RÉGIE DE L'ÉNERGIE

DEMANDE DE RÉVISION DE LA DÉCISION
D-2019-107 RENDUE DANS LE DOSSIER R-4008-2017

DOSSIER : R-4106-2019

RÉGISSEURS : Me MARC TURGEON, président
M. FRANÇOIS ÉMOND et
Mme ESTHER FALARDEAU

AUDIENCE DU 25 NOVEMBRE 2019

VOLUME 1

CLAUDE MORIN
Sténographe officiel

COMPARUTIONS

Me ANNIE GARIÉPY et
Me MARILOU LEFRANÇOIS
avocates de la Régie

DEMANDERESSE :

Me ÉRIC DUNBERRY
avocat d'Énergir S.E.C. (ÉNERGIR)

INTERVENANTS :

Me JEAN-PHILIPPE THERRIAULT
avocat de la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI);

Me FRANKLIN S. GERTLER
avocat du Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROEÉ);

Me DOMINIQUE NEUMAN
avocat de Stratégies énergétiques, l'Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique et le Groupe d'initiatives et de recherches appliquées au milieu (SÉ-AQLPA-GIRAM).

TABLE DES MATIÈRES

	PAGE
PRÉLIMINAIRES	4
PLAIDOIRIE PAR Me ÉRIC DUNBERRY	7

L'AN DEUX MILLE DIX-NEUF (2019), ce vingt-cinquième (25e) jour du mois de novembre :

PRÉLIMINAIRES

LA GREFFIÈRE :

Protocole d'ouverture. Audience du vingt-cinq (25) novembre deux mille dix-neuf (2019), dossier R-4106-2019. Demande de révision de la décision D-2019-107 rendue dans le dossier R-4008-2017.

Les régisseurs désignés dans ce dossier sont maître Marc Turgeon, président de la formation, de même que monsieur François Émond et madame Esther Falardeau.

Les avocates de la Régie sont maître Annie Gariépy et maître Marilou Lefrançois.

La demanderesse est ÉNERGIR représentée par maître Éric Dunberry.

Les intervenants sont :

Fédération canadienne de l’entreprise indépendante représentée par maître Jean-Philippe Therriault;

Regroupement des organismes environnementaux en énergie représenté par maître Franklin S. Gertler;

Stratégies énergétiques, Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique et Groupe

d’initiatives et de recherches appliquées au milieu représentés par maître Dominique Neuman;

Nous demandons aux participants de bien vouloir s'identifier à chacune de leurs interventions pour les fins de l'enregistrement et de s’assurer que leur cellulaire est fermé durant la tenue de l'audience.

Prenez note qu’aucun breuvage autre que de l’eau et aucune nourriture ne sont permis dans la salle d’audience. Merci.

LE PRÉSIDENT :

Merci, Madame Lebuis. Je vais d’abord débuter avec les consignes usuelles. Alors, nous avons réservé deux jours et demi pour traiter de cette demande de révision. Nous siégerons aujourd’hui jusqu’autour de quinze heures (15 h 00). L’horaire des deux autres journées sera de neuf heures (9 h 00) à quinze heures (15 h 00). Il y aura donc demain une pause et un arrêt pour dîner et même chose pour mercredi.

Nous commencerons aujourd’hui par entente la Demanderesse par maître Dunberry puis dans l’ordre de comparution, maître Neuman représentant Stratégies énergétiques, l’Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique et le

Groupe d'initiatives et de recherches appliquées au milieu, ensuite maître Jean-Philippe Therriault représentant la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante et enfin, maître Gertler pour le Regroupement des organismes environnementaux en énergie.

On serait prêt à débuter, à moins que vous ayez des questions d'intendance ou une question préliminaire. Alors, aujourd'hui on veut aller jusqu'à trois heures (15 h 00), alors je vous invite à nous indiquer dans votre... quand vous allez nous présenter vos... quand ce serait le temps parce que je pense que vous n'aurez probablement pas terminé en deux heures. Alors, juste nous indiquer quand ce sera le bon moment pour vous d'arrêter...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Tout à fait.

LE PRÉSIDENT :

... pour qu'on puisse recommencer demain matin parce que c'est plus facile, c'est vous qui allez contrôler vos choses. Nous, on va contrôler la décision qu'on émettra, mais présentement c'est à vous à pouvoir nous indiquer le meilleur moyen pour vous de séparer votre plaidoirie.

PLAIDOIRIE PAR Me ÉRIC DUNBERRY :

Tout à fait, Monsieur le Président. D'abord, bonjour, Monsieur le Président, Madame, Monsieur les Régisseurs. Merci pour cette opportunité de terminer vers trois heures (15 h 00) plus ou moins quelques minutes, au moment où ce sera opportun de le faire.

Alors, d'entrée de jeu, je vous invite à prendre, si vous ne l'avez pas déjà, copie de notre plan d'argumentation de la demande de révision D-2019-107. Et nous avons également déposé quelques pièces et des autorités. Alors, c'est à ces documents que je référerai en cours de plaidoirie.

Alors, Monsieur le Président, vous êtes saisi d'une demande de révision de certaines conclusions de la décision D-2019-107 concernant principalement un compte de frais reportés crée et maintenu hors base afin de capter l'écart de prix cumulatif qui correspond à la différence entre le coût réel d'achat du GNR et les revenus générés par le prix de vente du GNR facturé à la clientèle au cours d'une année tarifaire, de même que des conclusions relatives à la méthodologie de calcul ou du fondement de la méthodologie de calcul du tarif GNR qui avait été proposée par Énergir.

Alors, plus spécifiquement, les conclusions qui sont visées par la demande de révision concernent l'utilisation du coût marginal, pardon, du coût du capital prospectif, le CCP, aux fins du calcul des intérêts portant sur les montants qui seront accumulés dans ce CFR.

Concernent également l'imposition d'un seuil d'écart de vingt pour cent (20 %) entre le coût réel d'achat du GNR et le tarif GNR approuvé par la première formation pour l'année tarifaire, ce qu'on a appelé dans le plan, le seuil d'écart auquel je référerai abondamment. Et ça, aux fins de la comptabilisation des courriels d'achat du GNR dans ce CFR. Et enfin, le fondement du rejet de la méthodologie liée à des contrats ou des caractéristiques qui n'ont pas été approuvés par la Régie.

Et pour dissiper toute ambiguïté quant aux conclusions qui sont visées, nous les avons reproduites, Monsieur le Président, dans le plan d'argumentation. Et vous les retrouvez aux paragraphe 3.

Alors, concernant l'utilisation du CCP, ce sont le paragraphe 161 et la partie du dispositif qui est reproduite dans le plan. Concernant

l'imposition d'un seuil d'écart de vingt pour cent (20 %), ce sont les paragraphes 158 et 160. Et les conclusions qu'on retrouve dans ces paragraphes. (13 H 05)

Et enfin concernant l'utilisation ou le fondement du rejet de la méthodologie, ce sont les paragraphes 133 et 136 qui sont visés.

Concernant l'utilisation du CCP, vous retrouvez au paragraphe 4 du plan d'argumentation les trois motifs que je ne reprendrai pas ici, sinon pour vous inviter à patienter un dix minutes, on s'y rendra rapidement. Mais nous avons trois motifs au soutien de cette première conclusion.

Quant au seuil d'écart et à son imposition, nous avons cinq motifs de révision qui apparaissent au paragraphe 4b) également de notre plan. Et enfin, concernant le fondement du rejet de la méthodologie, nous vous soumettons que la première formation a erré en privant Énergir de son droit à une audition équitable.

Alors, rapidement un mot concernant le cadre législatif applicable en matière de révision. Évidemment, c'est un cadre qui est bien connu par les régisseurs. Et nous invoquons plus particulièrement l'article 37(3) qui est reproduit

dans le plan. C'est le troisième paragraphe qui réfère à l'existence d'un vice de fond ou de procédure qui est de nature à invalider une décision.

La notion de vice de fond est également bien connue par les régisseurs. Vous trouvez au paragraphe 5 un énoncé synthèse de la jurisprudence. La jurisprudence, selon nous, établit depuis bien longtemps que les tribunaux considèrent qu'une erreur de fait ou de droit sérieuse et fondamentale ayant un caractère déterminant sur l'issue de la décision constitue un vice de fond de nature à invalider une conclusion ou une décision au sens de l'article 37(3).

Vous retrouvez également au paragraphe 6 une dizaine de décisions. Beaucoup de décisions ont été rendues sur cette notion, Monsieur le Président, dont une trilogie de décisions de la Cour d'appel, les arrêts Métro-Richelieu, Godin et Fontaine, auxquelles nous ne référerons pas sinon pour vous inviter à les consulter au besoin.

Je me permettrais de vous référer à une seule décision de la Régie, qui est une décision synthèse qui reprend l'énoncé des principes et qui reprend des principes qui non seulement sont

généraux, mais d'application particulière à notre affaire. Alors, c'est la décision D-2016-190 que vous allez retrouver à l'onglet numéro 7 de notre cahier d'autorités. C'est une décision qui a été rendue par vos collègues, les régisseurs Rozon, Houle et Turmel, et qui traitait de la Politique d'ajouts. Vous vous rappellerez peut-être de ce débat où le Producteur et le Transporteur avaient demandé la révision de certaines conclusions relatives à des droits acquis invoquées par le Producteur en vertu d'un régime réglementaire applicable à l'époque, l'article 12A.2.

Et donc, dans le cadre de ce débat relatif à la Politique d'ajouts, la Régie a fait un sommaire assez récent, deux mille seize (2016), des règles de droit applicables, mais aussi de certains éléments particulièrement pertinents pour nous. Alors, si je peux vous inviter à me rejoindre à la page 11 de cette décision, vous allez retrouver l'analyse juridique pertinente sous le titre « cadre juridique en matière de révision ». C'est au paragraphe 116 (sic) où on cite la Loi. Et vous avez tout de suite au paragraphe 17 une entrée en matière par référence à l'arrêt Métro-Richelieu. Je me permets de le lire.

> [17] Il est de jurisprudence constante que la révision ne peut être un moyen déguisé d'appel par lequel une seconde formation substituerait sa propre appréciation des faits à celle de la première formation. La Régie cite régulièrement l'arrêt clé en la matière, rendu par la Cour d'appel [...] :

C'était les juges Vallerand, Ross (sic) et Rothman, Alors, la Cour d'appel dans Épiciers Métro-Richelieu disait, et vous avez ce paragraphe que l'on retrouve dans la plupart des décisions de la Régie, et on retrouve les deux mots clés à la quatrième ligne « serious and fundamental ». Alors, je passe au-dessus du texte complet pour vous rejoindre au paragraphe 18 où on réfère à cette deuxième décision d'une trilogie, décision de la Cour d'appel dans l'affaire Godin, une décision qui avait été rendue par les juges Chamberland, Fish et Rousseau-Houle. Et on cite aux paragraphes 48, 49 et 50 le dispositif, et on réfère au paragraphe de la décision en lien avec le paragraphe 154(3) de la Loi sur les loteries à l'époque. Et vous trouvez au paragraphe 50 à la toute fin un mot qui est

particulièrement utile, et je me permets de le relire :

> [50] In short, section 154(3) does not provide for an appeal to the second panel against findings of law or fact by the first. On the contrary, it permits the revocation or review by the Tribunal of its own earlier decision not because it took a different though sustainable view of the facts or the law, but because its conclusions rest on an unsustainable finding in either regard.

(13 h 10)

Et c'est la qu'on retrouve le terme « insoutenable », un « raisonnement insoutenable ou inintelligible ».

Au paragraphe 19, on réfère de nouveau à cette décision de la Cour d'appel, qui est l'affaire... sous la plume de madame la juge Rousseau-Houle, c'est l'extrait que l'on cite régulièrement également. Et je vais m'y attarder parce que tous nos huit motifs de révision s'y retrouvent.

Alors, si vous reprenez, au paragraphe 40,

paragraphe 19, la Cour d'appel indique, et je cite :

> Notre Cour a reconnu que cette notion doit être interprétée largement.

La notion ici, c'est celle de la notion de vice de fond.

> Elle est suffisamment large pour permettre la révocation d'une décision qui serait ultra vires.

Une décision ultra vires, évidemment, c'est un excès de compétence ou une absence de compétence et les motifs 6 et 7 de notre demande de révision, réfèrent à des questions de nature juridictionnelle

> [...] ou qui, plus simplement, ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier. Il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation [...]

Et vous retrouvez aux paragraphes de notre plan d'argumentation, ce sont les paragraphes qui visent les motifs 3 et 5. Absence de motivation, au sens de l'article 18 de la Loi.

> [...] d'une erreur manifeste dans l'interprétation des faits [...]

C'est, par exemple, l'application de la norme de

prudence, qui est le huitième motif ou l'absence d'un syllogisme rationnel qui est le premier motif.

> [...] lorsque cette erreur joue un rôle déterminant, de la mise à l'écart d'une règle de droit ou encore de l'omission de se prononcer sur un élément de preuve important ou sur une question de droit pertinente.

Alors, dans cet énoncé synthèse, vous retrouvez l'ensemble des motifs qui sont devant vous au niveau du fondement de la définition élargie de notion vice de fond.

Et enfin, vous avez, au paragraphe 20, une référence à la troisième décision de cette trilogie, l'Affaire Fontaine, décision rendue, à l'époque, en deux mille cinq (2005), par les juges Forget, Morrison et Hilton.

Et vous retrouvez, tout au bas de la page de la décision, le terme « déterminant ». Alors, l'erreur doit être sérieuse, fondamentale et déterminante. Ce sont là les trois adjectifs qualificatifs que vous y retrouverez.

Si on saute et on va un petit peu plus loin, au paragraphe 21, on nous dit, en conclusion, qu'en somme, pour qu'une décision soit

insoutenable, il faut que l'erreur ait été fondamentale au processus décisionnel. Alors, nous reviendrons sur cette appropriation de ce terme, plus tard dans la plaidoirie.

Au paragraphe 23, on aborde un deuxième thème qui est le thème du défaut de respecter les règles d'équité procédurale qui constituent également des motifs qui ont été évoqués au soutien de la demande de révision. Alors, au paragraphe 23, la Régie indique :

> Enfin, un manquement aux exigences de l'équité procédurale est fatal, entache irrémédiablement une décision et donne, à lui seul, ouverture à la révision. Comme le souligne la Cour Suprême du Canada dans Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent : « la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide ».

Alors, dans un cas comme celui-là, ce ne sont pas les mots « serious », « fondamental » et « déterminant » qui s'appliquent, c'est la constatation simple d'une violation au droit d'être entendu et c'est en soi fatal.

Il n'y a pas de qualificatif s'il y a ou non... s'il y a vice concernant le respect au droit et à une audition équitable à la règle audi alteram partem, le droit d'être entendu. Immédiatement, il y a constat d'un vice et c'est immédiat, la décision doit être invalidée parce que ce vice est fatal. Au paragraphe 24, on conclut en ces termes :

> Si les conditions prévues à l'article 37 de la Loi sont remplies, la Régie aura compétence pour réviser ou révoquer toute décision qu'elle aura rendue et y substituer une autre décision, le cas échéant.

Je reviendrai plus tard à la proposition de la FCEI de retourner le dossier en première instance, c'est-à-dire devant la première formation, pour disposer d'une question.

C'est un moyen subsidiaire. Je vous soumets et je ferai des commentaires à cet égard-là que cette proposition est insoutenable pour des considérations multiples et j'y reviendrai, mais je pense que vous devriez rendre une décision qui est celle qui est recherchée par les conclusions de la requête en révision, et non pas retourner le dossier devant la première formation qui ne

pourrait en arriver à une décision valable, selon nous, pour les motifs que nous allons vous représenter.

Maintenant, je vous réfère, si vous me le permettez, au paragraphe 69 que l'on retrouve à la page 35 de cette même décision-là. Une autre distinction particulière ici, qui nous est utile. Au paragraphe 69, on fait la distinction entre le défaut d'être entendu constitue en soi un vice en vertu de l'article 37.2 ou un vice en vertu de l'article 37.3.

Alors, le défaut d'être entendu constitue un vice de fond en vertu de l'article 37.3 et lorsqu'il s'agit, dans certaines circonstances, d'une violation au droit d'être entendu pour des raisons justifiées, à ce moment-là, il y a constat immédiat d'une décision qui doit être invalidée. (13 h 15)

Et à ce sujet-là, la Régie disait à l'époque :

> Les deuxièmes et troisièmes motifs de révision énoncés à l'article 37 de la loi sont parfois tous deux évoqués relativement à une allégation de violation du droit d'être entendu. Les auteurs Laporte et Lavallée, référant

à l'article 154 de la Loi sur la justice administrative, dont le contenu est similaire à l'article 37 de la Loi sur la Régie de l'énergie, suggèrent les distinctions suivantes à l'égard de ces deux motifs de révision.

Et je cite :

À noter que dépendamment des faits allégués, pour soutenir une demande de révision ou de révocation en raison d'un manquement aux droits d'être entendu, une certaine jurisprudence applique de façon distinctive le paragraphe 2 ou le paragraphe 3 de l'article 154 de la loi. Selon cette jurisprudence, il y a lieu de consulter le paragraphe 2 qui prévoit expressément le manquement au droit d'être entendu lorsque le tribunal doit apprécié la conduite de la requérante, par exemple, si elle prétend qu'elle n'a pu être présente à l'audience, mais il faut plutôt retenir le paragraphe 3, vices de fond

ou de procédure, lorsqu'il s'agit d'apprécier la conduite du tribunal. Et nous avons ici évidemment un cas visé par l'article 37.3, parce que nos motifs de révision réfèrent à des vices commis, des erreurs de faits et de droit commises par la première formation dans l'analyse des faits et dans l'application du droit. Et si vous allez maintenant, et c'est la dernière référence, au paragraphe 41, vous allez retrouver la notion d'équité procédurale et le droit d'être entendu. Et vous retrouverez ici un traitement que je vous invite à relire, mais qu'il n'est pas utile de revoir ensemble, mais vous avez là les références à la jurisprudence et aux principes applicables au droit de toute entité réglementée, toute assujettie d'être entendue dans un contexte d'allégation de l'existence d'un vice de fond en vertu de l'article 37.3

Alors, voilà, pour un survol très très rapide des règles de droit du cadre législatif applicable à la demande de révision. Je voulais simplement établir ces quelques références, si tant est que lors de votre délibéré il pouvait y avoir des questions pointues qui se posent à cet égard.

Je passe maintenant à la demande du

Distributeur qui est à l'origine de la demande de révision. Je suis au paragraphe 11 de notre Plan d'argumentation, Monsieur le Président. Alors, vous avez ici le point de départ de cette demande de révision et le contexte relatif à la demande de révision. Alors, cette demande de révision de la décision D-2019-107, évidemment, s'inscrit dans le cadre beaucoup plus large du dossier R-4008-2017, lequel dossier, Monsieur le Président, a été mis en oeuvre et est lié directement à la politique énergétique 2030 adoptée par le gouvernement, mais également à l'adoption de certains règlements imposant, règlements que vous connaissez bien, imposant des cibles de livraison de GNR à cours à moyen terme et ce dossier a donné lieu à un nombre relativement élevé de décisions provisoires et interlocutoires qui ont été liées par leurs motifs et les dispositifs par la première formation et c'est dans ce contexte-là que la décision D-2019-107 a été rendue, et c'est dans ce contexte-là qu'une demande de révision a été présentée. Et ce contexte est relativement important pour vous permettre d'apprécier l'ensemble de l'oeuvre et c'est pourquoi j'aimerais rapidement survoler une séquence procédurale, un chronologie procédurale

qui vous fait voir quand même le cadre à l'intérieur duquel vous êtes appelés à juger de la légalité de la décision rendue par la première formation.

Alors, le point de départ, évidemment, c'est une demande présentée le dix-neuf (19) juin deux mille dix-neuf (2019) par Énergir. Une demande qui est faite à la Régie pour approuver provisoirement la mise en place et l'application rétroactive d'un tarif GNR à son service de fourniture, ainsi que les conditions et modalités qui s'y rattachent, incluant la méthodologie de calculs du prix. C'était une demande qui était notamment présentée en vertu de l'article 34. Une demande de sauvegarde.

Il y avait également une conclusion qui s'est ajoutée pour la création d'un compte de frais reportés permettant de cumuler les écarts entre les coûts d'achat réels et le prix de vente du GNR facturé à sa clientèle, lequel sera maintenu hors base et portera intérêts selon le coût moyen pondéré en capital.

Cette demande du dix-neuf (19) juin a été entendu les seize (17) et dix-sept (17) juillet deux mille dix-neuf (2019) et faisait, comme je

l'ai indiqué, suite à un certain nombre de développements législatifs et réglementaires. Et cette séquence est utile.

(13 h 20)

Dès le dix (10) décembre deux mille seize (2016), la Loi concernant la mise en œuvre de la Politique énergétique deux mille trente (2030) et modifiant certaines des dispositions législatives entrait en vigueur. Projet de loi 106, on s'en rappellera. Et ce projet de loi 106 modifiait l'article 2 de la Loi sur la Régie de l'énergie pour introduire la notion de gaz naturel renouvelable, modifiait l'article 112 et octroyait au gouvernement le pouvoir de déterminer par règlement les quantités de GNR devant être livrées par Énergir, modifiait également l'article 5 de la Loi qui codifie un principe d'interprétation et un principe d'arbitrage entre des intérêts et des considérations divergentes ou multiples en précisant que la Régie, la Régie, doit agir notamment dans le respect des politiques énergétiques du gouvernement.

Et le projet de loi 106 modifiait également l'article 72 pour préciser que le Plan d'approvisionnement du Distributeur doit tenir

compte des quantités de gaz naturel... de GNR, pardon, livrable, notamment en vertu du règlement.

Alors, ces amendements, Monsieur le Président, à la Loi sur la Régie de l'énergie, constituent une manifestation importante, une manifestation importante, du poids politique et du poids réglementaire associé au développement de la filière de gaz naturel.

Et c'est donc dans ce contexte-là que le sept (7) juillet deux mille dix-sept (2017), Énergir ouvre le présent dossier R-4008-2017 et présente par le dépôt d'une demande des mesures relatives à l'achat et à la vente de gaz naturel renouvelable, laquelle demande fera l'objet d'un certain nombre d'amendements.

Et vous pourrez constater à la lecture de la liste de pièces révisées, pièce B-0236, que, du mois de juillet deux mille dix-sept (2017) au mois de juin deux mille dix-neuf (2019), Énergir informera la Régie de la signature de certains contrats d'achat et de vente de GNR, amendera sa demande pour refléter l'évolution de certaines questions et de certaines circonstances, présentera des demandes pour faire approuver des contrats, notamment avec une société apparentée, la société

Tidal Energy Marketing, et participera à une rencontre pour discuter de l'opportunité de certains volets de ses demandes.

Par ailleurs, le trois (3) avril deux mille dix-neuf (2019), le règlement concernant la quantité de gaz naturel renouvelable devant être livrée par le Distributeur était publié et entrait en vigueur le dix-huit (18) avril deux mille dix-neuf (2019).

Et entre le treize (13) mars deux mille dix-neuf (2019) et le vingt-quatre (24) mai deux mille dix-neuf (2019), il y a eu un certain nombre d'échanges relatifs à des questions de nature juridique et à la conclusion de contrats d'achat de GNR. Et ces débats, vous pourrez les retrouver évidemment dans les notes sténographiques et vous pourrez en faire la lecture. Certaines évidemment sont sous pli confidentiel, et je n'y référerai pas. Mais les questions juridiques apparaissent à la décision D-2019-107.

Au paragraphe 10, sauf erreur, vous retrouvez les questions juridiques qui ont fait l'objet de ces débats, notamment l'existence ou non d'une obligation pour Énergir de faire approuver à la pièce tout et chacun de ces contrats de

fourniture de GNR sur une base spécifique, également la compétence de la Régie d'approuver un TRG (un tarif de rachat garanti) qui n'est pas un tarif, mais un guide, un point, un indicateur de prix. Et ces questions seront plaidées les sept (7), huit (8) et vingt-quatre (24) mai deux mille dix-neuf (2019). Sept (7) et huit (8) en audience. Une audience qui a été convoquée spécifiquement pour débattre de ces questions-là. Et le vingt-quatre (24) mai par le dépôt par Énergir d'un complément à l'argumentation relative à de nouvelles questions juridiques qui avaient été posées à un témoin de fait lors de la réunion... de l'audience du huit (8) mai.

Par ailleurs, le sept (7) juin deux mille dix-neuf (2019), Énergir dépose une demande prioritaire visant l'approbation des caractéristiques d'un contrat d'achat de GNR auprès d'un fournisseur et la première formation va l'approuver séance tenante, avec motifs à suivre, lesquels seront livrés le dix-huit (18) juin deux mille dix-neuf (2019), en précisant que la vente du GNR ainsi acquis devra se faire en fonction des tarifs déjà autorisés et applicables au moment de la vente.

Or, le seul tarif applicable par défaut, c'est le tarif de fourniture de gaz de réseau qui était à treize virgule cinq sous le mètre cube (13,5 ¢/m3), alors que le tarif de fourniture où le tarif GNR, notamment pour l'année deux mille dix-neuf, deux mille vingt (2019-2020) devait davantage être autour de cinquante sous le mètre cube (50 ¢/m3). Alors, on voit l'écart et Énergir appréhende, évidemment, des pertes financières, des pertes de revenus appréciables.

(13 h 27)

Donc, le lendemain de la décision, soit le dix-neuf (19) juin, Énergir dépose la demande à laquelle je référais il y a un instant. Donc, dépose, en vertu de l'article 34, une demande d'approbation d'un tarif GNR provisoire et c'est cette demande qui est à l'origine, évidemment, je l'ai déjà dit, de la décision D-2019-107.

Et cette demande, évidemment, a été déposée dans l'attente de décisions relatives aux questions juridiques qui ont été débattues les sept (7), huit (8) et vingt-quatre (24) mai. Et Énergir, au dossier, a maintenu des réserves importantes quant au dépôt de ces demandes d'approbation. Mais eu égard aux débats qui s'étaient engagés et sous

réserve de ses droits, Énergir a déposé des demandes d'approbation à la Régie. La correspondance en fait état amplement.

Le lendemain, c'est-à-dire le vingt (20) juin deux mille dix-neuf (2019), la première formation convoque une audience pour examiner la demande de fixation du tarif GNR, tarif provisoire recherché. Et cette demande, je l'ai déjà dit, sera entendue les seize (16) et dix-sept (17) juillet, et on discutera, au même moment, de la planification plus large de l'audience et on établira des étapes B, C et D pour la suite.

Le sept (7) août deux mille dix-neuf (2019), la première formation précise, dans une lettre procédurale portant sur la planification du dossier, que d'ici la fin de l'étape B, la Régie pourra, le cas échéant, se prononcer au cas par cas sur des contrats d'approvisionnement de GNR.

Nous sommes le sept (7) août. C'est après l'audition des seize (16) et dix-sept (17) juillet deux mille dix-neuf (2019), mais c'est avant la décision D-2019-107 qui a été rendue le trois (3) septembre. Et c'est dans cette décision qu'on définit donc ces étapes multiples.

Alors, en réponse à l'invitation de la

première formation de procéder au cas par cas, eu égard à l'urgence de la situation de sécuriser les approvisionnements en GNR, le vingt-deux (22) août, Énergir dépose une demande d'approbation des caractéristiques du contrat, contrat Warwick. Et cette demande sera entendue les trente (30) septembre et premier (1er) octobre avec plaidoiries et répliques, les deux (2) et trois (3) octobre. La décision viendra plus tard. C'est la décision D-2019-123 qui sera rendue, sauf erreur, le huit (8) octobre.

Enfin, le onze (11) septembre, donc une semaine, plus ou moins après le dépôt de la décision D-2019-107, donc avant le dépôt de sa demande de révision, Énergir présente une demande relative à l'étape B, en vue de l'approbation des caractéristiques des contrats d'achat de GNR correspondant à un pour cent (1 %) des volumes totaux distribués. Et à cette fin, dépose des éléments de preuve.

Dans cette demande du onze (11) septembre, Énergir fait également des demandes incidentes pour l'approbation de deux contrats, y compris un contrat d'approvisionnement avec la Ville de Saint-Hyacinthe, contrat de deux mille dix-sept (2017)

ainsi qu'une demande pour une révision du calcul du tarif... pour un recalcul du tarif GNR provisoire. Et ces trois demandes incidentes, donc deux demandes d'approbation et une demande pour un recalcul du tarif, seront refusées, le trente (30) septembre par la décision D-2019-120.

Et enfin, le trois (3) octobre, Énergir dépose sa demande de révision dont vous êtes saisis. Et le même jour... le même jour, la première formation invite les participants au dossier à soumettre leurs commentaires sur le traitement procédural à suivre en raison du dépôt de cette demande de révision. Et demande aux participants de commenter particulièrement s'il est opportun de suspendre l'examen du dossier en tout ou en partie. C'est la pièce A-0070.

Par la suite, le huit (8) octobre, le contrat Warwick est approuvé et le même jour, le huit (8) octobre, Énergir demande à la Régie d'approuver les caractéristiques d'un autre contrat important avec un fournisseur spécifique et de nouveau dépose, sous pli confidentiel, les éléments de preuve pour établir le caractère urgent et l'importance de voir cette demande d'approbation examinée pour fins d'approbation.

(13 h 30)

Le dix (10) octobre, la première formation suspend, par sa décision D-2019-125, toutes demandes d'approbation pour les motifs qui sont évoqués dans cette décision D-2019-125 et plus particulièrement en raison de l'exercice par Énergir de ses droits à la révision de la décision D-2019-107, laquelle demande de suspension a été reconfirmée ce matin même à l'égard de la demande d'approbation de quatre contrats, demande qui avait été déposée le dix-huit (18) novembre. Et enfin le vingt-trois (23) octobre, la première formation convoque les participants à une audience, afin de présenter et c'est la première formation qui s'exprime, de présenter et je cite :

> Une proposition concernant le traitement réglementaire du GNR, proposition devant suggérer certaines orientations en regard du cadre réglementaire, des politiques et des incitatifs à poursuivre. L'audience convoquée le six (6) novembre sera annulée pour « diverses circonstances », selon la missive reçu et elle sera tenue plus tard à la fin

de la semaine dernière, sauf erreur, le vingt-deux (22) novembre et cette discussion est sans lien avec la demande de révision dont vous êtes saisis.

Alors, vous avez là un contexte que je vous invite à revoir. Je vais y revenir un peu plus tard dans l'analyse des motifs plus particuliers, mais si vous faites l'ensemble des lectures des décisions rendues, vous allez voir qu'elles sont liées par leurs motifs et leurs dispositifs et qu'Énergir se retrouve présentement dans une situation qui dépend largement de la décision que vous allez rendre quant à sa faculté de contracter.

Et cette décision-là est importante, parce que la révision attendue de la décision D-2019-107 semble être, aux yeux de la première formation, le moyen pour permettre au dossier de progresser. Alors, vous êtes saisis de cette demande et cette demande est importante pour Énergir. Elle est importante également pour permettre la reprise de certaines activités d'approvisionnement et évidemment le dépôt de demandes d'approbation.

Alors, maintenant, les motifs de révision. Le premier motif. Je vous demanderais de prendre

copie de la décision, au paragraphe 148. Alors, je vais faire une lecture de cette section qui nous servira pour disposer des huit motifs et ça débute à la page 37, paragraphe 148, où la première formation nous dit ceci :

> Malgré sa volonté d'approuver des tarifs provisoires les plus proches possible des coûts d'approvisionnement réels du Distributeur, la Régie est d'avis que la prise en compte des écarts entre les coûts d'approvisionnement et le coût facturé à la clientèle est approprié.

Et vous pouvez continuer cette lecture-là au paragraphe 153, l'analyse se poursuit de façon un peu plus concrète.

> Dans le cadre de la méthodologie qu'elle propose, Énergir demande à la Régie d'approuver provisoirement la création d'un CFR permettant de cumuler les écarts entre les coûts d'achat réels et le prix de vente du GNR facturé à la clientèle, lequel sera maintenu hors base et portant intérêts selon le coût moyen pondéré

en capital, selon la même logique que l'écart de prix cumulatif pour le prix du gaz de réseau.

154 :

Les sommes acculées dans ce compte d'écart, ainsi annuellement ajoutées au coût moyen d'achats projetés pour les douze (12) mois de la cause tarifaire, aux fins d'établir le prix du GNR. Les intervenants ne s'opposent pas à la méthodologie présentée. La Régie demande au Distributeur de prendre en compte dans un compte d'écarts, les écarts entre ses coûts d'approvisionnement réels et ses ventes au tarif GNR d'application provisoire approuvés par la Régie dans la présente décision. De plus, la Régie ordonne au Distributeur, lors de l'examen au fond du tarif GNR de présenter dans ce compte d'écarts les données relatives à ses coûts d'approvisionnement réels, volume et prix, pour chaque fournisseur. Comme indiqué précédemment, l'autorisation

provisoire du tarif GNR ne signifie pas que la Régie autorise explicitement ou implicitement les contrats sous-jacents à l'établissement du tarif GNR. La création d'un compte d'écarts, sans aucune limite ni aucun seuil ou aucune pondération du prix d'achat, tel que requis par Énergir, pourrait avoir pour effet des achats de GNR à des prix largement supérieur au tarif GNR qui généreraient d'importants écarts, sans avoir la certitude que ces achats pourront être entièrement récupérés auprès de clients volontaires, en raison de la nature provisoire du tarif. D'ici à ce que les déterminations finales soient effectuées, après examen au fond, en vertu de l'article 72 de la loi, la Régie croit qu'il est plus prudent de limiter la possibilité de générer des écarts en imposant une limite au contrat d'acquisition qui pourront être comptabilisés de son compte

d'écarts. La Régie autorise donc provisoirement la création, à compter du 19 juin 2019, d'un compte de frais reportés maintenu hors base afin d'y capter l'écart de prix cumulatif qui correspond à la différence entre le coût réel d'achat du GNR déboursé et les revenus générés par le prix de vente du GNR facturé à la clientèle au cours d'une année tarifaire.

[160] Le CFR pourra comptabiliser les coûts réels d'achat du GNR déboursés, le coût réel par mètre cube ne devant toutefois pas dépasser de 20 % le Tarif GNR de l'année tarifaire en cours. Les modalités de ce CFR temporaire pourront être revues à la suite de l'examen au fond des caractéristiques d'acquisition des contrats de GNR, prévu à l'étape B.

(13 h 35)

Et le dernier paragraphe pertinent :

[161] La Régie s'interroge sur la pertinence de faire porter l'intérêt

> du CFR selon le coût moyen pondéré en capital.

La phrase suivante est assez importante :

> Ne s'agissant pas d'un investissement, il ne devrait pas y avoir de rendement. Par conséquent, la Régie autorise que ce compte de frais reportés porte intérêts au coût du capital prospectif.

Notre premier moyen, Monsieur le Président, est énoncé au paragraphe 13A et se lit comme suit :

> La formation... la première formation a erré en se fondant sur un syllogisme et une interprétation manifestement erronés de faits relatifs au CCP.

Je dirais d'entrée de jeu que le paragraphe 161, Monsieur le Président, contient la totalité de l'analyse faite par la première formation. L'analyse des questions de droit ou de fait qui auraient pu être pertinentes contient l'intégralité des motifs au soutien de l'utilisation du CCP et énonce la totalité des considérations qui ont pu jouer dans sa décision à la lumière de cette décision-là.

Et quand on lit ceci, on se pose la

question : quel est le syllogisme retenu? Le syllogisme, c'est la seconde phrase :

> Ne s'agissant pas d'un investissement, il ne devrait pas y avoir de rendement. Par conséquent, la Régie autorise que ce compte de frais reportés porte intérêts au coût du capital prospectif.

Alors, cette phrase de quelques mots contient la totalité du raisonnement de la première formation.

Alors, rationnellement, Monsieur le Président, rationnellement, le syllogisme utilisé par la première formation n'est soutenable que si l'utilisation du CCP en lien avec un CFR permet d'éviter qu'un rendement soit accordé, n'est-ce pas, et que ce CCP est approprié pour des situations autres que celle de l'approbation d'un investissement prospectif. Rationnellement, c'est ce que l'on doit conclure.

On peut également conclure la réciproque. Le recours au CCP ne pourrait que témoigner de l'existence d'un vice s'il devait s'avérer que cette mesure de coûts, c'est-à-dire le CCP, comporte un élément de rendement sur l'avoir de l'actionnaire ou est reconnue pour juger de la

rentabilité d'un investissement.

Or, Monsieur le Président, Madame, Monsieur les Régisseurs, vous êtes sans doute déjà bien informé de l'existence d'un important corpus jurisprudentiel de dizaines de décisions rendues sur près de vingt (20) ans, en fait, depuis la décision D-97-25, à l'effet que le calcul du CCP comporte un élément de rendement s'agissant, par définition même, de la moyenne pondérée du taux prospectif de la dette et du rendement autorisé sur les actions ordinaires et les actions privilégiées formant la structure de capital présumée qui est la même que la structure de capital réel d'Énergir.

Et qu'en matière d'approbation d'investissement, la Régie, depuis plus de vingt (20) ans et plus de... en fait, depuis la D-97-25, se réfère systématiquement à un instrument de mesure de taux de rendement, TRI, et à un indice de profitabilité, IP, qui sont établis en tenant compte du CCP.

Alors, essentiellement, le syllogisme repose sur deux affirmations implicites qui, dans les deux cas, témoignent d'une incompréhension des faits relatifs au CCP, ce à quoi il sert et comment il est établi.

(13 h 40)

Et pour preuve, si besoin était, que le CCP comporte un élément de rendement, je vais vous référer à une pièce qui est à l'onglet 1 des pièces déposées au soutien de notre requête. C'est une pièce que vous allez retrouver régulièrement lors d'une cause tarifaire. Et cette pièce ne surprendra personne. Vous la retrouverez... Vous la retrouverez donc à l'onglet 1. C'est une pièce déposée dans la cause tarifaire D-2019-220, R-4076-2018, pièce intitulée « Calcul du coût en capital prospectif pour l'année 2019-2020 ».

LE PRÉSIDENT :

Ce n'est pas le bon onglet. Ça ne correspond pas à ce que, nous, on a. L'onglet 1, pour nous, correspond...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Correspond à la Cour d'appel.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Ça, c'est dans le cahier d'autorités. Mais il y a également des pièces.

LE PRÉSIDENT :

Qui ont été déposées?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Ce matin?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Non, ça a été déposé il y a déjà plusieurs semaines. Ça a été déposé avec la demande de révision à l'origine.

LE PRÉSIDENT :

O.K.

Me ÉRIC DUNBERRY :

C'est ça Énergir-M, Document-7, 1 de 1. Alors, si vous l'avez, Monsieur le Président, vous allez voir qu'il s'agit de la pièce avec laquelle vous êtes sans doute familier. C'est une pièce intitulée « Calcul du coût en capital prospectif pour l'année 2019-2020 ». Et vous retrouvez là évidemment des informations sans grande surprise, vous retrouvez d'abord la structure de capital de Gaz Métro... pardon, d'Énergir. Je vais y arriver. J'ai dit à mes clients que j'allais peut-être avoir quelques failles.

Mais à tout événement, la structure de capital que vous connaissez bien, cinquante-quatre pour cent (54 %) en actions... pardon, en dette;

actions privilégiées à sept point cinq pour cent (7,5 %); et des actions ordinaires à hauteur de trente-huit point cinq pour cent (38,5 %). Et on voit que le coût établi, c'est-à-dire le CCP, dans ce cas-ci, correspond à cinq point huit pour cent (5,8 %). Et à la lumière de cette pièce, on voit qu'il s'agit donc de cette moyenne pondérée établie en partie à partir de la moyenne pondérée du taux prospectif de la dette, à court, à moyen et à long terme, et des taux de rendement autorisés sur les actions privilégiées et les actions ordinaires.

Alors, on voit bien à la lecture de cette pièce-là que le CCP comporte un élément de rendement sur l'avoir de l'actionnaire. Il est établi de cette façon-là. Alors, on a là une preuve évidente. Et on peut lire des dizaines de décisions de la Régie qui réfèrent au CCP. Et dans tous les cas, comme dans tous les dossiers annuels, on voit bien que le calcul du CCP comporte un élément de rendement sur l'avoir.

Maintenant, quant à la vocation du CCP, et vous avez également, j'attire votre attention à la note en bas, vous avez deux petites notes au bas de cette pièce-là, et on dit ceci :

(1) Le coût en capital prospectif

sert au calcul du rendement sur la base de tarification (investissements) ainsi qu'à l'actualisation des contributions tarifaires dans le cadre de l'évaluation de la rentabilité des projets d'investissement.

(2) Conformément à la décision D-2018-061, le coût en capital prospectif après impôt est utilisé afin d'évaluer la rentabilité des projets d'investissement en le comparant au TRI du projet considérant que les flux monétaires des projets n'intègrent pas la notion d'économie d'impôt reliée aux frais financiers.

Et quant à la vocation, Monsieur le Président, au paragraphe 19 de notre plan d'argumentation, je vous réfère à trois décisions. Nous aurions pu en indiquer plusieurs. Mais la D-97-25, D-2018-061 et D-2018-080. Et ces décisions-là, plus particulièrement les deux décisions de deux mille dix-huit (2018), ont traité spécifiquement de la vocation.

Si vous allez à l'onglet 11, et je parcourrai très rapidement ces trois décisions-là,

mais si vous allez à l'onglet 11, vous allez retrouver... onglet 11 du cahier d'autorités, vous allez retrouver... c'est une décision qui a évidemment fait jurisprudence à partir de cette année jusque très récemment.

(13 h 45)

Alors, vous retrouverez à la page 3, l'utilisation du coût en capital prospectif après impôt. Donc, vous allez retrouver ici, la preuve présentée quant à l'utilisation, la vocation de ce coût en capital prospectif. C'était après impôt, d'ailleurs, je suis conscient qu'il y a eu un débat qui a suivi sur l'utilisation de cette donnée avant... après impôt ou un calcul mixte, et vous êtes informés de cela.

Si vous allez, par ailleurs, à la page 15, de cette même décision, vous retrouverez la conclusion de la formation à l'époque, en mille neuf cent quatre-vingt-dix-sept (1997) :

> La Régie est d'avis que l'utilisation d'un coût en capital prospectif telle proposée est valable[...]

Et caetera, vous pourrez continuer à lire. Si vous allez maintenant à l'onglet 12, Monsieur le Président, vous allez retrouver cette décision de

2018-061. Et le titre de la décision dit tout, l'intitulé : « Décision relative au sujet B de la phase 3 concernant l'utilisation du coût en capital prospectif dans les analyses de rentabilité et l'impact tarifaire des projets d'extension du réseau ».

Et vous avez, à la page 4, le début de cette discussion, c'est au paragraphe 1 qui vous renvoie au paragraphe 7 où vous avez la mise en contexte de cette question qui avait été soulevée à l'époque. Si vous allez à la page 7 de la décision, vous avez la mise en contexte et c'est ici où on souligne un écart entre le calcul du CCP avant impôt ou après impôt et ce calcul d'un CCP dit mixte.

Et vous avez la décision, aux paragraphes 70 et suivants où on confirme. Et c'est dans la conclusion, à la page 20... Et on voit de cette décision, à la page 20, que :

> La Régie approuve l'utilisation du CCP mixte comme taux d'actualisation à utiliser dans l'évaluation de l'impact tarifaire d'un projet d'extension de réseau.

Et :

> Approuve l'utilisation du CCP après impôt comme balise minimale de rentabilité à laquelle doit être comparé le TRI généré par un projet d'extension de réseau.

Et vous avez, enfin, à l'onglet 13, une décision qui a suivi quelques mois plus tard et le titre est également très révélateur. C'est la décision rendue par les régisseurs Pilotto, Turgeon et Pelletier. Le titre c'est : « Décision finale relative au sujet B de la phase 3 portant sur la méthodologie d'évaluation de la rentabilité de projet d'extension de réseau ».

Évidemment, donc, c'est une décision à portée plus large où on traitait, non seulement, du CCP, mais également de la méthodologie, plus largement. Et c'est aux paragraphes 274 et suivants que vous retrouverez les passages pertinents. Alors, je n'irai pas les lire, mais vous pourrez lire les paragraphes 274, 275, 283, 285 et enfin les conclusions, au paragraphe... c'est à la page 99, au paragraphe 419.

Alors, je sens que je fais la preuve de ce que vous savez depuis déjà vingt (20) ans, mais je me sens contraint de le faire parce qu'il est

essentiel de vous faire voir qu'il y a là, une erreur de droit et de fait qui est insoutenable, à sa face même.

Et la dernière décision à laquelle je voudrais vous référer, c'est la décision D-2015-181, décision à l'onglet 14 du cahier d'autorités, parce que cette décision-là porte spécifiquement sur la rémunération des comptes de frais reportés.

Alors, c'est une décision rendue en deux mille quinze (2015) par les régisseurs Boulianne, Rozon et Turgeon. Monsieur le Président, vous vous en rappellerez. Et c'était dans le cadre d'une demande d'approbation du plan d'approvisionnement. Et il y a eu un examen spécifique sur la rémunération des comptes de frais reportés et ça débute à la page 119.

Alors, si vous me permettez, rapidement, encore une fois, de vous souligner les passages pertinents. Alors, ça débute au paragraphe 441, sous le titre 8 : « Rémunération des comptes de frais reportés ». À la section 8.1, paragraphes 445 et suivants, on discute de la nature des comptes de frais reportés.

Aux paragraphes 451 et suivants sous le titre 2, on discute des risques associés aux

comptes de frais reportés. À la page 123, sous le titre 3, la Régie traite des principes d'appariement des termes de financement, des déboursés et des calculs des flux monétaires. (13 h 50)

Et enfin au titre 8.4, la Régie discute du coût de financement en lien avec la structure de capital d'Énergir, c'est-à-dire Gaz Métro, à l'époque. Et elle conclut, enfin au paragraphe 493, aux termes de son analyse de la nature d'un CFR, des risques associés à un CFR, des principes réglementaires d'appariement des coûts et des notion relatives à la structure en capital. Elle conclut en ces termes :

> Considérant que Gaz Métro maintient une structure de capital similaire à celle présumée et autorisée, la Régie maintient la rémunération des CFR au taux moyen pondéré du capital.

Alors, ce que vous avez là, c'est un précédent clair, récent, fouillé, détaillé, motivé quant à la façon dont un CFR est rémunéré. On ne retrouve évidemment aucune référence dans la décision. En fait, je vous l'ai indiqué tantôt, la totalité de la décision tient sur une ligne, parce qu'il n'y a

pas ici d'investissements, il ne doit pas y avoir de rendement. Alors, tous ces éléments-là, Monsieur le Président, me font conclure et je suis au paragraphe 22 dans notre plan d'argumentation quant à ce premier motif et je dois dire simplement et les références sont là, que la structure de capital réel est toujours la même et que la structure en capital présumé est toujours la même et elles sont égales, correspondantes l'une à l'autre.

Et c'est une situation que vous allez revoir notamment dans la décision D-2019-141, paragraphes 458, 462. Le concept à l'origine de la D-2015-181, c'est-à-dire que le fait que les structures réelles et présumées concordaient, c'est une réalité qui demeure aujourd'hui et ça apparaît notamment de la décision D-2019-141 qui est la plus récente sur le sujet.

Alors, si je me permets de conclure quant à ce premier motif, Monsieur le Président, la première formation affirme, au paragraphe 161, qu'il ne devrait pas y avoir de rendement sur le CFR ne s'agissant pas d'un investissement pour immédiatement faire l'inverse, c'est-à-dire accorder un rendement à l'aide d'un instrument reconnu pour sa pertinence en matière

d'investissement.

Alors, ce que la première formation a fait, c'est exactement l'inverse de ce qu'elle semblait vouloir rechercher. Alors, de deux choses l'une, si l'on fait abstraction des principes réglementaires et de tous les précédents applicables depuis vingt (20) ans, à sa face même, le syllogisme qui est avancé est en soi inintelligible. On ne peut pas comprendre l'utilisation du CCP en lien avec un CFR si l'objectif est de ne pas accorder un rendement, parce qu'il ne s'agit pas d'un investissement. C'est exactement l'inverse. Et par ailleurs, si on tient compte, comme il se doit, des principes et des précédents, les conclusions non seulement sont inintelligibles, mais sont insoutenables et contraires aux principes de cohérence reconnus par la Régie.

À ce sujet, je vous soumets bien humblement que la première formation a ignoré et renversé au-delà de vingt-cinq (25) décisions en une ligne, y compris la D-97-25 jusqu'à la D-2015-181. Aucun motif, aucune explication pour se détacher de vingt (20) ans de jurisprudence sur la façon de rémunérer un CFR.

Mon second motif, c'est qu'Énergir n'a

jamais même représenté quoi que ce soit à cet effet-là, n'a jamais été entendue. Ça n'a jamais été débattu. Et mon troisième motif, c'est qu'une décision doit être motivée et si vous recherchez un motif, bien vous allez le trouver. Il y a une ligne : ne s'agissant pas d'un investissement, il ne devrait pas y avoir de rendement. Ce sont là l'ensemble des motifs, mais ces motifs-là ne rencontrent pas les critères établis par la jurisprudence de la Régie elle-même, en vertu de l'article 18.

Alors, le point de départ et c'est le premier motif, le syllogisme est insoutenable et le syllogisme se détache d'une jurisprudence parfaitement bien établie. Mon deuxième motif, j'y arrive maintenant, c'est le fait qu'Énergir a été privée, complètement privée de son droit d'être entendue à ce sujet-là. Et cette privation est d'autant plus préjudiciable que l'utilisation du CCP entraîne de facto un désallocation de coûts de financement. Alors, ce n'est pas simplement l'utilisation d'un autre taux, c'est l'utilisation d'un taux qui correspond à une désallocation de coûts de financement.

(13 h 55)

Et la Régie a des règles avant de désallouer des coûts et une entité assujettie a habituellement le droit d'être entendu avant de se voir désallouer des coûts. Et habituellement, elle doit faire la preuve qu'elle a agi, lorsque l'allégation d'imprudence est faite, qu'elle a agi selon une norme de prudence.

Alors, ici, vous allez voir, j'ai un tableau qui fait voir, et une image vaut mille mots à l'occasion, comme un tableau. En utilisant le CCP, la première formation a désallouer des coûts de financement automatiquement, de facto. Et ça, évidemment, il n'y a aucune référence à la décision. On y arrive.

Alors, deuxième motif, Monsieur le Président, je suis au paragraphe 25. Alors, le deuxième motif se lit comme suit :

> La Première formation a erré en imposant l'utilisation du CCP et une dé-allocation de coûts de financement en contravention aux règles de justice naturelle et d'équité procédurale.

Alors, le paragraphe 161, et j'ai fait une longue lecture tantôt de ce que vous aviez déjà lu, mais c'était important pour amorcer la discussion avec

la formation.

Regardez le paragraphe 161 comment débute-t-il. La première, la Régie, donc la première formation :

> [...] s'interroge sur la pertinence de faire porter l'intérêt du CFR selon le coût moyen pondéré en capital. [...]

La première formation n'a pas précisé l'objet de ses interrogations, n'a pas précisé la nature ou la portée de ses interrogations. Rien dans les débats, j'en ai cherché, rien. Rien dans les débats devant la première formation ne permet à Énergir, rien ne vous permet d'identifier les interrogations quant à la nature, l'objet ou la portée de ces interrogations, ni de voir en quoi ces interrogations-là pouvaient mener à un renversement de ce corpus jurisprudentiel des derniers vingt (20) ans.

Énergir n'a jamais été entendue. On ne lui a jamais posé de questions. On ne lui a jamais donné l'opportunité de réagir à la possible utilisation du CCP et cette question n'a jamais été débattue, jamais.

Et Énergir n'a pas pu répondre à des questions et encore moins aux interrogations dont

la formation se serait... sur lesquelles elle se serait fondée au cours de son délibéré.

Et peut-être que la formation n'avait aucune interrogation au moment de l'audition les seize (16) et dix-sept (17) juillet. Peut-être que ces interrogations sont venues lors de son délibéré. Et à ce moment-là, elle aurait dû demander à Énergir de commenter et d'avoir l'opportunité d'être entendue, de présenter des éléments de preuve, de présenter des éléments de fait ou de droit, de faire des représentations sur cette possibilité-là. À fortiori, lorsqu'elles mènent à une désallocation de coûts de financement.

Et c'est au paragraphe 29 que je résume un élément très important à ce sujet-là. Alors, il est dit au paragraphe 29 du plan :

> Il importe de rappeler, et la Première formation ne pouvait qu'en être informée, que l'utilisation d'un taux d'intérêt inférieur au coût moyen pondéré en capital pour rémunérer un actif spécifique, tel un CFR, entraîne de facto pour Énergir, toute chose étant égale et en l'absence d'un ajustement à sa structure de capital

ou de son taux de rendement, une dé-allocation de coûts...

une dé-allocation de coûts

... de financement entraînant une baisse du rendement sur l'ensemble des actifs de l'actionnaire.

Alors, Monsieur le Président, si je vous pose la question, en vertu de la décision D-2006-111, Sainte-Sophie; en vertu des décisions rendues par la Régie depuis deux mille cinq (2005), y compris suite à l'adoption de normes par la Cour suprême du Canada, je vous pose la question : est-ce qu'on peut désallouer des coûts à un assujetti sans lui donner l'opportunité de se faire entendre?

La réponse en droit, c'est non. Il y a une norme appropriée pour l'application de la règle de la décision raisonnable. Il y a un cadre juridique, il y a des articles, 49, 31, il y a des droits, il y a des obligations, il y a l'obligation d'agir et le devoir d'être prudent.

Mais, il y a un cadre juridique très précis, aucun régisseur ne peut désallouer des coûts sans donner à son assujetti la possibilité d'être entendu. C'est exactement ce que la première formation a fait, possiblement sans le réaliser.

Mais, ce n'est pas une réponse aux faits qu'il y a ici une erreur de droit sérieuse, fondamentale et déterminante qui entraîne un préjudice financier immédiat.

(14 h 00)

Et je voulais vous présenter une pièce qui fait voir l'impact financier, c'est une pièce qui a d'ailleurs été produite par Énergir dans le dossier qui a mené à la décision D-2015-181, celle sur laquelle... le banc sur lequel vous siégiez, Monsieur le Régisseur Turgeon, et cette pièce-là, vous allez la retrouver à l'onglet 3 des pièces additionnelles déposées par Énergir, c'est un document présenté à l'époque, je pense, par monsieur Pierre Despars, c'est la pièce 0651, et c'est une pièce qui a été présentée, vous allez revoir la note dans le dossier R-3879, qui a mené, je vous l'indiquais à la décision D-2015-181.

Et, Monsieur le Président, vous allez peut-être reconnaître ce tableau-là. Il apparaît à la page 6 ou 7, en fait la page 6 de la présentation PowerPoint. C'est une pièce qui est intitulée... Si vous l'avez. Je vais laisser le temps à madame de vous la soumettre. C'est l'onglet 3, sauf erreur, Madame. Ce n'est pas dans le cahier d'autorités.

C'est dans le cahier de pièces. Voilà!

Et si vous allez dans ce tableau. Évidemment une image vaut mille mots, mais à l'occasion il faut expliquer. C'est à la page 6. Voilà! Vous allez retrouver ici un exemple, un exemple présenté à l'époque par Énergir pour illustrer l'impact financier, impact monétaire, l'impact direct sur le coût moyen pondéré du capital. Lorsqu'on rémunère un actif particulier de façon différente des autres actifs réglementaires, dont un CFR.

Alors, si vous allez à la colonne de gauche sous le titre « approche globale historique », donc l'approche qui est fondée, ancrée dans la décision D-97-25 et toutes celles qui ont suivi, vous avez une illustration ici d'actifs à hauteur de mille deux cents dollars (1200 $). Vous retrouvez la structure de capital dans la colonne de gauche, dont vous retracez ce cinquante-quatre pour cent (54 %), ce sept virgule cinq pour cent (7,5 %) et ce trente-huit point cinq pour cent (38,5 %). Et vous retracez également en fonction des taux applicables, là, les montants de la valeur des actifs appliqués lorsque la rémunération y est.

Alors, par exemple, à un taux de deux pour

cent (2 %) pour la dette à court terme, bien, vous avez un chiffre de cent vingt (120), cinq cent vingt-huit (528) pour la dette à long terme, et les actions privilégiées et les actions ordinaires. Alors, vous retracez avec ces données-là la répartition par catégorie, actifs et dette, actions privilégiées ou ordinaires, pour un taux de rendement évalué selon cet exemple-là à six virgule quatre-vingt-trois pour cent (6,83 %). Alors, ça, c'est l'approche classique. Vous avez un taux de rendement à six virgule quatre-vingt-trois pour cent (6,83 %).

À droite, vous avez une approche à titre illustratif de l'attribution spécifique d'une rémunération par catégorie d'actifs. Alors, l'exemple ici, c'est un exemple où on utilise, par exemple, cent (100) unités pour un actif particulier qui est un CFR, qui est donc essentiellement et entièrement financé par une dette à court terme portant un taux de deux pour cent (2 %). Alors, pour cet actif spécifique, le coût en capital est de deux pour cent (2 %), parce qu'il s'agit du coût associé à cette dette court terme de deux pour cent (2 %).

Maintenant, dans la deuxième catégorie,

vous avez le mille cinq cents (1500) unités... pardon, mille cent (1100) unités. Et vous appliquez à cette catégorie d'actifs, cette deuxième catégorie d'actifs, tout en forçant le maintien, hein, c'est important de l'avoir, tout en forçant le maintien de la structure en capital de cinquante-quatre pour cent (54 %) de dette et de quarante-six pour cent (46 %) d'actions privilégiées et ordinaires. Vous voyez l'impact sur la rémunération.

Et pour ces autres actifs, vous établissez un taux de... un coût moyen de sept virgule seize pour cent (7,16 %). Et lorsque vous combinez l'ensemble des deux, en ayant fait le choix de rémunérer un actif spécifique à un taux inférieur au coût moyen pondéré du capital, vous arrivez avec un nouveau coût moyen pondéré du capital de six virgule soixante-treize pour cent (6,73 %). Et, ça, ce n'est que de la mathématique, Monsieur le Président. Et vous avez la conclusion d'Énergir au bas, si une telle approche était retenue :

> [...] considérant l'exemple ci-haut, serait l'équivalent de désallouer à Gaz Métro dix points de base de rendement que les actionnaires

devraient supporter sans qu'il y ait eu de faute commise.

Et on réfère ici évidemment aux principes et aux règles de droit en matière de décisions ou d'investissements prudents.

Ces dix points de base équivaudraient, dans l'exemple ci-haut, à modifier le taux de rendement ultimement autorisé sur l'avoir ordinaire investi à la base de vingt-sept (27) points de base.

(14 h 05)

Donc huit point quatre-vingt-dix (8,90 %) est réduit à huit virgule soixante-trois (8,63 %). Le huit point quatre-vingt-dix (8,90 %) était le taux de rendement autorisé sur l'action ordinaire.

Alors, vous avez ici une preuve claire, un tableau qui, selon la mathématique et les hypothèses retenues mènent à une désallocation de dix (10)points de base et à une baisse d'un taux de rendement de vingt-sept (27) points. Et ça, ce n'est que de la mathématique, on pourra la refaire ensemble si vous voulez, mais le pièce parle d'elle-même.

Alors, le cas actuel, c'est la même chose.

Le CFR établi par la première formation est rémunéré à un taux inférieur au coût moyen pondéré du capital. Il n'est pas de deux pour cent (2 %), mais il est inférieur. Et cet écart de taux dans le calcul de la rémunération du CFR, cette décision sans précédent connue parce que je ne connais pas de précédent applicable à Énergir à cet égard-là. Cette décision de rémunérer un actif réglementaire à un taux inférieur au coût moyen pondéré du capital a nécessairement, mathématiquement, pour effet de mener à une désallocation de coûts du financement. Et ça, c'est mathématique, c'est incontournable.

Et cette désallocation est intervenue en violation des règles de base tant les règles relatives à la norme de l'investissement prudent que les règles de base devant tout tribunal administratif, les règles de base en matière d'équité procédurale du droit d'être entendu. L'Arrêt Baker auquel j'ai référé un peu plus tôt.

Alors, vous avez ici un deuxième motif, Monsieur le Président, et j'aurais pu m'arrêter au premier motif. Le premier motif est suffisant pour invalider la conclusion qui impose le CCP. Le deuxième motif, à lui seul, est également

suffisant.

Et il y en a un troisième, Monsieur le Président, qu'on va aborder très rapidement, c'est au paragraphe 33, le troisième motif, et je le lis :

> La Première formation a erré en manquant à son obligation de motiver les Conclusions relatives au CCP conformément à l'article 18.

J'aurais un commentaire, ici, préliminaire, Monsieur le Président. Après quelques années devant les tribunaux judiciaires et administratifs, je peux vous confirmer qu'aucun décideur, aucun décideur, y compris des décideurs en appel ou des décideurs en révision, n'apprécient, n'aiment traiter de l'obligation de motiver une décision parce que ce type de décision vient nécessairement encadrer votre propre travail d'adjudication, vient nécessairement modifier des habitudes de rédaction de jugement.

Et c'est justement pour cette raison-là que la Cour suprême, dans l'Arrêt Baker, a envoyé un message très clair à tous les décideurs, quels que soient leurs niveaux, première instance ou d'appel, y compris en matière de révision, que cette

réticence toute naturelle de juger de ses pairs sur la qualité de leurs motifs, c'est un motif de révision fondamental. Et c'est la seule façon de s'assurer que ceux qui lisent les décisions puissent les comprendre.

Et quand il y a cinq motifs de révision, celui-là, on le met de côté, à l'occasion, parce qu'il vous implique, il implique un examen de vos propres outils de rédaction. Et je vais revenir à la décision de la Cour suprême, dans un instant.

Dans ce cas-ci, Monsieur le Président, je ne l'aurais pas nécessairement soulevé dans tous les cas là, mais quand je lis le paragraphe 161, je suis dans l'incapacité complète de comprendre, à la lecture du seul motif allégué, ne s'agissant pas d'un investissement, il ne devrait pas y avoir de rendement, je suis incapable de comprendre les motifs, les faits ou la règle de droit qui ont pu mener au rejet de vingt-cinq (25) décisions. Je suis incapable de comprendre les motifs.

Alors, reprenons l'Arrêt Baker, Monsieur le Président, c'est au paragraphe... En fait, vous avez déjà, au paragraphe 34 du plan d'argumentation, la référence à l'Arrêt Godin, que j'ai cité un petit peu plus tôt. Et vous avez

référence... c'est important d'y référer là. Vous voyez, au paragraphe 34, l'Arrêt Godin, où on dit à la toute fin de cet extrait :

> Une absence de motivation constitue un vice de fond.

Je l'avais déjà cité. Mais vous avez également l'Arrêt Chèvrefils qui est cité au paragraphe 34. Arrêt qui conclut que :

> Le défaut ou l'absence de motivation rend la décision nulle et sans effets. C'est un vice qui est en soi fatal.

(14 h 10)

Faut comprendre que l'obligation de motiver, c'est une obligation légale. C'est dans la loi. Vous n'avez aucune discrétion. Vous devez motiver les décisions qui sont rendues. Alors, l'arrêt Baker, pour y aller maintenant, c'est à l'onglet 10. Alors, c'est l'arrêt de principe sur la notion de l'équité procédurale. L'extrait débute au paragraphe 35, à la page 844. Alors, on nous dit :

> L'appelante soutient également que l'obligation d'équité dans les circonstances exige que le décideur motive ses décisions.

Et la réponse de la Cour vient à la page 845, au

paragraphe 38 :

> Les tribunaux et les auteurs ont maintes fois souligné l'utilité des motifs pour assurer la transparence et l'équité de la prise de décision. Quoique l'arrêt Northwestern traite d'une obligation légale de motiver des décisions, ce qui est notre cas, le juge Estey fait l'observation suivante à la page 706 sur l'utilité d'une règle de Common Law.

Donc, avant ou avec ou sans un article 18, il y a une obligation de motiver et la production exigée des motifs se justifie de cette manière.

> Cette obligation est salutaire. Elle réduit considérablement les risques de décision arbitraire, raffermit la confiance du public dans le jugement et l'équité des tribunaux administratif et permet au parties aux procédures d'évaluer la possibilité d'un appel. L'importance des motifs a été réitéré par la Cour - toujours la Cour suprême - dans le renvoi relatif à la rémunération des juges. La Cour

provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard.

Et on a une référence. Et enfin, au paragraphe 39 :

On a soutenu que la rédaction de motifs favorise une meilleure prise de décision en ce qu'elle exige une bonne formulation des questions et du raisonnement et en conséquence, d'une analyse plus rigoureuse. Le processus de rédaction des motifs d'une décision peut en lui-même garantir une meilleure décision. Les motifs permettent aussi aux parties de voir que les considérations applicables ont été soigneusement étudiées et ils sont de valeur inestimable si la décision est portée en appel, contestée ou soumise au contrôle judiciaire.

Et on continue. Et à l'onglet 29, vous avez les propos du Professeur Ouellet, un auteur de doctrine bien connu en matière de droit administratif et vous pourrez simplement noter, aux fins de lecture lors du délibéré, les passages qui apparaissent à la page 443, 444 et 445. Également le test de l'intelligibilité au paragraphe 447. Je le lis et

je cite le professeur Ouellet :

> L'arrêt anglais Porser a indiqué que pour être jugé suffisants, les motifs doivent être intelligibles. Ils doivent aussi permettre aux intéressés de déterminer s'ils disposent de moyens sérieux de contestation ou d'appel. Ils doivent aussi traiter substantiellement des questions soulevées, mais il n'est pas nécessaire cependant de commenter ou de référer à tous et chacun des arguments des avocats. L'intelligibilité et ses motifs est une question de faits qui s'apprécie au cas par cas.

Alors, la doctrine est également très claire sur le sujet.

Alors, quand on regarde la décision dont vous êtes saisis, Monsieur le Président, et qu'on fait cette analyse au paragraphe 37 du Plan d'argumentation... Mais avant ça, je vais vous référer au passage au paragraphe 36 qui est un extrait de la décision D-2006-144. On n'ira pas la voir, mais c'est important, parce que la Régie

elle-même disait que l'obligation de motiver est d'autant plus importante, lorsqu'une formation comme en l'instance se détache d'un principe de cohérence et de précédents bien établis à l'égard de la vocation du CCP.

Alors, c'était le régisseur Lassonde à l'époque qui disait ceci et je le cite :

> En vertu de l'article 18 de la loi, la Régie a l'obligation de motiver ses décisions. En pratique, comme le précise Yves Ouellet, pour être considéré comme suffisants, les motifs doivent être suffisamment précis en faits et en droit, en plus d'être clairs et intelligibles. Cette obligation de motiver doit cependant s'adapter à chaque cas d'espèce, par exemple, lorsque la Régie décide de s'écarte d'une jurisprudence établie, les motifs présentés doivent être suffisamment précis, comme nous l'enseigne Patrice Garant dans ces circonstances, la Régie a l'obligation d'expliquer clairement les raisons pour lesquelles elle fait le choix de

s'écarter de sa jurisprudence.

(14 h 15)

Ça peut pas être plus pertinent que ce que vous avez ici, Monsieur le Président, parce que non seulement le CCP a une vocation bien connu, mais dans la décision D-2015-181 que vous avez rendu, on confirme le mode de rémunération d'un compte de frais reportés.

Alors, au paragraphe 37, je conclus sur ce motif-là. Alors, quand on regarde la décision plus particulièrement les paragraphes 160 et 161, on constate que la première formation n'a absolument pas motivé sa dérogation au principe et au précédent bien établis. Elle n'a jamais précisé l'objet et la portée des interrogations qu'elle évoque elle-même pour juger de cette question.

Elle n'a jamais justifié l'utilisation du CCP dans le contexte particulier du GNR eu égard à la preuve et aux considérations réglementaires. Et elle n'a jamais justifié la dé-allocation de coûts qui est inhérente à la rémunération d'un actif réglementaire à un taux inférieur au coût moyen pondéré du capital.

Et si la première formation s'est interrogée privément sur la pertinence de faire

porter l'intérêt du CFR selon le coût moyen pondéré du capital, elle n'a pas agi pour qu'Énergir puisse répondre à ces interrogations-là. Et Énergir n'a jamais été en mesure de se faire entendre sur ces questions et rien dans les motifs ne permet de comprendre.

Alors, en somme, quand on regarde ces trois motifs, Monsieur le Président, quant à l'utilisation, et c'est le premier bloc de conclusions, quant à l'utilisation du coût en capital prospectif, il appert donc, et je résume, que la première formation a rejeté vingt (20) ans de précédent et a rejeté le dispositif de la décision D-2015-181 sur la base d'un syllogisme insoutenable, vicié au sens de l'article 37, sans donner à Énergir la possibilité de se faire entendre et sans fournir des motifs au soutien de sa décision.

Et dans ces circonstances-là, je vous demanderais donc, bien respectueusement, de déclarer invalides les conclusions relatives à l'imposition d'un taux correspondant au coût en capital prospectif sur le CFR qui a été créé et plus particulièrement donc d'invalider les conclusions visées au paragraphe 2 du plan

d'argumentation, c'est-à-dire le paragraphe qui identifie les trois conclusions visées par cette demande-là.

Alors, je passerais maintenant au deuxième bloc, je vois que nous avons encore quarante-cinq (45) minutes. Je pense qu'on peut faire un bon bout de chemin.

LE PRÉSIDENT :

Avant que vous passiez au prochain bloc, je m'interroge. Est-ce que le fait que cette décision-là a été rendue pour appliquer, pour donner droit, en fait, à ce que votre cliente demandait, c'est-à-dire qu'on lui reconnaisse une sauvegarde de ses droits selon l'article 34.

On comprend que traditionnellement on regarde cette ordonnance-là de façon « prima facie ». Est-ce qu'il y a une apparence de droit? Est-ce qu'on pense qu'il y a un intérêt? Et donc on essaie le plus rapidement possible, si tel est le cas, d'autoriser le 34, pour après pouvoir traiter des choses plus au fond.

Est-ce que le fait que c'est dans ce... que tout ce débat-là s'est fait dans... s'est inscrit dans une demande de sauvegarde, ne milite pas ou ne militerait pas, en fait, avec certaines règles

d'assouplissement? Dans le sens, est-ce que Énergir, est-ce que je comprends bien, ce qu'Énergir a demandé, la Régie a essayé de lui donner, de lui donner sa sauvegarde le plus rapidement possible pour pouvoir garantir ses droits. Ce qui ne veut pas nécessairement dire que la formation, la première formation que la Régie avait, elle avait tout complété son analyse, loin de là, c'est une sauvegarde.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Alors, quand vous me dites qu'on n'a pas donné, on n'a pas donné la... on n'a pas demandé, en fait, à Énergir de venir complémenter. Je vous dirais que la Régie est quand même un tribunal ultraspécialisé qui connaît bien généralement les domaines dans lesquels elle fonctionne. On a un domaine qui est quand même par notre loi. Alors, est-ce que vous ne viendrez pas un petit peu nuancer vos propos dans votre première section?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Bien, je dirais, Monsieur... excellente question et je vous répondrais comme ceci. Je résumerais peut-être la question et la référence au paragraphe 34,

au fait que cette décision était de nature provisoire, donc que c'était une demande dont la nature était provisoire.

Et ce que je retiens de votre question, et je répondrais tout de suite à ça. C'est que l'obligation de motiver une décision ne disparaît pas ou n'est pas affectée par le caractère provisoire, interlocutoire, final ou définitif d'une décision.

(14 h 20)

Une décision non motivée ou insuffisamment motivée au sens de l'article 18 n'est pas valide au motif qu'elle est provisoire. Le droit d'être entendu, Monsieur le Président, le droit d'être entendu et d'avoir une audition équitable, ce droit-là ne s'éteint pas lorsqu'il s'agit d'une audition qui résulte en une décision temporaire ou une décision d'application provisoire.

Un excès de compétence ne peut se justifier au motif que ses effets sont temporaires. Une erreur de droit n'est pas moins une erreur de droit lorsqu'elle vicie une décision provisoire, interlocutoire ou permanente. Je vous dirais que ce sont là des motifs de révision, ce sont des motifs de révision qui sont d'intérêt et d'ordre public.

Si la Régie rend une décision, elle doit la motiver au sens de l'article 18. Et je pense qu'il serait dangereux d'établir un précédent à l'effet que l'obligation de motiver à l'article 18 s'atténue parce qu'une décision n'est que provisoire. Alors, vous auriez des qualités de décision. Vous auriez des décisions motivées de qualité A, des décisions un peu moins motivées de qualité inférieure parce qu'elles auraient été rendues... Je pense que vous avez ici des considérations d'intérêt d'ordre public.

La Loi impose à la Régie, lorsqu'elle rend une décision de la motiver. La Loi et la jurisprudence imposent à la Régie l'obligation d'agir de façon équitable, de ne pas désallouer des coûts de façon inéquitable sans entendre les parties intéressées. Et je pense que de nuancer la règle de droit, eu égard à sa nature fondamentale, bien, je pense que, effectivement, ça mènerait à des décisions non seulement contraires à la loi, mais dont la valeur de précédent serait à la fois douteuse et dangereuse.

Alors, oui, la nature provisoire peut avoir un effet quant à la durée d'une décision. Mais dans le cadre d'une demande de sursis, on examine

particulièrement les questions de préjudice irréparable, de balance des inconvénients, des apparences de droit. Mais lorsqu'on rend une décision, qu'il s'agisse d'une demande de révision, d'une décision procédurale, d'une demande de sursis ou de toute autre décision de nature interlocutoire ou provisoire, ou même définitive, permanente, on doit adhérer à des principes aussi fondamentaux que ceux qui ont été évoqués.

Et lorsque l'on lit au paragraphe 161 « ne s'agissant pas d'un investissement, il ne devrait pas y avoir de rendement », bien, lorsqu'on a dit ça et qu'on fait exactement l'inverse, on accorde un rendement sur quelque chose que l'on considère être un investissement. Quand on dit une chose et que l'on agit exactement dans son cas contraire, je vois mal comment... Même si j'adhérais à une approche atténuée, de souplesse et de rigueur moindre quant à des principes aussi fondamentaux que le droit d'être entendu, je vous dirais que, dans le cas qui nous préoccupe ici, nous sommes aux antipodes d'une décision justifiable. Nous sommes aux antipodes d'une décision soutenable.

Essentiellement, ce que la première formation a fait, c'est désallouer des coûts de

financement unilatéralement en utilisant un outil dont la finalité est l'inverse de ce qu'elle croyait vouloir faire. Je ne peux pas justifier ce genre de décision-là, Monsieur le Président. Et je pense que la Régie est tenue à des normes strictes, notamment l'article 18, principe d'équité procédurale. Mais dans ce cas-ci, je pense qu'Énergir avait demandé un compte de frais reportés rémunéré au coût moyen pondéré du capital. Il y avait une demande claire et on a fait l'inverse. On l'a rejetée quant au taux de rémunération. Alors, voilà pour les premiers motifs.

LE PRÉSIDENT :

Donnez-moi...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Désolé, Maître Dunberry.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Aucun problème.

LE PRÉSIDENT :

En fait ça va nous amener à vouloir vous entendre. Votre réponse à la question que j'ai posée, vous avez prononcé à plusieurs reprises les termes

interlocutoires et les termes provisoires. Une décision, règle générale, en droit, une décision, il faut que... pour que l'article 37 puisse s'appliquer doit être une décision finale. Alors, et dans votre argumentaire et dans les correspondances et depuis qu'on a commencé à une heure (1 h), vous nous plaidez qu'il s'agit d'une décision interlocutoire sur des tarifs provisoires. (14 h 25)

Mais la difficulté que je peux voir, c'est comment je peux en même temps vous donner raison que c'est une interlocutoire, provisoire, parce que de toute façon la décision de la première formation parle amplement de la notion de provisoire, et donc quand c'est provisoire, on peut penser que aussi, la décision peut s'interpréter comme une décision interlocutoire.

Puis en même temps que je constate ça, que vous me plaidez ça aussi, vous nous demandez... votre cliente nous demande d'appliquer l'article 37 qui théoriquement s'applique sur une décision finale. Alors, j'aimerais ça que vous puissiez m'éclairer, nous éclairer un peu là-dessus, comment vous le voyez, parce que moi, je dois vous dire que je le constate depuis le début, cette chose-là.

L'article 37, comment la décision... comment je peux considérer que la D-2019-107 est finale? Alors qu'on s'entend tous qu'elle est sur une demande de sauvegarde de l'article 34? Juste essayer de me concilier tout ça. Puis si vous ne pouvez pas le faire maintenant, on peut procéder avec la partie B de votre plan d'argumentation et vous pourrez rentrer demain, nous en jaser là...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

... je ne veux pas vous prendre de court, mais pour moi, ça apparaît une question assez important au niveau juridique là.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui, tout à fait, puis je reviendrai, peut-être, demain avec quelques décisions jurisprudentielles additionnelles, mais d'abord, je répondais à une question qui nous a été posée : Est-ce que les règles de droit, de base, c'est-à-dire le respect de l'équité procédurale, l'obligation de motiver, est-ce que ces règles-là sont déplacées? Atténuées dans leur application, par le caractère provisoire ou interlocutoire d'une décision? Je répondais à cette question-là.

LE PRÉSIDENT :

Oui.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Personnellement, je ne crois pas avoir représenté au Tribunal que cette décision n'était qu'une décision provisoire ou interlocutoire. Je répondais à la position que vous affirmiez, c'est-à-dire : « Cette décision-là, dans ses effets, est-ce que la règle de droit devrait être modulée en fonction de sa nature? » Ça, c'est un premier point. Ma réponse, ça a été : Non.

Et je pense, Monsieur le Président, et j'aurai peut-être une jurisprudence pour vous demain, qu'elle soit provisoire ou qu'elle soit interlocutoire, ou qu'elle soit finale, il y a de certains types de vices, lorsqu'ils touchent à l'exercice fondamental de la compétence d'un tribunal, comme par exemple la règle d'audi alteram partem, ne souffrent pas d'exception et une décision interlocutoire peut être révisée lorsque ce principe là parce que le préjudice est immédiat et irrémédiable. Elle est finale, nous n'avons pas été entendus.

Alors, vous pourriez me dire : « Vous serez entendu la prochaine fois. » Ou vous pourriez me

dire...

LE PRÉSIDENT :

Oui.

Me ÉRIC DUNBERRY :

... « Bien écoutez, vous avez une désallocation de coûts, mais on va vous rembourser plus tard. »

LE PRÉSIDENT :

Hum, hum.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Je vous dirais ceci, et la Cour suprême l'a bien souligné, vous ne pouvez pas attendre plus tard lorsque quelqu'un n'a pas été entendu parce que s'il est entendu plus tard, bien, il y a une période durant laquelle ses droits sont affectés en violation d'un principe fondamental.

LE PRÉSIDENT :

Oui, ça, je... je...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Et c'est pour ça que je pense qu'il faut reconnaître, ici, que nous sommes dans cette situation-là. Et dans un cas comme celui-là, il y a ouverture à la révision. Il n'y a aucun doute dans mon esprit qu'il y a ouverture à la révision parce que dans ses effets, la décision est finale quant à ses effets à l'égard de certains des vices qui sont

allégués. Si vous me dites, par exemple... si vous aviez demandé une conclusion monétaire...

LE PRÉSIDENT :

Hum, hum.

Me ÉRIC DUNBERRY :

... bien, je vous dirais : cette conclusion monétaire pourrait faire l'objet d'un débat, avec rétroaction et remise en état. Mais nous ne sommes pas en Cour supérieure dans une action en dommages, nous sommes devant la Régie pour tenter d'établir un principe que je vous qualifierais d'assez fondamental. C'est qu'Énergir n'a jamais été entendue sur des questions et s'est faite imposer une décision en violation de principes de base.

Et la question que vous devez vous poser, Monsieur le Président, c'est, lors du délibéré, si vous êtes d'avis que nous avons raison, si vous trouver que le syllogisme au paragraphe 161 est insoutenable, si vous êtes d'avis qu'on n'a pas été entendu et si vous êtes d'avis que la décision n'était pas modifiée, et si tant est que vous aviez la tentation de nous dire : « Maître Dunberry, vous avez raison, mais vous ne pouvez pas présenter une demande de révision parce que la décision n'est qu'une décision provisoire. »

La conséquence de ça, c’est que la Régie va tolérer une décision qui produit des effets immédiatement et qui, en passant, est le motif pour lequel nos demandes d’approbation ont été suspendues.

(14 h 30)

Alors, préjudice immédiat, impact immédiat, et vous devez vous poser la question : Est-ce qu'il est une bonne idée pour un tribunal de tolérer des décisions que vous allez peut-être être d'accord avec moi, illégales à sa face même? Et si vous me dites : « Écoutez, Maître Dunberry, cette décision-là, elle contredit vingt (20) ans de jurisprudence. Elle est illégale, mais on va la rejeter sur un moyen d'irrecevabilité. », la demande de révision est recevable, parce qu'elle a un caractère provisoire. L'effet net de ça, c'est que la décision D-2019-107 va demeurer et va produire des effets.

Et ça, je vous soumets que c'est une bien mauvaise idée en droit administratif, parce que cette décision-là, je sais qu'elle est illégale. Et vous le savez peut-être si vous êtes d'accord avec moi et nous ne pourrons pas, dans une décision finale, corriger le fait qu'on n'ait pas été

entendus.

Le fait d'avoir été privé de son droit d'être entendu, c'est définitif, c'est immédiat, c'est fatal et c'est final. On ne peut pas dire à quelqu'un : « Tu voteras aux prochaines élections fédérales. Tu pourras voter plus tard. Tu pourras être entendu plus tard. ». Le fait qu'on n'a pas été entendus, c'est pas juste une question de voir : « Avez-vous perdu de l'argent, puis si vous en avez perdu, vous serez compensés plus tard. ». C'est un droit fondamental. Alors, je pense que cette décision-là, même si quelqu'un veut lui coller l'étiquette d'un tarif GNR provisoire, la nature des défauts dont on parle ont des effets qui sont définitifs et immédiats et dans ce sens, elle est finale.

LE PRÉSIDENT :

Je vous demanderais aussi de regarder ce soir pour demain, votre cliente a déposé le onze (11) septembre, une demande relative à l'étape B répondant au suivi requis par la décision D-2019-107. J'ai pas le numéro malheureusement de la cote. Et on demande notamment à la Régie de procéder à une nouvelle détermination du tarif GNR d'application provisoire. Je vous disais que c'est

en date du onze (11) septembre. La Régie a rendu le trente (30) septembre...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

La décision D-2019-120.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Je vous invite à aller au paragraphe 55 où on dit :

> La Régie juge qu'une nouvelle détermination du tarif GNR d'application provisoire n'est pas prioritaire.

Donc, il y a la décision que votre client amène en révision. Par la suite votre client a demandé de reconsidérer, une forme de reconsidération en demandant de refixer un autre tarif provisoire.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Et une autre décision de la première formation est la D-2019-120 qui elle refuse de reconsidérer. Vous me suivez jusque là?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Alors, j'aimerais ça savoir laquelle est la plus finale de laquelle? Puis je ne suis pas à savoir si elle est juste en droit ou pas. J'essaie juste de suivre les trucs. Il y a eu un article 34. Une demande d'ordonnance. On a rendu ça. « On n'est pas contents, on va en révision. » Bien, avant d'aller en révision, on demande de reconsidérer, qui est probablement la chose la plus simple en droit administratif de demander aux gens : « Avez-vous pris en compte telle chose ou telle chose. Reconsidérez ». Là, il y a une décision qui est sur la reconsidération qui dit : « Non. Je ne veux pas reconsidérer pour les raisons qui sont énumérées au paragraphe 55. ».

Alors, c'est laquelle décision qui doit être amenée en révision, selon vous? On regardera ça demain.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Je peux répondre tout de suite.

LE PRÉSIDENT :

Allez-y.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Les motifs de révision visent des conclusions bien ciblées et elle ne visent pas le tarif GNR. Elle vise le compte de frais reportés quant à la modalité d'utilisation d'un CCP et quant à un seuil d'écarts de vingt pour cent (20 %). Les conclusions visées par la demande de révision ne visent pas à faire déclarer invalide la conclusion qui approuve ou rejette la méthodologie de calculs, ni la conclusion de fixer un tarif pour le gaz GNR, pour le GNR.

La révision vise des conclusions très pointues. Il n'y a aucune discussion ou lien entre ces deux décisions-là quant à l'approbation du tarif GNR. Le tarif GNR actuel a été approuvé, c'est-à-dire si on revient un peu en arrière, le dix-neuf (19) juin deux mille dix-neuf (2019) Énergir demande un tarif GNR provisoire, propose une méthodologie. Cette méthodologie-là est rejetée.

(14 h 35)

La première formation retient sa propre méthodologie et sur la base des données au dossier, calcule un tarif GNR qui selon elle devrait être relativement précis et ordonne un suivi demandant à

Énergir de déposer dans les cinq jours des tarifs recalculés. Énergir a redéposé des tarifs recalculés et ces tarifs-là ont été fixés par la décision D-2019-120.

Le débat qui est devant vous ne concerne pas la méthodologie du tarif, le calcul du tarif, ne concerne pas non plus spécifiquement le tarif, il concerne uniquement le calcul de la rémunération sur un CFR qui n'est pas contesté quant à son existence et l'imposition d'un seuil d'écart sur les montants comptabilisés à l'intérieur de ce compte de frais reportés.

Alors, il n'y a pas de finalité plus grande ou moins grande, première ou seconde. Ce sont deux choses qui ne se comparent pas. La D-2019-120 ne traite pas du coût en capital prospectif, sauf erreur. Ne traite pas du seuil d'écart. C'est la D-2019-107 qui traite de ces questions et qui fait l'objet de la demande de révision.

Alors, il n'y a pas, si je peux me permettre et avec respect, il n'y a pas de concurrence quant à leur finalité respective pour les éléments dont vous êtes saisi. Ce sont deux décisions qui ont produit des effets et leurs effets sont différents et ne sont pas de nature à

remettre en cause les conclusions de la demande de révision. Je...

LE PRÉSIDENT :

Non, c'est assez clair. Et sur la question de l'interlocutoire, est-ce que vous allez continuer demain aussi?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui, je vais continuer demain pour... je vais continuer demain parce que sur cette question-là je pourrais vous amener peut-être quelques décisions ou... Mais, l'essentiel du message, je pourrai demain peut-être rajouter des éléments additionnels, mais l'essentiel du message, vous l'avez entendu, je ne veux pas le réitérer.

Mais, la nature de la procédure, une procédure interlocutoire, une procédure provisoire, la nature d'une décision que l'on qualifierait de provisoire dans la mesure où elle peut être modifiée par une autre décision n'est pas une considération déterminante quand on considère les motifs de révision qui sont évoquées devant vous.

Il y a une finalité qui est déjà établie. Le droit d'être entendu ne peut pas être corrigé par une deuxième décision. Et l'idée de dire « vous n'avez pas été entendu cette fois-ci, vous serez

entendu plus tard » ce n'est pas une réponse satisfaisante en droit administratif. Et la réponse de dire « bien, c'est une décision qui n'est pas motivée, mais c'est pas bien grave parce que la prochaine va être meilleure. » C'est pas une réponse en droit administratif.

Et même si elle est provisoire, elle doit être motivée conformément à la loi. Le motif est dans la décision et la procédure qui ont été suivies. Et ça, c'est final.

Alors, si tant est qu'il devait y avoir un débat et que vous reteniez cette jurisprudence qui, je pense, a été nuancée largement mais, si vous deviez retenir la décision suivante, c'est une décision interlocutoire, alors, toute décision rendue en cours d'instance ne peut pas faire l'objet d'une demande sous 37. Si vous deviez vouloir rendre une décision sur ce sens-là, je vous dirais « bien, vous avez une décision finale. » Quant à ses effets sur les vices qui sont allégués, c'est une décision finale parce que je ne peux pas me reprendre.

À moins de me dire « écoutez, on va réécrire la décision là » mais elle ne peut pas être réécrite, alors on ne peux pas la motiver

subséquemment là, alors...

Puis encore une fois, « on a policy making bases » là, je pense que ce serait un précédent excessivement dangereux. Je ne pense pas que la Régie, Monsieur le Président, je ne pense pas que la Régie veut prendre cette ligne d'analyse quant à des motifs aussi fondamentaux. Vous n'avez pas été entendu, mais ce n'était qu'une décision provisoire. Parce que la tentation est forte pour écrire le mot « provisoire » sur toutes les décisions parce qu'elles sont toutes provisoires.

Elles sont toutes susceptibles. Il n'y a pas de règle de « stare decisis » devant la cour, devant la Régie. La Régie peut se contredire elle-même, ses décisions sont susceptibles d'être modifiées en toute circonstance et vous êtes tenus par des principes de base.

LE PRÉSIDENT :

Mais, il faut... il faut que le dossier continu. Je ne peux pas, un coup que je suis désaisi du dossier et que j'ai rendu la dernière décision du dossier, je ne peux pas revenir l'année d'après puis que la changer, la décision va rester.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Je veux dire, et c'est ça, c'est que dans ce dossier-ci, pas dans celui-ci, mais d'où est issue la décision que votre cliente veut la révision, le dossier est toujours... est toujours pendant.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Je suis d'accord. Mais, je vous pose la question. L'argument derrière le principe, c'est que la requête est prématurée, la demande est prématurée. Cette jurisprudence à laquelle vous référez là, c'est une jurisprudence qui traitait de l'épuisement des recours administratifs avant de faire valoir des moyens de révision. Cette jurisprudence-là, je la connais bien, là. Et l'idée principale, c'est de dire, c'est prématuré, vous avez une opportunité plus tard de présenter vos moyens de révision.

(14 h 40)

Mais dans ce cas-ci, les motifs qui sont invoqués, puis je me répète, là, il n'y a pas de plus tard. La décision est illégale. Elle n'a pas été motivée. La décision a violé un principe fondamental de l'article 23 de la Charte québécoise. Ça ne peut pas être corrigé plus tard. Est-ce que les régisseurs vont s'autoriser à violer

la Loi au motif que leur décision pourra être plus tard corrigée sur des questions si fondamentales que celle-là?

Alors, moi, je vous soumets que si tant est qu'était la décision que vous deviez rendre, ça serait très, très, très préoccupant. Parce que dans ce dossier-ci, là, celui-ci, il y a beaucoup de décisions qui ont été rendues. Et on a un processus qui, à l'heure actuelle, est paralysé. Les dossiers d'approbation, les demandes d'approbation sont suspendues, confirmées dans la suspension à nouveau. Quelles que soient les circonstances, elles ont été suspendues.

Alors, les décisions dans ce dossier-ci, si elles sont toutes à l'abri d'un pouvoir de révision et de contrôle, parce qu'elles sont en cours d'instance, bien, écoutez, les décisions R-4008-2017, il y a une phase B, une phase C, une phase D. Est-ce que je dois comprendre, Monsieur le Président, que toutes les décisions qui seraient rendues pendant une période de cinq ans ou quatre ans seraient à l'abri d'un contrôle quant à la légalité de ces décisions-là au motif que le dossier R-2008 roule toujours?

LE PRÉSIDENT :

Ce n'est pas ce que j'ai prétendu. Il y a une demande de reconsidération qui peut être faite dans n'importe quel dossier qui est toujours pendant.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Je pense que...

LE PRÉSIDENT :

Ce qui a été fait d'ailleurs par ce que vous me dites qu'il n'y avait pas de lien entre les deux décisions? Mais ce qui a été fait quand même sur le tarif provisoire comme tel, on a demandé de reconsidérer le tarif. C'était correct. Il y avait une formation qui était là. Le dossier est ouvert. Alors, on lui a demandé, bien, tant qu'à faire, pouvez-vous reconsidérer telle chose. Ça a été fait. Évidemment, on ne peut pas... Je pense que ce n'est pas dans l'intérêt de personne de bloquer qui que ce soit. Ce n'est pas ça que je dis. Mais il faut voir aussi quelle est la... comment on la qualifie au départ cette décision-là, c'est quoi la qualification qu'on lui donner.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Bien, je pense que la décision... Je ne veux pas me répéter, mais en droit administratif, c'est une décision dont les effets sont finaux, sur les

éléments dont je vous ai parlé, là. Puis par ailleurs, ça la rend illégale cette décision-là. Par ailleurs, je vous ai fait... Et quand vous dites « reconsidérer », ce que vous demandez, c'est... Je veux juste être bien sûr de saisir. Ce que vous proposez, c'est qu'Énergir dépose une nouvelle demande demandant à la première formation, un peu comme celle qui a été demandée de lever la suspension eu égard à des faits nouveaux.

LE PRÉSIDENT :

Hum, hum.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Et cette demande a été rejetée ce matin même.

LE PRÉSIDENT :

Ça, je ne commenterai pas sur qu'est-ce qui est arrivé ce matin.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Non, non, je comprends. Mais...

LE PRÉSIDENT :

C'est arrivé dans 3867. Je veux dire, on nous a demandé de reconsidérer certaines choses suite à un long débat, de nouveau reconsidérer certaines choses. On a entendu les parties sur l'opportunité de savoir si on devait ou pas réentendre. Puis on a décidé qu'on ne les réentendait pas. Alors, on n'a

pas amené cette partie-là en révision. On nous a demandé à la première formation qui était bien au courant des faits et de la preuve, est-ce que vous jugez qu'il y a matière à reconsidérer. La reconsidération a aussi sa place. Parfois c'est plus rapide, parfois c'est plus simple. C'est juste ça que je dis.

Mais pour ça, il faut voir où on se situe, comment on peut qualifier la décision, puis à savoir aussi si la formation est toujours saisie du dossier. Ce que je constate, c'est que le dossier 4008, à moins que ça se règle cet après-midi, ce n'était pas réglé ce matin. Alors, le dossier est toujours ouvert. C'est juste ça que je dis. Il y a différentes voies possibles pour un assujetti, c'en était un. Là, il a décidé de l'amener en révision. Moi, là, je suis préoccupé par quelle est la qualité de cette décision-là. C'est juste ça. C'est juste ça et c'est tout ça. Je suis là pour vous entendre et pas vous surprendre.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Non, j'apprécie beaucoup la question. Ça fait partie du débat, au contraire. J'ai pris de bonnes notes. Je pense avoir répondu, mais on pourra en discuter à nouveau demain, Monsieur le Président.

C'est un débat important.

(14 h 45)

Nous avons quinze (15) minutes, Monsieur le Président, on peut faire oeuvre utile et l'utiliser.

Le second groupe de conclusions vise évidemment le seuil d'écart et ce sont les motifs 4 à 8, et dans le plan d'argumentation, nous sommes...

LA GREFFIÈRE :

Page 13.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui, tout à fait. Alors, la partie du dispositif qui est visée concerne donc ce seuil d'écart de vingt pour cent (20 %) et la première formation explique un peu les motifs sous-jacents à l'imposition de ce seuil d'écart.

Alors, on comprendra que le seuil d'écart, c'est que... Si tant est qu'Énergir devait conclure un contrat d'achat de GNR à un prix excédent vingt pour cent (20 %) du tarif imposé par la première formation. Alors, la première formation a rejeté le tarif proposé par Énergir. Elle a retenu sa propre méthodologie pour imposer à Énergir un tarif. Ce tarif est considérablement inférieur au tarif

proposé par Énergir.

Et tout prix supérieur à vingt pour cent (20 %) de ce tarif ne pourrait être... ou tout écart... ne pourrait être comptabilisé dans le CFR qui a été créé aux fins de comptabiliser ces écarts, effectivement.

Alors, au-delà de cet écart-là, les montants, ou les contrats, ne seraient pas inclus ou comptabilisés dans le CFR aux fins éventuellement, pour lesquels ce CFR-là sert, y compris la rémunération d'Énergir, mais également la détermination des tarifs.

Alors, au paragraphe 157, la première formation justifie sa décision en ce sens. Alors, et je les cite :

> Comme indiqué précédemment, l'autorisation provisoire du Tarif GNR ne signifie pas que la Régie autorise, explicitement ou implicitement, les contrats sous-jacents à l'établissement du Tarif GNR. La création d'un compte d'écart, sans aucune limite ni aucun seuil ou aucune pondération au prix d'achat, tel que requis par Énergir, pourrait[...]

Et là, on arrive dans le cadre plus particulier :

> [...] pourrait avoir pour effet des achats de GNR à des prix largement supérieurs [...]

Donc, elle présume que le tarif qu'elle impose pourrait être largement inférieur au prix de marché.

Alors, la première formation est bien consciente que le tarif qu'elle impose est susceptible d'être largement inférieur au prix du marché. Et pour limiter la faculté d'Énergir de contracter au prix du marché, elle lui impose un seuil de vingt pour cent (20 %). Et l'objectif recherché, c'est d'empêcher que des écarts soient générés au-delà de ce vingt pour cent (20 %) là. Donc, d'exclure des contrats dont les prix de marché seraient supérieurs de vingt pour cent (20 %) au tarif qu'elle impose. Alors :

> [...] avoir pour effet des achats de GNR à des prix largement supérieurs au Tarif GNR qui généreraient d'importants écarts, sans avoir la certitude que ces achats pourront être entièrement récupérés auprès de clients volontaires en raison de la

nature provisoire du tarif.

158 :

D'ici à ce que les déterminations finales soient effectuées après l'examen au fond, en vertu de l'article 72 de la Loi, la Régie croit qu'il est plus prudent[...]

On va revenir, plus tard, sur cette norme de prudence.

La Régie croit qu'il est plus prudent de limiter la possibilité de générer des écarts en imposant une limite aux contrats qui[...]

Le « qui », c'est les contrats là.

[...] une limite aux contrats d'acquisition qui pourront être comptabilisés à l'intérieur de ce compte d'écart.

Donc, l'objectif... ou a tout le moins, ma lecture de ce paragraphe, c'est d'imposer un seuil d'écart afin d'éviter que des écarts ne soient générés et par implication nécessaire, de limiter la faculté d'Énergir de consentir des prix supérieurs à vingt pour cent (20 %) au tarif GNR. Donc, des prix de GNR, à des prix supérieurs à vingt pour cent (20 %)

de GNR, ou d'empêcher la signature de certains contrats.

(14 h 50)

Et la première formation juge qu'il est plus prudent d'agir et d'encadre l'action des gestionnaires d'Énergir. Hein? La première formation dit bien :

> Il est plus prudent qu'Énergir ne puisse générer des écarts qui excéderaient de vingt pour cent (20 %) le tarif qu'elle nous impose, tout en sachant que les prix de marché peuvent être évidemment supérieurs au tarif qu'elle impose.

Et ça, elle le savait de la preuve. Alors, l'objectif dans ses effets et dans sa formulation est de contenir l'action de son assujetti sur le marché du GNR, sur le marché de la marchandise du GNR, de façon à ne pas générer des écarts et essentiellement de fixer un prix d'achat maximum sur une notion de prudence. Il deviendrait imprudent pour Énergir d'acheter à des prix supérieurs de vingt pour cent (20 %) au tarif que la première formation nous impose. Et elle fait le lien entre la norme de prudence.

Donc, essentiellement, la première formation s'autorise d'un concept de prudence, bien connu par les régulateurs et s'autorise de ce concept de prudence pour dire à son assujetti, Énergir : « Il serait imprudent que vous puissiez avoir la faculté de générer des écarts, donc, de conclure des contrats à des prix de marché qui excèdent de vingt pour cent (20 %) le tarif qu'elle nous impose. ». Et il y a trois motifs là-dedans qui sont importants. Il y a une forme d'ingérence dans l'activité, dans l'exploitation de l'entreprise. Il y a une intervention dans un marché non réglementé de la marchandise qui peut ou non produire des effets et ça dépend des conditions de marché. Ça dépend des situations particulières et dans le Plan d'argumentation, on a des précisions très spécifiques à cet égard-là. Faut voir si cette intervention produit ou non des effets.

Et troisièmement, on verra qu'il y a une forme de désallocation de coûts ou de renversement de la norme de prudence, parce qu'encore une fois, Monsieur le Président, vous connaissez bien cette norme de prudence. Un régulateur ne peut pas dire à son gestionnaire : « Nous vous déplaçons et nous,

régulateurs, intervenons en qualité de gestionnaire et décrétons ce qui est prudent de ce qui ne l'est pas. Dans l'exploitation de l'entreprise, voici, Messieurs les Gestionnaires, Mesdames les Gestionnaires, ce qu'il serait prudent pour vous de faire », sans égards à l'information que ces gens-là de marché peuvent avoir, les gens dans les tranchées, en première ligne, alors, que la première formation sait très bien que le marché requiert des prix supérieurs aux tarifs qu'elle impose dans des circonstances connues, mais pas dans tous les marchés, mais dans certaines circonstances, ça peut se produire évidemment. Et il y a des cas qui sont dans la preuve.

Alors, ça c'est la toile fond et au paragraphe 46, je résume l'effet de cette décision-là. En somme, la première formation sait ou aurait dû savoir qu'en toute probabilité, le seuil d'écart de vingt pour cent (20 %) aura pour effet de limiter la faculté d'Énergir de négocier des contrats avec des producteurs ou revendeurs et d'en acheter à des prix de marché, de limiter la faculté d'Énergir de saisir des opportunités de marché pour l'acquisition de GNR à des conditions qu'Énergir estime favorables dans l'intérêt de sa clientèle et

le respect de ses obligations en vertu du règlement.

Monsieur le Président, il ne faut pas oublier que GNR, comme la Régie, sont tenus à une réalité simple. C'est que le législateur, le gouvernement, a des demandes claires par le biais de ses règlements et par le biais des amendements à la Loi sur la Régie de l'énergie, la Régie doit tenir compte des politiques énergétiques du gouvernement et Énergir est tenue par la loi et le règlement à atteindre des cibles d'approvisionnement en GNR à court terme. Deux mille dix-neuf deux mille vingt (2019-2020) déjà. Des cibles fixées par règlement.

Troisièmement, on place Énergir dans une situation préjudiciable où aux fins de rencontrer ses obligations légales, elle est contrainte de consentir des écarts supérieurs à vingt pour cent (20 %) à sa charge, sachant qu'ils ne seront pas comptabilisés dans ce compte de frais reportés. Ça a également pour effet de communiquer aux participants des marchés du GNR, y compris des producteurs, un signal sur les prix maxima susceptibles d'êtes acceptés par Énergir et enfin, susceptibles, dans certaines circonstances et j'y

reviendrai, d'affecter les transactions et les prix négociés pour le GNR sur les marchés du Québec, Énergir étant, et de loin, le plus important acheteur de GNR.

(14 h 55)

Alors, vous avez au paragraphe 47 l'énoncé des trois motifs de révision qui sont les motifs 6, 7 et 8. Et avant d'entrer dans l'analyse de ces motifs-là, j'avais deux motifs préliminaires qui sont similaires à ceux qui ont déjà été évoqués et je vais les couvrir.

Et je pense, Monsieur le Président, que si vous me donnez un autre dix (10) minutes, on pourra terminer au sixième motif qui est un motif qui est associé à l'intervention dans les marchés, à l'ingérence, le motif 7 et à une désallocation des coûts et la norme de prudence, le motif 8. Alors, ce serait un bon moment pour interrompre. Ce serait au paragraphe 60.

Alors, je passe et assez rondement sur le quatrième et le cinquième motifs. Alors, au paragraphe 50, et vous m'avez déjà entendu le dire à l'égard du coût en capital prospectif, l'imposition d'un seuil d'écart n'a jamais, jamais été débattue.

La question du seuil d'écart, Énergir en a été informée pour la première fois en lisant le jugement. Ça n'a jamais été débattu, ça n'a jamais fait l'objet d'un débat quel qu'il soit devant la première formation. Que ce soit quant à l'existence d'un seuil d'écart, que ce soit quand au vingt pour cent (20 %) par opposition à trente pour cent (30 %), quinze pour cent (15 %), vingt-cinq pour cent (25 %), cinquante pour cent (50 %), aucun débat en première formation.

Ça n'a pas été traité dans la preuve documentaire. Ça n'a pas été traité en demande de renseignements. Ça n'a pas été soulevé par des intervenants. Ça n'a pas fait l'objet d'objection. Ça n'a pas fait l'objet de proposition. Ça n'a fait l'objet d'aucun débat. Il y a un vide factuel à cet égard. Il n'y a aucune preuve relative à l'opportunité ou non d'un seuil d'écart, aucune preuve. Énergir n'a jamais fait de représentation quant à l'existence d'un seuil d'écart.

La première formation, en cours d'audience, mais elle ne l'a pas évoqué, ou lors de son délibéré, et n'a pas requis d'informations additionnelles pour permettre des notes et autorités notamment sur la question, a choisi

d'imposer un seuil d'écart, a choisi de dire à son gestionnaire « voici la norme de prudence qui est imposée : il y aura un seuil de vingt pour cent (20 %) pour que vous ne puissiez pas passer des contrats générant des écarts supérieurs à vingt pour cent (20 %). Et si vous le faites, c'est à votre charge. » Sachant que les prix de marché sont supérieurs. Sachant qu'Énergir est tenue à des obligations réglementaires. Sachant que ça met Énergir dans un situation préjudiciable.

Alors, vous avez, au paragraphe 53, une affirmation qui est corollaire. C'est que nous n'avons jamais fait de représentation, donc nous n'étions pas en mesure de faire voir les impacts, conséquences et préjudices liés à l'imposition d'un seuil d'écart. Les éléments énoncés au paragraphe 46, n'eût été de l'impossibilité de se faire entendre, nous aurions contesté l'imposition d'un seuil d'écart pour les motifs qui sont manifestement énoncés dans notre demande de révision.

Alors, pour les raisons que j'ai déjà évoquées, Monsieur le Président, il y a là un vice qui est fatal. Un vice qui ne peut pas être corrigé. Et ce n'est pas des véhicules procéduraux

ou le choix d'un véhicule procédural qui peut rétroactivement corriger ce type de vice là et c'est un vice fondamental.

Au paragraphe 5, pardon, au motif 5, je reviens sur l'absence de motif. Et je vous dirai ce que je vous ai déjà dit. Quand vous lisez la décision, quand vous lisez la décision, tentez de comprendre pourquoi le seuil a été fixé à vingt pour cent (20 %). Je vous pose la question, je vous la pose, Madame, Messieurs les Régisseurs. Lors de votre délibéré, à la lecture de l'arrêt Baker, nous lisons cette décision-là et on voit le chiffre de vingt pour cent (20 %).

(15 h 00)

Nous n'avons aucune idée, vous n'avez aucune idée des raisons pouvant justifier vingt pour cent (20 %). Et quand vous serez dans le délibéré, si tant est que vous vouliez me convaincre qu'il y a dans la décision des motifs au sens de l'article 18, moi, je vous invite à me poser la question demain, de me donner l'opportunité de vous dire, si vous voyez, Maître Dunberry, au paragraphe 25, voici une base rationnelle au soutien du vingt pour cent (20 %). J'aimerais avoir l'opportunité de répondre à cette

question-là. J'ai cherché dans les notes sténographiques et dans les documents disponibles. Je n'ai rien trouvé.

Alors, l'objectif dans l'arrêt Baker, c'est d'interdire des décisions arbitraires. Ça a été vingt pour cent (20 %). Ça aurait pu être trente (30 %). Ça aurait pu être quarante (40 %). Est-ce que la Régie en révision va tolérer ce genre de décision non motivée? Moi, je vous invite à rejeter ce genre de conclusion non motivée. Et l'objectif ici, c'est au paragraphe 59, c'est d'éviter que des décisions soient prises de façon arbitraire dans un vide factuel.

Alors, il est exactement trois heures (3 h). Il est exactement trois heures (3 h). Et sous réserve de questions possibles du banc, je vais interrompre la présentation au motif 6.

LE PRÉSIDENT :

Il y a questions et on reprendra demain matin, mais il y a une question.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Oui. Maître Dunberry, une question d'une non-juriste, donc une réponse pour une non-juriste. Mais à votre avis donc, est-ce que les sujets sur lesquels on nous demande de nous prononcer ici,

est-ce que la première formation s'est désaisie de ces sujets-là, ces sujets précis-là? Si la première formation ne s'est pas désaisie de ces sujets-là et nous accueillons la demande, est-ce qu'il n'y aurait pas deux formations qui auraient à se prononcer sur les mêmes sujets, la même demande? Comme je vous dis, ma question est très graphique.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui, oui, tout à fait, tout à fait.

Mme ESTHER FALARDEAU :

C'est ce qui me...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Je reviens...

Mme ESTHER FALARDEAU :

Je me questionne.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Je reviens. La formation, vous êtes saisis... Le débat en révision, ce n'est pas un débat en appel. Et votre question, si nous étions en procédure d'appel et que la première formation n'avait pas rendu sa décision, un tribunal en appel pourrait très bien dire, bien écoutez on va attendre d'entendre l'ensemble de la décision ou des éléments. Parce qu'il y a certaines décisions qui seront rendues à l'occasion : motifs à suivre. Et

il y en a dans ce dossier-ci. Mais nous sommes en révision.

Et je ne vais pas vous donner une réponse de juriste, mais je vais vous dire simplement ceci. Votre travail, c'est de contrôler la légalité. La décision dans ses quatre coins, prenez la décision et est-ce que cette décision-là a été rendue légalement? Parce que le contrôle en révision, c'est un contrôle de la légalité. La première formation peut ou peut ne pas être saisie d'un sujet, peut ou pas demeurer saisie d'un sujet.

Mais la question que vous me posez, c'est, est-ce que parce que la première formation pourrait demain rendre une décision en disant, bien, écoutez, finalement, là, le seuil d'écart, je le réduis ou je le hausse à quarante pour cent (40 %). Je vous dirais, je peux très bien me présenter devant vous et demander qu'on déclare illégale une décision qui impose un seuil de vingt pour cent (20 %) et le lendemain matin me retrouver devant la première formation qui pourrait très bien dire, bon, bien, très bien, alors j'impose un nouveau seuil à quarante pour cent (40 %).

Il n'y a pas doublement de compétence ici. Vous n'êtes pas chargé de la même chose. Parce que

vous êtes chargé de juger de la légalité de la décision. Si je n'ai pas été entendu, si la décision viole l'article 18, la première formation n'est pas saisie de cette question-là. La première formation n'est pas appelée à juger de la légalité de sa propre décision.

Ce dont vous êtes saisis, vous êtes le seul tribunal saisi, et ce dont vous êtes saisi ne peut pas jamais en droit être à l'intérieur de la saisine de la première formation, parce qu'elle ne peut pas juger elle-même de sa légalité, de la qualité de sa décision ou de ses motifs.

Alors, ce n'est pas parce que la première formation pourrait rendre de nouvelles décisions sur le CFR que ça viendrait vous enlever la faculté de dire, bien, très bien, première formation, vous pouvez continuer à rendre des décisions sur des questions de type réglementaire. Mais ça ne change pas au fait que vous êtes assujettis à un contrôle. Et ce que vous faites est sujet à contrôle. Et ce contrôle-là, c'est vous qui l'exercez.

(15 h 05)

Alors, il n'y a pas de superposition de compétence ou d'exercice de compétence. Vous contrôlez la légalité d'une décision qui a été

rendue le trois (3) septembre dernier. Elle est légale ou elle est illégale. Demain matin, la première formation demeure saisie de questions d'ordre réglementaire de l'étape B, de l'étape C, de l'étape D.

Et ce n'est pas parce que la première formation pourrait vous dire : « Bien, écoutez, ne rendez pas la décision en révision parce que nous allons, dans deux semaines, avoir une audition ou au début janvier, sur l'étape B. Et fort probablement, le seuil d'écart pourrait être retiré. »

Et là, vous pourrez vous poser la question : « Bien, ça sert à quoi d'aller en révision et de rendre une décision en révision si le seuil d'écart disparaît dans trois semaines. » Mais ça, c'est une... Ça, c'est comme négocier avec un tribunal là.

La légalité d'une décision n'est pas entre les mains de la première formation. S'il y a bien une chose que nous avons, à l'heure actuelle, c'est la faculté de vous demander de revoir la légalité d'une décision rendue par la première formation.

S'il fallait que la première formation puisse vous donner un coup de téléphone puis de

vous dire : « Laissez faire la légalité de ma décision, on va en rendre une autre dans deux semaines. » Bien, là tout le système s'écroule là. Je ne trouverai pas de décision de jurisprudence qui répond à ça parce que personne... personne n'irait jamais là.

De se désaisir d'une révision ou d'un contrôle en Cour supérieure, au motif que la première formation pourrait rendre de nouvelles décisions, ça ne peut pas fonctionner sur cette base-là.

Alors, vous n'êtes pas saisis de la même chose. Et la première formation ne peut pas, par sa saisine, affecter votre compétence en révision. Il n'y a rien que la première formation peut faire pour vous empêcher de juger de la légalité d'une décision déjà rendue, il n'y a rien. Il n'y a rien qu'ils peuvent faire pour vous empêcher de juger de la légalité, c'est votre travail, de juger de la légalité d'une décision sinon on n'a plus de recours, la Loi ne veut rien dire et les tribunaux supérieurs ont rendu des décisions inapplicables depuis très longtemps.

Alors... mais ce sont toutes des décisions très très... des questions très importantes. Je

m'excuse, Madame la Régisseure Falardeau d'avoir fait un peu de droit avec cette question-là, mais c'est fondamental. Si vous avez cette impression que ce qui se passe en première formation, en première instance, peut affecter votre compétence en révision, il faut absolument que ça soit clarifié là, vous n'avez aucune inquiétude à avoir.

Vous avez une compétence, et c'est la même réponse indirectement que j'ai donné à monsieur le régisseur Turgeon. Même si la décision était qualifiée de provisoire, les motifs de révision ont priorité sur cette qualification-là parce qu'ils visent directement des éléments qui sont irrémédiables et incontestables, c'est-à-dire des règles de droit fondamentales. Merci.

LE PRÉSIDENT :

Merci. On va arrêter ici. Alors, on reprend demain matin à neuf heures (9 h) et on poursuit avec vous. Demain, vous pensez en avoir pour combien de temps?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Bien, ça va rondement. Je pense que... Écoutez, une heure (1 h), une heure et demie (1 h 30) au maximum là, quatre-vingt-dix (90) minutes. Il me reste trois motifs... en fait quatre, avec le dernier bloc. Un maximum de deux heures (2 h), un

maximum... Avec les questions, s'il y en a encore demain, évidemment.

LE PRÉSIDENT :

Hum, hum. Hum, hum. Parfait. Merci, Maître.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Merci.

LE PRÉSIDENT :

Alors, bonne soirée et à demain, neuf heures (9 h).

AJOURNEMENT DE L'AUDIENCE

_____

SERMENT D'OFFICE :

Je, soussigné, Claude Morin, sténographe officiel, certifie sous mon serment d'office, que les pages qui précèdent sont et contiennent la transcription exacte et fidèle des notes recueillies par moi au moyen du sténomasque, le tout conformément à la Loi.

ET J'AI SIGNÉ :

_____

Claude Morin, sténographe officiel

Tableau #200569-7