679, <https://www.leagle.com/decision/199574364f3d6791621>, en page 699, le réitère :

The rule against retroactive ratemaking, however, "does not extend to cases in which [customers] are on adequate notice that resolution of some specific issue may cause a later adjustment to the rate being collected at the time of service."

La Cour fédérale d'appel des États-Unis le rappelle encore dans *Exxon Co U.S.A. v. F.E.R.C.*, (1999) 182 F.3d 30, <https://www.leagle.com/decision/1999212182f3d301208>, en page 49, indiquait à cet effet :

As we stated in OXY, "[t]he rule against retroactive ratemaking ... `does not extend to cases in which [customers] are on adequate notice that resolution of some specific issue may cause a later adjustment to the rate being collected at the time of service.' The goals of equity and predictability are not undermined when the Commission warns all parties involved that a change in rates is only tentative and might be disallowed." 64F.3d at 699 (quoting *Natural Gas Clearinghouse*, 965 F.2d at 1075).

.- 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>, la Cour suprême du Canada a clairement spécifié que le prononcé d'une décision préalable déclarant provisoires les tarifs ne constitue pas le seul moyen de fournir aux consommateurs la notification d'avance ici visée.

Ainsi, en page 1761 du recueil et page 43 de ce jugement, la Cour suprême du Canada indique que **le seul fait de loger publiquement une demande tarifaire suffirait à informer les personnes affectées** de la possibilité qu'une décision tarifaire soit rendue avec prise d'effet rétroactivement à compter de la date de ce dépôt :

*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 l'appelant 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*

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

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 l'appelant 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.**
 [Souligné en caractères gras par nous]

. - La Régie de l'énergie a, ainsi à de nombreuses reprises, ainsi exercé sa juridiction de rendre des décisions tarifaires rétroactivement. En premier lieu, dans divers cas, elle a choisi d'exercer cette discrétion **après avoir dûment informé les personnes affectées** de la possibilité d'une telle rétroactivité, afin qu'elles ne soient pas prises par surprise. La technique utilisée dans un premier temps pour transmettre cette information aux personnes affectées a souvent consisté, pour le régulateur, à rendre une décision antérieure avertissant que les tarifs antérieurs n'étaient que « *provisoires* ».

La Régie rappelle aussi, parallèlement, que sa juridiction tarifaire s'acquiert **dès le dépôt d'une demande** (si aucune autre disposition législative ne fait obstacle au maintien d'une telle juridiction), ce qui confirme le principe susdit énoncé par la Cour suprême dans *Bell Canada*. Voir notamment **RÉGIE DE L'ÉNERGIE**, Dossier R-4041-2018, [Décision D-2020-095](#), conclusions en page 40 et parag. 106-107 :

*[106] Ainsi, la Régie retient que dans le cas d'une modification législative visant la compétence d'un tribunal, il faut généralement interpréter que **le cadre législatif de référence est cristallisé au moment du dépôt de***

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
 M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
 Stratégies Énergétiques (S.É.)
 l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
 le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

la demande introductive d'instance et qu'il est maintenu pour tout le traitement lié à cette compétence.

[107] Sous réserve d'une disposition transitoire expresse à l'effet contraire, puisque l'examen du présent dossier était et demeure en cours d'instance, en vertu du principe de la survie de la loi ancienne, cet examen doit se faire en vertu de la compétence tarifaire de la Régie telle qu'elle était à la date du dépôt de la demande du Distributeur.

[Souligné en caractères gras par nous]

Nous passons ci-après aux autres cas de décisions tarifaires rétroactives.

2.3 LA RECONNAISSANCE, PAR LA JURISPRUDENCE, QU'UN CONTRAT AVEC TARIF CONDITIONNEL PEUT CONSTITUER UN MODE VALIDE DE NOTIFICATION PRÉALABLE SUFFISANTE D'UNE TARIFICATION RÉTROACTIVE

. - Une deuxième technique possible pour informer d'avance les personnes affectées qu'une décision tarifaire rétroactive pourrait être rendue consiste en **la conclusion d'un contrat entre l'utilité publique et le consommateur fixant des conditions tarifaires conditionnelles à la décision ultérieure rétroactive du régulateur.**

. - **La jurisprudence américaine reconnaît qu'un contrat sujet à approbation ultérieure par le régulateur (« a pre-existing contractual agreement ») constitue une technique valide pour aviser les personnes concernées d'une possible fixation rétroactive de tarifs.**

Ainsi, par exemple, dans *Old Dominion Elec. Cooperative v. F.E.R.C.*, (2018) 892 F.3d 1223 (United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit), en page 14 du jugement, la Cour d'appel fédérale cite avec approbation son arrêt antérieur *Piqua (City) v. FERC*, (1979) 610 F.2d 950 (United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit) comme suit :

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).

. - De même, la FERC, dans *Re : Southwest Power Pool, Inc.*, (2019) 166 FERC 61160, distingue la cause dont elle était alors saisie (où elle refuse de fixer un tarif rétroactif) des cas des arrêts *Consolidated Edison*, *Piqua* et *Hall* de la Cour fédérale d'appel où cette

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

rétroactivité avait été prononcée du fait que les personnes affectées **avaient été dûment informées de la possibilité d'une telle rétroactivité au moyen d'un contrat (« prior agreement between parties »)** entre l'utilité publique et le consommateur qui en faisait état :

51. As the court in Old Dominion reaffirmed, the filed rate (i.e., section I.7.1 here) can be waived only if an exception to the filed rate doctrine exists or the filed rate doctrine is otherwise satisfied. Although the D.C. Circuit has described the filed rate doctrine as an “impenetrable shield for consumers,”¹⁴⁷ courts have found that, where a rate change has a retroactive effect, the filed rate doctrine and rule against retroactive ratemaking can be satisfied if customers had adequate notice of the proposed change.¹⁴⁸

¹⁴⁷ See *Old Dominion*, 892 F.3d at 1230.

¹⁴⁸ See *NSTAR*, 481 F.3d at 801 (citing *Columbia Gas III*, 895 F.2d at 797); *Consolidated Edison*, 347 F.3d at 969.

54. We find SPP's reliance on cases such as *Consolidated Edison and Cal. Pub. Util. Comm'n* to be misplaced, as these cases do not support SPP's assertion that it provided adequate notice to transmission service customers on the potential for retroactive credit payment obligations beyond the one-year billing limitation imposed by section I.7.1 of the Tariff. SPP cites to these cases for the proposition that customers are on adequate notice when parties are on actual notice.¹⁵² However, the cases to which SPP cites pertain to findings of actual notice where there was prior agreement between parties¹⁵³ or the potential for a rate to be overturned on appeal and thus changed retroactively.¹⁵⁴ Neither those nor analogous circumstances are present here: there was no prior agreement between SPP and the parties memorializing an understanding that SPP could invoice further back than one year, nor was there a pending judicial appeal that might have alerted parties to potential retroactive changes in the filed rate.

¹⁵² SPP Brief at 18 & n.68 (citing *Consolidated Edison*, 958 F.2d 429, 434 (1992); *Cal. Pub. Util. Comm'n*, 988 F.2d at 165 n.10).

¹⁵³ **Consolidated Edison, [NDLR: 1992] 958 F.2d at 434 (describing City of Piqua and Hall findings of adequate notice based on parties' prior agreement or consent).**

¹⁵⁴ *Pub. Utils. Comm'n of Cal.*, 988 F.2d at 165 n.10.

. - Effectivement, dans *Consolidated Edison v. F.E.R.C.*, (1992) 958 F.2d 429, <https://www.leagle.com/decision/19921387958f2d42911296>, en page 434, l'Honorable Ruth Bader Ginsburg, au nom de la Cour d'appel fédérale, citant les arrêts *Piqua* et *Hall* de cette Cour, rappelle que l'approbation rétroactive d'un tarif à la date où une utilité publique et un consommateur ont convenu de ce tarif conditionnellement à son approbation réglementaire ne contrevient au principe général de non-rétroactivité tarifaire :

Piqua held that, where the gas purchaser actually agreed in advance to the rate change date in question, FERC may order an effective date coinciding with, i.e., retroactive to, that agreed date.

Piqua was featured in *Hall v. FERC*, 691 F.2d 1184 (5th Cir.1982), cert. denied, 464 U.S. 822, 104 S.Ct. 88, 78 L.Ed.2d 96 (1983), in which the Fifth Circuit held that **FERC abused its discretion when it failed to declare a rate increase retrospectively effective as of the day specified in the parties' agreement.** In *Columbia Gas Transmission Corp. v. FERC*, 895 F.2d 791 (D.C.Cir.), cert. denied, ___ U.S. ___, 111 S.Ct. 278, 112 L.Ed.2d 233 (1990) (*Columbia Gas*), this court, while adhering to *Piqua*, clarified that the Commission was not at liberty "to waive the filed rate doctrine" itself by imposing, retroactively, a rate as to which the purchaser had no advance warning. **Columbia Gas emphasized that where the purchaser has actual notice that the rate would be increased, as the purchasers did in *Piqua* and *Hall*, the predictability-promoting function of section 4(d) and the filed rate doctrine is adequately served.** See *id.* at 795-96 [...]

[Souligné en caractère gras par nous]

. - Dans *City of Piqua, Ohio v. FERC*, (1979) 610 F.2d 950, <https://www.leagle.com/decision/19791560610f2d95011398>, en pages 954-955, la Cour d'appel fédérale des États-Unis précisait :

The **retroactive ratemaking rule** thus bars utility refunds for past excessive rates, or the Commission's retroactive substitution of an unreasonably high or low rate with a just and reasonable rate.

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
 M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
 Stratégies Énergétiques (S.É.)
 l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
 le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

The present situation is immediately distinguishable. In this case, two parties agreed on new rate schedules and on the effective date for the new contract. The negotiated rate change was not retroactive; it was prospective from the date of the contract. Filing under section 205(d) allowed the Commission to review the agreement to ensure its reasonableness. Such review does not, when good cause is shown, however, preclude enforcing the contract provision as of the date specified therein.

Moreover, the Commission, **in finding the Agreement reasonable, did not retroactively substitute a rate; it merely approved the rate change and effective date agreed upon by the parties.**

As part of its retroactivity argument, Piqua also challenges the waiver as inconsistent with the "filed rate doctrine" as described in *Montana-Dakota Utilities Co. v. Northwestern Public Service Co.*, 341 U.S. 246, 251, 71 S.Ct. 692, 695, 95 L.Ed. 912 (1951): "[a utility] can claim no rate as a legal right that is other than the filed rate . . ." This court, in discussing the doctrine, stated: "The considerations underlying the [filed rate] doctrine . . . are preservation of the agency's primary jurisdiction over reasonableness of rates and the need to insure that regulated companies charge only those rates of which the agency has been made cognizant." *City of Cleveland v. FPC*, 174 U.S.App.D.C. 1, 10, 525 F.2d 845, 854 (1976). **This purpose is unaffected by the Commission's waiver of the notice requirement upon good cause, thus allowing rate changes, found by the Commission to be just and reasonable, to become effective on the date agreed by the parties.**

We have considered the agency's interpretation of section 205(d) in light of the Act's policy and the practical consequences of the proposed construction. We find that section 205(d) statutorily authorizes the Commission's waiver of the prior notice requirement upon a showing of good cause.

C. Substantial Evidence of Good Cause

The Commission found good cause for waiver of the prior notice requirement.

. - Dans *Columbia Gas Transmission Corp. v. F.E.R.C.*, (1990) 895 F.2d 791, <https://www.leagle.com/decision/19901686895f2d79111552>, en pages 796-797, la Cour d'appel fédérale des États-Unis identifie **le contrat préexistant (conditionnel à approbation) et la décision provisoire comme constituant deux manières équivalentes et valides** d'aviser les intéressés qu'une tarification ultérieure pourra prendre effet à la date d'un tel avis. La tarification ne sera alors pas considérée rétroactive mais plutôt prospective à compter de la date d'un tel avis aux intéressés :

the Commission misinterprets those cases where a seemingly "retroactive" rate was approved. *City of Piqua and Hall did not authorize the Commission to impose rates retroactively because giving effect to the parties' intent is a policy of the Act and therefore "good cause" within the meaning of section 4(d). Rather, those cases found that because of pre-existing agreements between the parties and the notice that went automatically with them, those rates were not in fact retroactive.* *Id.* at 1192; *City of Piqua*, 610 F.2d at 954. *City of Piqua* is quite emphatic about this:

*The retroactive ratemaking rule thus bars ... the Commission's retroactive substitution of an unreasonably high or low rate with a just and reasonable rate. **The present situation is immediately distinguishable. In this case, two parties agreed on new rate schedules and on the effective date for the new contract. The negotiated rate change was not retroactive; it was prospective from the date of the contract.***

Id. at 954.

The same principle obtains when the Commission itself places parties on notice (as it did the first sellers and first buyers of natural gas in Order No. 94) that the rates they will be paying are subject to retroactive adjustment at a later date. This procedure, moreover, is squarely analogous to that in section 4(e) of the NGA in which the published rates, by express terms of the statute, remain subject to later modification and are therefore provisional in nature. 15 U.S.C. § 717c(e). **Notice does not relieve the Commission from the prohibition against retroactive ratemaking. Instead, it changes what would be purely retroactive ratemaking into a functionally prospective process by placing the relevant audience on notice at the outset that the rates being**

promulgated are provisional only and subject to later revision. This in no way dilutes the general rule that once a rate is in place with ostensibly full legal effect and is not made provisional, it can then be changed only prospectively.

[Souligné en caractère gras par nous]

. - Dans *Towns of Concord and Wellesley, Mass. v. F.E.R.C.*, (1988) 844 F.2d 891, <https://www.leagle.com/decision/19881735844f2d89111597>, en page 897, la Cour d'appel fédérale rappelait le contexte d'affaires qui peut amener une telle tarification à effet rétroactif :

The process of regulatory change may necessarily be somewhat slower than the parties' business decisions, by which they must respond to a rapidly changing environment and seize fleeting opportunities. We see no unfairness in FERC's allowing the regulatory change to take effect as of the date of the underlying mutually-agreed change in the parties' relations which prompted it. See *City of Girard, Kansas v. F.E.R.C.*, 790 F.2d 919, 925 (D.C.Cir.1986); cf. *Hall v. F.E.R.C.*, 691 F.2d 1184, 1191-92 (5th Cir.1982), cert. denied, 464 U.S. 822, 104 S.Ct. 88, 78 L.Ed.2d 96; *City of Piqua v. F.E.R.C.*, 610 F.2d 950, 954-55 (D.C.Cir.1979).

[Souligné en caractère gras par nous]

. - Dans *Consolidated Edison Co. of New York v. F.E.R.C.*, (2003) 347 F.3d 964, <https://www.leagle.com/decision/20031311347f3d96411208>, l'Honorable juge Tatel *per curiam*, en pages 969-970, confirme que le contrat préexistant (conditionnel à approbation) et la décision provisoire constituent deux manières valides d'ainsi aviser les intéressés :

Dans *Consolidated Edison Co. of New York v. FERC*, (2003) 347 F.3d 964, <https://www.leagle.com/decision/20031311347f3d96411208>, l'Honorable juge Tatel *per curiam* :

Courts have recognized only two circumstances in which a rate adjustment may take effect prior to a section 205 filing: when parties have notice that a rate is tentative and may be later adjusted with retroactive effect, or when they have agreed to make a rate effective retroactively. See *id.* at 49 (noting that "[t]he rule against retroactive ratemaking ... does not extend to cases in

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
 M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
 Stratégies Énergétiques (S.É.)
 l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
 le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

which [customers] are on adequate notice that resolution of some specific issue may cause a later adjustment to the rate being collected at the time of service" (alteration and omission in original) (internal quotation marks and citations omitted)); *City of Holyoke Gas & Elec. Dep't v. FERC*, 954 F.2d 740, 744 (D.C.Cir.1992) (finding **FERC's decision to make the rate change effective prior to the filing date proper because the parties had contracted to make rate retroactive and a waiver was not against the public interest**). **Neither of these circumstances undermines the twin goals of predictability and equity**. See *Exxon*, 182 F.3d at 49 (finding that "equity and predictability are not undermined when the Commission warns all parties involved that a change in rates is only tentative and might be disallowed" (quoting *OXY USA, Inc. v. FERC*, 64 F.3d 679, 699 (D.C.Cir. 1995) (internal quotation marks omitted))); *Columbia Gas*, 895 F.2d at 796 (describing *City of Piqua v. FERC*, 610 F.2d 950, 954-55 (D.C.Cir.1979), in which **the parties agreed to make a rate change effective on a date before the filing**, as a case that did not implicate the filed rate doctrine).

[Souligné en caractère gras par nous]

. - *SFPP, L.P. v. FERC*, (2010) 592 F.3d 189, <https://www.leagle.com/decision/infco20100115128>, en page 193 confirme aussi qu'une telle tarification prenant effet à la date de l'effet est considérée prospective et non rétroactive :

Nor did City of Piqua hold, as SFPP suggests, that an unfiled contractual rate agreement was enforceable, but instead involved a filed contractual rate that FERC determined was reasonable and, upon finding good cause, allowed to be enforced from the initial date of the contract rather than from the date the contract rate was filed. See City of Piqua, 610 F.2d at 954-55.

[Souligné en caractère gras par nous]

. - Lorsque les parties sont ainsi avisées, le régulateur a juridiction de fixer un tarif prenant effet à la date de l'avis. C'est une question d'opportunité et de discrétion. Dans *Hall v. FERC* (1982) 691 F.2d 1184, <https://www.leagle.com/decision/19821875691f2d118411671>, en pages 1192-1196, la Cour d'appel fédérale avait jugé que la FERC avait abusé de sa

discrétion en refusant de considérer une fixation de tarif prenant effet à la date du contrat conditionnel convenu entre l'utilité publique et le consommateur :

*In Piqua [...] Having found that the Commission was statutorily authorized to allow rates to take effect without requiring advance notice, **the court reasoned that it would not constitute retroactive ratemaking, when good cause was shown, for the Commission to give effect to the intent of the parties whose contractually authorized rate schedules called for a rate increase to be effective at a designated time.** The court stated:*

In this case, two parties agreed on new rate schedules and on the effective date for the new contract. The negotiated rate change was not retroactive; it was prospective from the date of the contract. Filing under section 205(d) allowed the Commission to review the agreement to ensure its reasonableness. Such review does not, when good cause is shown, however, preclude enforcing the contract provision as of the date specified therein. Moreover, the Commission, in finding the Agreement reasonable, did not retroactively substitute a rate; it merely approved the rate change and effective date agreed upon by the parties.

610 F.2d at 954-55 (emphasis added). A similar position was espoused by FERC in the administrative proceeding in which it had granted the waiver. See, Dayton Power & Light Co., Docket No. ER77-546, Order Granting Rehearing and Correcting Prior Order (January 18, 1978); Order Denying Rehearing (April 3, 1978).

*The facts of this case have been established by prior litigation in this dispute. Those facts establish that the 1952 contract between Hall and Arkla contained an escalation clause providing for the effectuation of an increase in rates should Arkla pay an amount higher than those rates it submitted to Hall. It is now also established that the parties intended the favored nations clause in their contract to cover the present situation thereby permitting the Hall group (had they filed) to recover from Arkla the equivalent of the rates it paid the United States beginning in September, 1961. **We agree with the D.C. Circuit Court that the policy against retroactive ratemaking which precludes Commission "substitution of an unreasonably high or low rate with a just and reasonable rate" is "immediately distinguishable" from the present situation where the Commission's waiver gives prospective application to the rates contractually authorized by the parties at the effective date contemplated***

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
 M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
 Stratégies Énergétiques (S.É.)
 l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
 le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

by the contract. *The Commission erred in not giving effect to this policy which it had previously distinguished and espoused.*

[...] We find that the Commission abused its discretion in denying Hall's application for a waiver.

[Souligné en caractère gras par nous]

. - La question de savoir si un contrat avec un client peut prévoir **un tarif assorti d'une « condition suspensive ou résolutoire »** liée à une approbation future par la Régie peut aussi trouver une partie de sa solution dans le fait que la Régie dispose elle-même du pouvoir de rendre une **décision tarifaire assortie d'une « condition suspensive ou résolutoire »** : [Dossier R-4041-2018, Décision D-2020-120](#). C'est aussi une piste de solution.

*Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur*

*Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)*

2.4 LA RECONNAISSANCE, PAR LA JURISPRUDENCE, D'UNE JURIDICTION DE PRONONCER UNE TARIFICATION RÉTROACTIVE MÊME SANS NOTIFICATION PRÉALABLE

. - Ce n'est que tardivement que la jurisprudence, tant au Québec qu'aux États-Unis, a reconnu la juridiction de prononcer une tarification rétroactive même sans notification préalable.

. - Ainsi, **même sans avoir dûment informé préalablement les personnes affectées de la possibilité d'une telle rétroactivité**, il est déjà valablement arrivé que la Régie exerce malgré tout son pouvoir de rendre rétroactive une décision tarifaire. Il s'agissait en effet d'une question de discrétion et d'opportunité que la Régie a choisi d'exercer dans **des circonstances exceptionnelles même lorsqu'il n'y avait pas eu de notification préalable des personnes affectées de la possibilité d'une telle rétroactivité** :

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

[88] Dans sa [décision D-2017-062](#), à laquelle la Demanderesse réfère, la Régie a retenu que les inondations survenues dans la Ville de Gatineau constituaient une **circonstance exceptionnelle**, imprévisible et hors du contrôle de Gazifère Inc. pour laquelle il était justifié d'écarter le principe de non-rétroactivité tarifaire et d'autoriser la création d'un compte d'écarts prenant effet antérieurement à la date de la demande.

[89] Dans sa [décision D-2014-164](#), la Régie a 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.

[90] Sans remettre en question le principe de non-rétroactivité tarifaire, la Régie constate qu'il y a dans le présent dossier un contexte particulier et soutenu par

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

*des éléments de preuve déterminants qui sont favorables à **l'application, au 1^{er} janvier 2017, des modifications à l'ASC 715.***

Source : RÉGIE DE L'ÉNERGIE, Dossier R-4009-2017, [Décision D-2017-125](#).

Plus récemment, [par lettre du 25 mars 2020](#), la Régie a elle-même encouragé tous ses distributeurs assujettis à modifier par eux-mêmes leurs conditions de service (*sans approbation préalable par décision d'une formation de 3 régisseurs suite à une audience publique tel que requis par les articles 16, 25 et 48 ss LRÉ*), afin d'aider leurs clients en période de pandémie.

. - Les trois décisions susdites apparaissent contredire, du point de vue des principes, la [décision de la Régie du gaz naturel D-94-04 de son dossier R-3280-93](#) (A-0141). En effet, bien que Gaz Métropolitain avait explicitement demandé à la Régie (page 19 de la décision, à la fin de la plaidoirie de Gaz Métropolitain) de « *ratifier* » rétroactivement le tarif qu'elle avait appliqué sans approbation préalable, la Régie alors jugé ne pas avoir le pouvoir de valider ce qui avait été fait illégalement (page 24 : « *La Régie **ne peut pas** légaliser ce qui est illégal, ni ratifier ce qui est de nullité absolue et elle doit donc sauvegarder les impacts sur l'entreprise de gaz et conséquemment sur les consommateurs* »). Nous soumettons respectueusement que la Régie du gaz naturel avait fait erreur : elle avait bel et bien la juridiction de statuer sur la demande de valider rétroactivement le tarif.

La Régie du gaz naturel a illégalement refusé d'exercer sa juridiction en croyant erronément qu'elle ne disposait pas du pouvoir de le faire.

La question que la Régie du gaz naturel aurait dû se poser dans sa décision D-94-04 consistait à se demander s'il était opportun qu'elle accueille la demande de fixation tarifaire

*Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur*

*Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)*

rétroactive dont elle était saisie, selon les critères décisionnels qu'elle aurait choisi d'appliquer sur le fond en tenant compte de toutes les circonstances dont la tardivité.

. - La « non effectivité » des articles 53 et 54 de la [Loi sur la Régie de l'énergie](#), s'appliquent aux cas où un tarif conditionnel à son approbation future ne fait effectivement l'objet d'aucune demande d'approbation tarifaire rétroactive devant le régulateur ou si cette demande est rejetée par ce régulateur. Ce n'est qu'en un tel cas que le tarif appliqué est sans effet :

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.*

Il ne peut discontinuer ou suspendre le service au consommateur pour la raison que ce dernier refuse de payer un montant autre que celui résultant de l'application d'un tarif ou d'une condition fixé par la Régie ou par le gouvernement.

54. *Toute stipulation d'une convention dérogeant à celle d'un tarif fixé par la Régie ou par le gouvernement est sans effet.*

[Souligné en caractère gras par nous]

. - Tel que mentionné, au Québec, la jurisprudence a, jusqu'à présent, exercé dans des circonstances dites exceptionnelles son pouvoir de tarification rétroactive sans notification préalable suffisante.

Mais aux États-Unis, au contraire, la jurisprudence a exercé ce pouvoir aussi lorsque la rétroaction **était de peu de conséquence** notamment pour corriger une erreur de bonne foi (donc exactement le contraire de l'exigence de circonstances exceptionnelles susdite) **ou, plus généralement, simplement pour assurer que les tarifs soient conformes aux objectifs de la loi.**

. - Le pouvoir de tarification rétroactive sans notification préalable aux États-Unis est en effet rendu possible par le large pouvoir tarifaire général de l'article 309 de la *Federal Power Act* (FPA) :

Déjà en 1967 dans *Niagara Mohawk Power Corporation v. Federal Power Commission*, (1967) 379 F2d 153, <https://openjurist.org/379/f2d/153>, la Cour d'appel fédérale des États-Unis avait établi que le pouvoir tarifaire général de l'article 309 de la *Federal Power Act* conférait à la FPC (ancêtre de la FERC) le pouvoir d'accorder une licence rétroactive ce qui l'assujettira rétroactivement à un tarif :

15 Petitioner relies on three contentions: that in the absence of clear expressions to the contrary, legislation must be construed to avoid retrospective application; that the retroactive ascertainment of administrative charges is a penalty not specifically authorized by statute, and the legislature was careful to specify the particular instances in which a penalty might be collected for a default; and that the Commission exceeded its authority in arrogating to itself the power of an equity court, here deciding the matter on the equity principle of regarding as done that which should have been done, rather than adhering to its legislative character.

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

16 The case presents no question of Congressional power, but only a question of construction of the scope of administrative discretion entrusted to respondent Commission under the Act. **The Commission's authority to establish effective dates of licenses earlier than the date of issuance, while not expressly set forth in the Act, is fairly implied, assuming reasonable exercise of the authority. The Act is not to be given a tight reading where in every action of the Commission is justified only if referable to express statutory authorization. On the contrary, the Act is one that entrusts a broad subject-matter to administration by the Commission, subject to Congressional oversight, in the light of new and evolving problems and doctrines.**

17 In support of this conclusion we note first the familiar provision, contained in this Act as Section 309, authorizing the Commission 'to perform any and all acts, and to prescribe * * * such orders * * * as it may find necessary or appropriate to carry out the provisions of (the Act).' While such 'necessary or appropriate' provisions do not have the same majesty and breadth in statutes as in a constitution, there is no dearth of decisions making clear that they **are not restricted to procedural minutiae, and that they authorize an agency to use means of regulation not spelled out in detail, provided the agency's action conforms with the purposes and policies of Congress and does not contravene any terms of the Act.**

[Souligné en caractère gras par nous]

Mais de façon surprenante, ce pouvoir tarifaire général de l'article 309 de la *Federal Power Act* et son application à la tarification rétroactive semblaient avoir sombré dans l'oubli pendant de nombreuses années. Ainsi par exemple, dans l'arrêt *Old Dominion*, ni la Cour fédérale d'appel, ni la FERC ni aucune des autres parties ne l'ont invoqué (mais il est vrai que la Cour fédérale d'appel avait alors uniquement pour tâche de déterminer si la décision de la FERC de refuser la rétroactivité était ou non « raisonnable », dans un contexte où personne n'avait invoqué l'article 309 FPA) De même, aucun des commissaires de la FERC ne l'avaient invoqué lorsque, dans *Southwest*, ils concluent à regret n'avoir pas le pouvoir d'édicter des tarifs rétroactifs malgré que cela aurait été juste et raisonnable.

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

C'est de façon plus récente, (avant *Old Dominion*, mais après les faits qui lui avaient donné naissance) que, dans *Verso corp. v. FERC*, 898 F.3d 1 (D.C. Cir. 2018), [15-1098-2018-07-31.pdf \(justia.com\)](#) et <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/cadc/15-1098/15-1098-2018-07-31.pdf?ts=1533049287> et <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/cadc/15-1098/15-1098-2018-07-31.html>, cert. denied sub nom., 139 S. Ct. 2044 (2019), la Cour d'appel fédérale des États-Unis a posé le principe que, bien que l'article 206 FPA ne permette pas un ajustement rétroactif des tarifs, **l'article 309 FPA confère à la FERC de large pouvoirs de fixer des tarifs justes et raisonnables qui permettent cette rétroactivité :**

Page 3:

FERC had authority to order refunds and corresponding surcharges under Section 206 and its broad remedial authority under Section 309.

Page 14:

The Commission argues that because “[t]his is a cost allocation case,” the limitations surrounding retroactive rate changes do not come into play, and the remedy imposed here was otherwise within FERC’s broad power to effectuate the FPA under Section 309. See Resp’t’s Br. 39-46. Because Section 206 contemplates surcharges in cost-allocation cases, FERC’s orders here are within its remedial authority. And because FERC explained valid reasons for departing from its usual policy of denying reallocation, that departure was not arbitrary or capricious.

Page 15:

*“[the Section 206] power is limited to prescribing the rate ‘to be thereafter observed’ and thus can effect no change prior to the date of the order”). **This rule against retroactive rate increases precludes FERC from ordering remedies that accomplish a higher rate for a past period. In turn, the filed-rate doctrine requires market participants to abide by the rates set: “utilities are forbidden to charge any rate other than the one on file with the Commission.” [...]***

While Section 206's limitations and the filed-rate doctrine thus restrict the remedies that FERC may order, FERC's remedial authority is otherwise expansive. Section 309 of the FPA provides that

The Commission shall have power to perform any and all acts, and to prescribe, issue, make, amend, and rescind such orders, rules, and regulations as it may find necessary or appropriate to carry out the provisions of this chapter.

Page 16:

The reallocation of SSR costs, including through surcharges, is well within FERC's remedial **authority under Section 309, read in harmony with Section 206 and the filed-rate doctrine.**

Page 17:

Reading the Section 206(c) exception **in conjunction with Section 206(b) and against the backdrop of Section 309,** FERC's authority to order refunds thus must be understood to encompass surcharges to pay for ordered refunds where the result is a reallocation of an existing rate.

Page 19:

Having established that **FERC has the statutory authority to order a reallocation of SSR costs through refunds and surcharges,** we next consider whether FERC acted within its discretion in doing so here.

[Souligné en caractère gras par nous]

Ce pouvoir de tarification rétroactive de la FERC fondé sur l'article 309 FPA et sur l'arrêt *Verso* a notamment été exercé dans l'affaire *Black Oak Energy, LLC v. PJM Interconnection, L.L.C.*, (2019) 169 FERC 61,075, <https://www.pjm.com/-/media/documents/ferc/orders/2019/20191028-el08-14-013.ashx>, afin de permettre une modification tarifaire rétroactive qui est juste et raisonnable et correspondait aux attentes des parties concernées :

10. On July 31, 2018, the D.C. Circuit in *Verso Corp. v. FERC (Verso)*,¹⁹
 upheld the Commission order in *MISO*. The court found that, under the facts of

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
 M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
 Stratégies Énergétiques (S.É.)
 l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
 le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

the case, the Commission's requirement for a not-for-profit RTO to reallocate costs during the refund period, including requiring surcharges, **did not violate the filed rate doctrine and was "well within [the Commission's] remedial authority under Section 309, read in harmony with Section 206 and the filed-rate doctrine."**

¹⁹ 898 F.3d 1 (D.C. Cir. 2018), cert. denied sub nom., 139 S. Ct. 2044 (2019).

11. In the Order on Remand, the Commission determined after further consideration of Verso and other precedent that it had discretion under sections 309 and 206(b) of the FPA to order PJM to provide refunds to Financial Marketers, even if PJM must accomplish refunds through surcharges to parties that received a disproportionate share of the line loss credit surplus. The Commission next stated that it has an obligation under FPA section 206(b) to weigh the equities and provide refunds when appropriate to restore the just and reasonable rate. In assessing the equities involved, the Commission reversed its prior refund determinations and found that PJM must pay refunds to Financial Marketers, i.e., pay misallocated marginal line loss over-collection amounts to those Financial Marketers that engaged in Up-To-Congestion transactions. The Commission also found that PJM has the authority to collect such refunds from the parties that received an overpayment of the line loss credits.

12. The Commission reasoned that providing refunds to the Financial Marketers effectuates the refund provision in section 206 of the FPA by ensuring that the Financial Marketers received the proper amount of credit for the refund period, and the Commission found that the equities favored ordering those refund. The Commission found that factors that often counsel against refunds are not present here. **Specifically, the Commission noted that refunds in this case would not upset operational decisions made in reliance on one set of rates that could not be undone retroactively in light of the new, corrected rates.** The Commission also noted that providing refunds would not require PJM to re-run the market and change the prices on which all customers rely. The Commission stated that requiring refunds is particularly appropriate here because the Financial Marketers had received line-loss credit payments from PJM prior to the Commission's changing its position on rehearing. [...]

20. [...] **The Commission found that equitable factors that often counsel against refunds—i.e., operational decisions made in reliance on existing rates that could not be undone retroactively and difficulties associated**

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

with re-running markets—were not present. [...] The Commission reasoned that exporters had a reasonable expectation of receiving some credit for line losses and concluded that full disgorgement of exporters' marginal line loss payments in the absence of notice would defeat those reasonable expectations.

Footnote 45: **The Order on Remand referenced DC Energy and AEP, two exporters engaging in good-faith export transactions to MISO load, noting that these exporters had a reasonable expectation of receiving some credit for line losses and that their reliance would have factored into their business decisions.**

[Souligné en caractère gras par nous]

Plus récemment, en 2020, la FERC (dans son *Proposed Policy Statement on Waiver of Tariff Requirements*) confirme 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* et *PSEG*, qui estime au contraire qu'*Old Dominion* aurait retiré cette discrétion à la FERC, mais voir plus loin).

UNITED STATES OF AMERICA, FEDERAL ENERGY REGULATORY COMMISSION (FERC), Docket No. PL20-7-000 (Waiver of Tariff Requirements), *Proposed Policy Statement on Waiver of Tariff Requirements and Petitions or Complaints for Remedial Relief*, Issued May 21, 2020, <https://www.ferc.gov/sites/default/files/2020-06/DocketNo.PL20-7-000.pdf> :

8. [...] the Commission has authority under FPA section 309 and NGA section 16 to “perform any and all acts, and to prescribe, issue, make, amend, and rescind such orders, rules, and regulations as it may find necessary or appropriate to carry out the provisions of this chapter.” The courts have held that this expansive language “permits [the Commission] to advance remedies not expressly provided by the FPA,” which in some circumstances has included authorizing changes to amounts paid or received by entities.²⁶

²⁶ *Verso Corp. v. FERC*, 898 F.3d 1, 10 (D.C. Cir. 2018) (citing *TNA Merch. Projects, Inc. v. FERC*, 857 F.3d 354, 359 (D.C. Cir. 2017))

(citing *Niagara Mohawk Power Corp. v. FPC*, 379 F.2d 153, 158 (D.C. Cir. 1967)), cert. denied sub nom. *City of Mackinac Island v. FERC*, 139 S. Ct. 2044 (2019).

10. [...] The Commission **may not grant retroactive relief**, however, **unless** the applicant makes a showing that either (1) the request for remedial relief does not violate the filed rate doctrine or the rule against retroactive ratemaking due to **adequate prior notice or, alternatively**, (2) that the requested relief is within the Commission's authority to grant under FPA section 309 or NGA section 16—that is, **granting the requested relief conforms with the purposes and policies of Congress and does not contravene any terms of the FPA or NGA**.

[Souligné en caractère gras par nous]

. - Nous soumettons donc respectueusement que les régulateurs possèdent **la juridiction** de rendre des décisions tarifaires rétroactivement au moins dans des circonstances particulières et exceptionnelles (selon les trois cas décidés au Québec).

Mais cette **juridiction** autoriserait-elle la Régie approuver un tarif rétroactif sans notification suffisante dans d'autres cas que des circonstances exceptionnelles comme aux États-Unis ? Nous croyons que la réponse se trouve dans la *Loi sur la Régie de l'énergie* : son article 49 permet au tribunal de tenir compte notamment du caractère juste et raisonnable des tarifs, ce principe se trouvant donc codifié dans la loi. Le principe de non rétroactivité n'est pas explicitement codifié à l'article 49, bien qu'il puisse implicitement faire partie de la notion de justesse et raisonabilité des tarifs, mais sans constituer la seule composante de cette justesse et raisonabilité. Et, comme le souligne avec justesse la Cour d'appel fédérale des États-Unis dans *Towns of Concord, Norwood, and Wellesley, Massachusetts v. F.E.R.C.*, (1992) 955 F.2d 67 (D.C. Cir.), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/955/67/447976/> en page 9 : « *The filed rate doctrine does not have a life of its own. Its application depends on the*

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
 M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
 Stratégies Énergétiques (S.É.)
 l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
 le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

underlying statute. ». Nous soumettons donc que, du point de la juridiction du Tribunal, celui-ci a, s'il le juge souhaitable, le pouvoir d'approuver un tarif rétroactif même sans notification suffisante en appliquant la notion de « *tarif juste et raisonnable* » même lorsque les circonstances ne sont pas exceptionnelles. Ici encore, nous ne traitons que de de la juridiction du Tribunal.

C'est une question de discrétion et d'opportunité pour le tribunal que de décider d'exercer ou non cette juridiction.

2.5 LA RECONNAISSANCE, PAR LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINE, D'UNE DISCRÉTION QUANT À L'OCTROI OU NON D'UN REMÈDE ET SA TRADUCTION EN DROIT SUBSTANTIF ACCROISSANT LA DISCRÉTION DE RÉTROACTIVITÉ TARIFAIRE DANS LE RÉGIME DE DROIT CIVIL QUÉBÉCOIS

. - 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* ».

. - Si le régulateur juge que les tarifs *de facto* perçus auraient été justes et raisonnables si déposés et/ou approuvés en temps utile, la jurisprudence américaine reconnaît au régulateur 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 *Towns of Concord, Norwood, and Wellesley, Massachusetts v. F.E.R.C.*, (1992) 955 F.2d 67 (D.C. Cir.), <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/955/67/447976/>, 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) :

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

Page 2:

Boston Edison passed these charges on to the Towns, improperly it concedes, without prior approval from the Federal Energy Regulatory Commission. The Commission nevertheless declined to order a refund of the amounts thus collected, which the ALJ put at \$33,720. The Towns contend that the filed rate doctrine rendered refunds mandatory. We sustain the Commission's decision.

*** The Federal Power Act, as amended, vests the Federal Energy Regulatory Commission with responsibility for ensuring that all rates charged by utilities within the Commission's jurisdiction are "just and reasonable."** 16 U.S.C. § 824d(a).

Page 7:

The principal issue in this case is whether, in light of these provisions and the doctrine derived from them, the Commission has any discretion to withhold refunds when it discovers that a utility has imposed charges not in conformity with its rate schedules, or more precisely, when a utility has passed on to its customers, through a fuel adjustment clause, costs incurred but not considered by the Commission to be properly included under the clause.

Page 9:

The filed rate doctrine does not have a life of its own. Its application depends on the underlying statute.

Page 9:

The question here is whether the remedy devised by FERC similarly conflicts with the "core purpose []" of the Federal Power Act and therefore constitutes an abuse of discretion.

Page 10:

The court remanded the case to the agency so that it could decide whether to exercise **remedial discretion--which the court ruled FERC possessed--to refuse "refunds where the costs [passed on to customers through a fuel adjustment clause] were legitimate costs which a utility was otherwise entitled to recover through its wholesale rates."** *Id.* at1073. [293 U.S.App.D.C. 382] **Our decisions invoking the rule against retroactive ratemaking, on which the Towns principally rely, do not suggest that either**

specific requirements or the core purposes of the Act compel a refund in this case.

Page 11:

Nor is there any reason to suppose that the Commission's refusal to order a refund will undermine its primary jurisdiction over the reasonableness of rates, promote discriminatory rate payments, or in any other manner thwart the core purposes of the filed rate doctrine or of the statute. See supra p. 71. Boston Edison did not disregard or evade any of the Act's commands. For the most part, it did not even know that it was passing through the prior burn SNFDC, see supra p. 69, and, even if it had, its violation was of the most minor, technical sort. Since the prior burn SNFDC was a component of Boston Edison's purchased economic power, before the Commission's decision in Iowa-Illinois it would have had good reason to believe that it could **pass those costs on to its customers.** 18C.F.R. § 35.14(a) (11) (ii); see also supra p. 70. In short, because of the rather exceptional facts of this case, **FERC's refusal to order a refund neither implicates the purposes of the filed rate doctrine nor contravenes any explicit statutory requirement.**

Page 12:

The Commission's decision not to require Boston Edison to refund improperly collected prior burn SNFDC easily satisfies this standard. The Commission focused primarily upon the fact that Boston Edison could not be faulted for passing through most of the costs at issue.

[Souligné en caractère gras par nous]

.- Il nous semble par ailleurs qu'une variation théorique doit être apportée lorsqu'on importe en droit civil québécois la notion selon laquelle, même si le régulateur refuse une rétroactivité tarifaire, il peut **refuser le remède** de remboursement. En *common law*, cela se conçoit puisque les décisions de non-application de « remèdes » peuvent servir de médium pour introduire des règles de droit substantif (voir par exemple la notion bien connue d'*estoppel*). Le droit civil québécois a au contraire tendance à codifier comme étant des règles de droit substantif les justifications menant à la non-application de « remèdes ». En d'autres termes, nous soumettons respectueusement que, si un régulateur québécois en venait à la

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
 M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
 Stratégies Énergétiques (S.É.)
 l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
 le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

décision de refuser d'appliquer un « remède » résultant d'une non-rétroactivité, c'est parce qu'il aura, *de facto*, jugé d'accepter cette rétroactivité en elle-même ou par application des règles de droit substantif civil québécois sur les modalités de *remise en état*. (A titre comparatif en doctrine de droit civil, on note que le refus d'accorder un remède en *common law* selon la notion d'estoppel s'est traduite en droit civil québécois par une plus grande reconnaissance de droits substantifs telles que les notions de l'usage, de l'équité et de la bonne foi.).

Nous croyons donc qu'en droit civil québécois, la discrétion de *common law* de refuser le remède de remboursement se traduit juridiquement en un pouvoir plus étendu pour la Régie de valider une tarification rétroactive.

2.6 CONCLUSION SUR LE POUVOIR DE TARIFICATION RÉTROACTIVE

. - Pour l'ensemble de ces motifs, nous croyons que la Régie de l'énergie a la juridiction de fixer un tarif GNR rétroactivement applicable aux contrats des 7 clients volontaires de 2017 à juin 2019.

De plus, ces contrats pouvaient valablement stipuler un tarif conditionnel à cette approbation rétroactive.

*Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur*

*Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)*

3

APPLICATION AU PRÉSENT CAS

. - 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 2017 à 2019 car :

- 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.
- La Régie n'est pas saisie (et n'a pas juridiction) sur l'approbation des contrats entre Énergir et ses consommateurs volontaires de GNR, mais uniquement de la question de l'approbation rétroactive du tarif.
- Énergir a dûment déposé une **demande tarifaire ouvrant le dossier R-4008-2017** avant la date d'effectivité de la rétroactivité tarifaire. Le critère de Bell Canada permet donc à la Régie de faire rétroagir tout tarif le ou après cette date.
- Énergir a dûment **notifié les clients GNR** visés par la rétroactivité de ce tarif dont il est demandé l'approbation à la Régie.
- **Tout le public a été dûment avisé par l'avis public initiant le dossier R-4008-2017 (avant la date visée par la rétroactif) à l'effet que la Régie était saisie d'une demande tarifaire sur le GNR.** Ceci étant dit, il n'était peut-être pas nécessaire que les clients de gaz de réseau non-GNR soient avisés qu'ils paieraient moins cher ce gaz de réseau vu que le GNR en serait soustrait du prix. De plus, même si cela n'était peut-être pas nécessaire, le dossier R-4008-2017

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

comporte en temps utile des lettres spécifiques d'Énergir avisant le public que des ententes spécifiques ont été conclues avec les premiers clients volontaires GNR.

- Le tarif GNR dont la rétroactivité est ici demandée est **un pass on**. C'est un **tarif juste et raisonnable**.
- Toute alternative à la fixation rétroactive de ce tarif ne serait pas un **tarif juste et raisonnable** (transférer le sur-coût aux clients GNR futurs, ou à tous les clients de gaz de réseau futurs ou à Énergir elle-même) en plus de contrevenir au principe selon lequel des clients ne devraient pas recevoir de **service gratuit**.

Argumentation consolidée sur la rétroactivité 2017-2019 d'un tarif GNR
M^e Dominique Neuman, LL.B., Procureur

Pour le Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA) et
le Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)

4

CONCLUSION

. - Pour l'ensemble de ces motifs, nous invitons la Régie à accueillir les recommandations exprimées à la présente argumentation.

. - Le tout, respectueusement soumis.

Montréal, le 4 décembre 2020



Dominique Neuman
Procureur du *Regroupement SÉ-AQLPA-GIRAM*, constitué par :
Stratégies Énergétiques (S.É.)
l'*Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique (AQLPA)* et
le *Groupe d'initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu (GIRAM)*