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 26 NOVEMBRE 2019

VOLUME 2

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	5
PLAIDOIRIE PAR Me DOMINIQUE NEUMAN	116
PLAIDOIRIE PAR Me JEAN-PHILIPPE THERRIAULT	166
PLAIDOIRIE PAR Me FRANKLIN S. GERTLER	170
RÉPLIQUE PAR Me ÉRIC DUNBERRY	241

L'AN DEUX MILLE DIX-NEUF (2019), ce vingt-sixième (26e) jour du mois de novembre :

PRÉLIMINAIRES

LA GREFFIÈRE :
Protocole d'ouverture. Audience du vingt-six (26) 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. Poursuite de l’audience.

LE PRÉSIDENT :
Merci, Madame Lebuis. Alors, Maître Dunberry, la formation est prête à continuer à avoir le plaisir de vous entendre.

D’entrée de jeu, je vous dirais, dépendant comment les choses vont se dérouler, la formation se questionne sur la possibilité de finir un peu plus tard ce soir, mais de terminer ce soir si c’est possible. Alors, vous avez annoncé environ deux heures pour la dernière partie qui vous reste.

Je regarde, il y a trois de vos collègues qui sont dans la salle. J’ai lu, on a lu tous les plans d’argumentation, il resterait la réplique. Alors, comme la réplique, vous avez déjà eu la

chance d'avoir les plans d'argumentation d'avance, je me demandais si c'était possible pour vous de regarder, vous pourrez me le dire après, peut-être en revenant de dîner, si c'était possible qu'on finisse vers, je ne sais pas moi, quatre-heures et demie (16 h 30), cinq heures (17 h 00), mais qu'on ne siège pas demain.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Monsieur le Président, je peux répondre tout de suite. Oui, nous aurons fini aujourd'hui.

LE PRÉSIDENT :

Merci. Alors, on vous écoute.

PLAIDOIRIE PAR Me ÉRIC DUNBERRY :

Alors, Monsieur le Président, bonjour, Madame, Monsieur les Régisseurs. J'aurais deux commentaires introductifs à vous livrer ce matin avant de reprendre la plaidoirie.

Le premier concerne, en fait, le premier commentaire est en réponse à la question que la formation nous a posée hier concernant la nature interlocutoire ou provisoire de certaines décisions et l'application de l'article 37 à ces décisions-là. Et le second commentaire concernera les motifs 6 et 7.

Alors, je reviens tout de suite sur le

premier point concernant la nature ou l'objet de certaines décisions et de l'application de l'article 37. Et le point de départ, et c'est toujours bien de partir de la loi pour reprendre une position.

Alors, l'article 37 que vous connaissez bien, Monsieur le Président, évidemment, je peux le relire rapidement, mais vous aurez bien noté le passage introductif :

> La Régie peut, d'office ou sur demande, réviser ou révoquer toute décision.

Le mot « décision » n'est pas défini dans la loi, mais toute décision de la Régie peut faire l'objet d'une demande de révision ou de révocation dans l'hypothèse où les conditions d'ouverture à la révision sont rencontrées. Et on ne réfère pas à une décision de type interlocutoire. On ne réfère pas à une décision d'application provisoire, mais on réfère à toute décision.

Alors, la question que vous devez vous poser évidemment, c'est : est-ce que la décision D-2019-107 est une décision? Est-ce que ce document, dont vous avez copie papier et électronique, est-ce qu'il s'agit d'une décision? Est-ce que, selon

vous, la première formation a décidé de quelque chose et est-ce que ce document constitue une décision?

Si c'est une décision, elle est révisable pour autant qu'elle rencontre les critères de l'article 37. Si ce n'est pas une décision, si par exemple ce n'est qu'une opinion préliminaire. Et à une époque, il y avait un débat à savoir si c'est une décision « motifs à suivre » était une décision.

Est-ce que c'est un simple obiter ou est-ce que c'est une invitation à fixer des conditions purement procédurales comme la séquence de plaidoirie, le nombre d'heures que chacun des intervenants pourrait avoir? Alors, ça, c'est le premier point.

Le deuxième point, c'est qu'il faut bien comprendre la nature du mot « interlocutoire ». Ce qui est interlocutoire vise essentiellement une décision rendue en cours d'instance. Alors, ce dossier a été ouvert en juillet deux mille dix-sept (2017) et nous sommes aujourd'hui en novembre deux mille dix-neuf (2019). Vous êtes bien informés qu'il y a eu plusieurs décisions qui ont été rendues. Et toutes ces décisions ont été rendues en

cours d'instance, donc elles sont toutes interlocutoires.

Et parce qu'elles sont interlocutoires, évidemment leur traitement pourrait ou non varier en fonction de la nature de ces décisions, de leur objet ou des effets juridiques qu'elles peuvent produire.

Donc, si elles sont toutes interlocutoires, je vous invite à les revoir pour constater d'importantes différentes entre chacune de ces décisions-là au plan juridique.

La décision D-2019-031 qui est une des premières de la série, c'est une décision procédurale qui fixe un calendrier et identifie certaines questions juridiques dont la Régie veut se saisir. Ces questions auraient pu évoluer, des questions additionnelles ont été posées, d'autres questions auraient pu être retirées, cette décision a été rendue.

La décision D-2019-020 accueillit une demande partielle, pardon, accueillit une demande prioritaire pour l'approbation d'un contrat d'achat. Et cette décision, on s'en rappellera, a été présentée de façon prioritaire parce qu'en l'absence d'une décision, ce contrat aurait été

perdu.

(9 H 05)

Alors, cette décision-là disposait, de façon définitive, de la possibilité de conclure un contrat, lequel aurait été perdu en l'absence d'une décision, il ne serait pas revenu. Donc, elle a des effets cette décision-là, des effets dans un contexte de faits particuliers qui menaient à une situation irréversible.

Vous avez la décision qui nous occupe aujourd'hui, la D-2019-107 qui est une décision partielle sur la demande de fixation provisoire du tarif GNR. C'est une décision, j'y reviendrai, de la nature d'une demande de sauvegarde. Donc, il y avait une demande aux fins de la fixation d'un tarif de nature provisoire. Donc, elle était à la fois interlocutoire selon la définition stricte que l'on pouvait retenir et à la fois provisoire. Est-ce qu'elle aurait pu faire l'objet d'une demande de révision? Réponse évidemment oui. Et on va vous en faire la preuve.

La décision D-2019-120, c'est une décision pour la fixation d'un tarif qui a produit ses effets, un tarif fixé de façon définitive, mais pour une période, jusqu'à tant que ce tarif sera

révisé ou modifié comme à chaque année. Chaque cause tarifaire mène à un tarif, lequel est susceptible d'être modifié l'année suivante. Et dans les faits, il est modifié l'année suivante.

Alors, est-ce que cette décision-là demeure en toute circonstance une décision provisoire parce qu'elle a une durée dans le temps? Et est-ce qu'une décision sur une cause tarifaire ne pourrait faire l'objet d'une demande de révision parce qu'elle est susceptible d'être modifiée l'année suivante? Évidemment non.

La décision D-2019-123, c'est une décision intitulée « Décision sur le fond concernant la demande d'approbation du contrat Warwick ». Et la décision D-2019-125, c'est une ordonnance de suspension de tout dossier et de toute demande d'approbation pour une période indéterminée jusqu'à ce que vous ayez, vous, la seconde formation en révision saisi de notre demande, ayez décidé du sort de cette demande.

Alors, je vous pose la question. Est-ce que toutes ces décisions dites interlocutoires sont de même nature, produisent des effets comparables, ont des objets similaires ou comparables? La réponse est évidemment non. Certaines disposent purement de

questions de gestion d'instance; d'autres disposent de questions de procédure; d'autres disposent de questions de droit de façon définitive; d'autres ont des conclusions qui visent une situation irréversible; et d'autres situations mènent à des décisions qui imposent et qui impliquent un préjudice financier, une désallocation de coûts à Énergir.

Alors, toutes ces décisions-là sont bien différentes. Alors, je vous repose la question que vous me posiez hier : Est-ce que, parce que ces décisions ont été rendues en cours d'instance, il serait dans tous les cas impossible d'en demander la révision? Je vous ai donné cinq... en fait sept décisions. Est-ce que, parce qu'elles sont rendues en cours d'instance et qu'elles seraient qualifiées d'interlocutoire, aucune de ces décisions ne pourraient faire l'objet d'une demande en vertu de l'article 37, parce qu'elles sont interlocutoires? La réponse c'est évidemment non.

Et je vais vous donner quelques exemples pour illustrer. Si lors d'une de ces demandes, la première formation, après avoir entendu les parties, avait conclu, pour ces motifs, et je cite la première formation, entre guillemets, « pour ces

motifs », que je préfère ne pas vous donner, que je préfère ne pas mentionner, je rejette votre demande. J'ai vu ça dans d'autres décisions. Pas de la Régie, je vous rassure. Mais si la première formation avait écrit ceci, pour des motifs que je me refuse de vous communiquer, je rejette votre demande d'approbation du contrat Warwick. Pour des motifs que je refuse de vous communiquer, je suspens l'instance pour une durée indéterminée. Pour des motifs que je refuse de vous communiquer, je rejette votre méthodologie de calcul du tarif.

C'est une décision interlocutoire dont les effets peuvent être provisoires, qui est viciée évidemment, parce que le régulateur y a violé ici l'article 18. Et je vous pose la question intuitivement parce que je ne veux pas alourdir le dossier au plan juridique. Est-ce que l'un de vous croit qu'un régulateur pourrait être à l'abri d'une demande de révision d'une décision interlocutoire rendue en cours d'instance même s'il écrivait que, pour les motifs que je me refuse de vous donner, je rejette votre demande? Evidemment que non.

L'exemple est un peu grossier. Mais il s'applique tout à fait à la situation. Vous avez ici une décision qui est entachée d'une nullité

absolue. Mais parce qu'elle est rendue en cours d'instance ou parce que ses effets seraient d'ordre provisoire, je ne pourrais pas me présenter devant vous. La Régie serait alors le seul tribunal canadien depuis l'arrêt Baker qui se refuserait de réviser une décision manifestement nulle.

(9 h 10)

Je vous donne un exemple aussi grossier, mais qui est particulièrement pertinent. Si lors de l'une de ces demandes-là, la première formation, lorsque maître Thibodeau ou maître Sigouin-Plasse s'étaient présentés, avait demandé qu'ils se rassoient en leur disant : messieurs, je ne crois pas utile de vous entendre et au terme de cette décision avait rejeté leur demande.

Alors, vous avez une décision interlocutoire dont les effets peuvent être provisoires et la Régie rend une décision interdisant à une partie concernée de se faire entendre. Croyez-vous que cette décision est à l'abri de l'article 37? Manifestement non.

Vous le savez, que vous soyez juristes ou non, vous savez qu'il y a ici violation grossière, l'exemple est grossier, mais c'est quand même un point de droit qui se retrouve dans notre

plaidoirie, l'absence du droit d'être entendu ou le non respect de ce droit-là.

Évidemment que cette décision-là est révisable en vertu de l'article 37. Alors, je vous fais de nouveau référence à la Loi, à l'article 34, il est bien dit, en matière de demandes de sauvegarde, à l'article 34 :

> La Régie peut décider, en partie seulement d'une demande. Elle peut rendre toute décision ou ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes concernées.

Lorsqu'une demande de sauvegarde est faite, en vertu de l'article 34, et c'est le cas de la décision D-2019-107, la Régie rend dans tous les cas, une décision dont les effets sont importants parce que dans une demande de sauvegarde, on allègue un droit apparent, un allègue un préjudice irréparable.

On allègue une situation qui pourrait être irréversible et hautement préjudiciable. On dispose de droit et de droits fondamentaux, de droit à être entendu, de droit à une décision motivée, mais également de droit hautement préjudiciable lorsque ces droits sont non respectés.

Les décisions rendues en vertu de l'article 34 sont toutes révisables en vertu de l'article 37 parce qu'il y a ici, une disposition relative à des droits. Donc, une disposition qui produit des effets, des effets immédiats et des effets d'ordre substantiel.

Alors, voilà des exemples et je vous en donne deux autres. La jurisprudence est assez lourde, mais je ne veux pas vous la citer. Si, par exemple, lors de l'un de ces débats dans un cadre purement interlocutoire, l'avocat se lève suite à une demande de renseignement et suite à une question et dit : « Ce document que vous recherchez est couvert par le privilège de l'avocat, c'est une opinion juridique donnée à Énergir quant à ses chances de succès en révision.

Alors, un intervenant demande à Énergir de communiquer l'opinion de Norton Rose communiquée à Énergir quant à une stratégie juridique ou ses chances de succès en révision. Je me lève et je m'objecte, évidemment, à ce que ce document-là soit communiqué.

Décision rendue par la formation, rejet de l'objection, ordonnance de communiquer une opinion juridique. Et ça, c'est comme le colonel, c'est

comme le secret du poulet frit Kentucky là, une fois que c'est sorti là, on ne peut plus le remettre dans la boîte.

Alors, vous avez ici une décision interlocutoire d'ordre procédural sur une question de preuve qui vise évidemment le non respect d'un secret hautement protégé par la Cour suprême, le secret professionnel de l'avocat.

Je me présenterais rapidement devant une formation en révision, au motif qu'il y a ici un vice de fond, une violation fondamentale à un droit, une erreur de droit grave. Et si on devait me répondre que cette demande est irrecevable en vertu de l'article 37 parce qu'il s'agit uniquement d'une décision interlocutoire, je vous dirais que j'irais en Cour supérieure et ensuite en Cour d'appel, et ensuite en Cour suprême parce que le privilège de l'avocat au Québec, a fait l'objet de longues décisions qui vont jusqu'en Cour suprême.

Alors, toutes ces décisions-là, elles sont révisables et elles sont appelables parce que les conséquences ont une finalité, parce que l'objet de la décision, quel que soit l'étiquette, quel que soit le « sticker » qu'on lui colle, ce n'est pas une décision interlocutoire et cette décision-là

n'a pas uniquement un effet interlocutoire, elle a un effet définitif. C'est final, le secret est sorti, la recette est connue.

C'est la même chose en matière d'information ou d'information sensible au plan commercial. On vous demande régulièrement des ordonnances de confidentialité. Si elles sont refusées, bien, à ce moment-là, une partie peut demander une révision parce qu'il y a là, communication d'un secret professionnel qui pourrait, ou d'un secret de commerce. Que ça soit la recette du Colonel Sanders ou que ça soit la façon de mettre le caramel dans la Caramilk, vous avez là un secret qui doit être préservé et ces décisions-là sont révisables.

Alors, la question, vous me voyez, évidemment, c'est de voir la décision, de l'évaluer en fonction de son objet et en fonction de ses effets juridiques et du contexte qui a été rendu. Ça c'est le premier point.

(9 h 15)

Le deuxième point, c'est une question de compétence, Monsieur le Président, et je pense qu'elle est importante eu égard à la question que vous avez posée hier. La compétence pour réviser

des décisions, elle se trouve soit dans la loi de façon expresse, c'est un pouvoir d'attribution; dans le cas qui nous occupe, la situation actuelle c'est l'article 37 qui prévoit expressément un pouvoir de révision. Donc, c'est un pouvoir d'attribution ou lorsque la loi est silencieuse. Et dans ce cas-là, et je souligne les mots, vous avez un tribunal administratif qui a un pouvoir implicite. La Cour suprême s'est penchée sur ces questions-là et elle a conclu que même lorsque la loi est complètement silencieuse à l'égard d'un pouvoir de révision, un tribunal administratif a un pouvoir implicite de réviser certaines décisions.

Et ce pouvoir implicite a fait l'objet de longs débats, parce que c'est un pouvoir créé par le Common Law, le droit inhérent, le droit... En fait, on parle ici de droit jurisprudentiel, qui couvre spécifiquement la décision interlocutoire ou la décision provisoire.

Alors, je vais vous référer au Professeur Garant qui s'est penché sur cette question-là. J'ai ici des copies pour la formation. Et j'en donne à tout le monde, sauf à mon client, ce qui n'est pas très bon.

Alors, Professeur Garant, qui n'a pas

besoin d'introduction. C'est une sommité en droit administratif au Québec et il s'est penché sur cette question-là et c'est à la page 548 de son traité en droit administratif. Un ouvrage de référence que tous les tribunaux citent... Et j'ai oublié maître Neuman.

Alors, vous êtes au paragraphe 6.8.2.1, Monsieur le Président. Alors, nous sommes dans le cas où la loi est silencieuse où la loi ne contient pas l'article 37, mais c'est la règle de base. C'est le point de départ. Alors, ce qu'on y dit c'est ceci :

> Le principe du functus officio...

Le functus officio c'est lorsqu'un tribunal « épuise sa compétence ». Alors :

> Le principe du functus officio ou d'épuisement de la juridiction s'applique en principe aux tribunaux administratifs à l'égard de leurs actes juridictionnels...

Donc il relève de leur compétence.

> Les actes judiciaires et les actes quasi-judiciaires.

Et la Régie a des fonctions administratives, des fonction quasi-judiciaires et juridictionnelles.

Cependant la Cour suprême, en mille neuf cent quatre-vingt-neuf (1989), dans l'arrêt Chandler a ajouté que ce principe dans son application doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décisions rendues par les tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel sur une question de droit. La révision est évidemment toujours possible lorsque la décision initiale n'est pas définitive ou n'a qu'un caractère provisoire.

C'est la règle.

La Cour suprême mentionne que les pouvoirs de révision peuvent également découler implicitement du texte de la loi, de son économie et de son objet. La révision est possible non seulement pour corriger les erreurs matérielles qui se sont glissées dans la décision, mais une erreur dans l'expression de l'intention manifeste du tribunal. Elle est possible si le tribunal a omis de conclure sur une question

qu'il devait trancher. Toutefois, cela n'autorise pas à compléter une décision lorsqu'il a épuisé sa juridiction quant au remède qu'il a d'abord décidé. Il peut non plus en révision verser des motifs supplémentaires à sa décision initiale. Suivant l'arrêt Chandler...

Donc, une décision de la Cour suprême,

Un tribunal est autorisé à réviser une décision qui est nulle, de nullité absolue, soit parce qu'il a commis un excès de juridiction, un déni de justice naturelle...

Ce qui est notre cas selon nous.

Ou a rendu sa décision sur la base de fausses représentations. Si la décision est nulle de nullité absolue, la Cour peut entendre une contestation, même si le législateur a expressément prévu les cas spécifiques où la révision est recevable.

Alors, même si l'article 37 était limité à trois motifs, il ne voulait pas inclure la nullité absolue, par exemple, en cas de violation d'un

droit fondamental ou d'un excès de compétence, mais même dans ces situations-là, en vertu des règles de droit commun, la révision est possible.

Ainsi la Cour d'appel a jugé que même si l'article 122...

Ça c'est notre article 37.

Même si l'article 122 de la Loi sur la qualité de l'environnement énumère les cinq cas...

Et nous on en a trois.

Où le ministre peut réviser sa décision, ce même ministre peut en tout temps réviser ou révoquer une décision entachée de nullité absolue.

Et vous avez les références au-bas de page. Et enfin à la page suivante, Monsieur le Président, on cite la Cour d'appel du Québec :

En somme, selon les principes généraux de droit administratif, une décision entachée de nullité absolue ne créé pas de droit acquis pour son bénéficiaire. Par ailleurs, il serait absurde d'interpréter l'article 122...

Donc, l'article 37.

...comme ayant abrogé ces principes et

signifiant qu'un certificat délivré par un ministre sans compétence génère le droit pour son titulaire d'entreprendre des travaux en violation du règlement.

(9 h 20)

Alors, ce qu'il faut comprendre ici, c'est que lorsque vous êtes dans l'un de ces cas-là de nullité absolue, violation de l'article 18 de la Loi sur la Régie, violation des règles d'équité procédurale, excès de compétence, erreur juridictionnelle, vous avez en toute circonstance le pouvoir de réviser sans égard au libellé de l'article 37, parce que l'on ne bâtit rien sur quelque chose qui est nulle à l'origine.

C'est un pouvoir que vous avez implicitement. Vous ne pourriez pas dire à un participant, la première formation vous a dit de vous rasseoir, mais on ne peut rien y faire. Vous pouvez toujours, toujours réviser ce qui est nulle de nullité absolue, parce que c'est une aberration -et c'est les mots de l'arrêt Chandler- c'est une aberration de poursuivre un processus entaché d'une telle nullité. Et l'argument est pertinent ici, parce que les motifs qui sont évoqués ce sont des

motifs de cette nature. L'article 18, défaut d'être entendu, erreur juridictionnelle. C'est des défauts de cette nature dont vous êtes saisi.

Alors, c'est une bonne nouvelle pour un tribunal administratif, parce qu'il est toujours en mesure de réviser une décision. Qu'elle soit interlocutoire ou non, lorsque celle-ci est frappée d'une nullité absolue ou d'un vice qui mène à la nullité absolue. Et c'est le cas qui est ici. Et on voit bien du professeur Garant qu'une décision interlocutoire spécifiquement peut faire l'objet, et que vous avez une compétence implicite pour le faire, peut faire l'objet d'une demande de révision.

Maintenant, j'aimerais vous référer à l'auteur Ouellette que, je pense que la Régie apprécie parce que j'ai retrouvé beaucoup de références à Ouellette dans vos décisions, Monsieur le Président, au cours des années. Et il est du même avis. Et vous avez donc en première page ici, et je vais vous référer, j'ai des copies pour la formation, et je vous ai donné tout le chapitre, alors si vous voulez lire longuement sur le sujet...

Alors, professeur Ouellette qui est le

grand concurrent du professeur Garant. Et je vous ai donné tout le chapitre, vous pouvez lire, vous allez voir, c'est d'une lourdeur... Le droit administratif a ceci de particulier qui ne cesse d'évoluer et qui a des nuances surprenantes, parce que c'est un droit qui gère la relation entre l'État et l'individu, et ça évolue beaucoup. Et la Cour suprême refait le droit administratif à tous les dix ans. Alors, vous avez ici des... Et il y a des milliers et des milliers de décisions sur chacun de ces sujets-là.

La doctrine fait souvent une synthèse extrêmement utile. Vous avez donc à la première tache du texte du professeur Ouellette, vous avez un petit mot ici que je vais souligner « le réexamen ou la révision ». Juste pour qu'on soit bien clair, le mot « réexaminer », ça veut dire réviser ou révoquer. Alors, quand on lit dans ce texte-là, un pouvoir de réexaminer, ce n'est pas comme un autre véhicule procédural, ce n'est pas une autre théorie du droit. Réviser, réexaminer, révoquer, c'est essentiellement revoir la légalité d'un processus décisionnel.

Alors, vous avez ici un long texte. Et je vous réfère plutôt à la page 513. Et vous pourrez

tout le lire, là, mais je vais faire économie du temps et des ressources de la Régie, je vais aller aux conclusions immédiatement, aux pages 513 et suivantes, vous avez sous le thème « l'exercice du réexamen », donc l'exercice visé à l'article 37. Et vous avez à la toute dernière page la notion de décision aux fins du réexamen.

Alors, évidemment, on ne peut pas réexaminer ce qui n'est pas une décision. Si la D-2019-107 n'est pas une décision, si vous dites, ceci, c'est un document, mais ce n'est pas une décision, il n'y a rien dans ça qui décide de quoi que ce soit, bien à ce moment-là on aurait un problème en révision, parce qu'il n'y aurait pas de décision. Mais évidemment je vous soumets que ce n'est pas le cas. Et le professeur Ouellette dit ceci :

> La première condition d'exercice d'un réexamen est bien évidemment l'existence d'une décision. Ce qu'il faut comprendre, c'est que la notion de décision aux fins du réexamen ne recouvre pas la même réalité qu'aux fins de l'appel. De façon générale, seule une décision au sens strict et

qui termine une affaire peut être portée en appel.

Là, on parle d'appel. Soulignez le mot « appel ». Nous, on n'est pas en appel.

(9 h 25)

Dans le cas du réexamen, donc de la révision,

... l'intérêt et la célérité et de la flexibilité quasi judiciaire justifie de donner à la notion de décision une portée plus large et généreuse.

Nous avons déjà exposé qu'un projet de décision communiqué oralement, mais en dehors des formes prescrites, de même qu'une décision interlocutoire pouvaient généralement faire l'objet d'un réexamen.

Alors, le professeur Ouellette comme le professeur Garand confirme qu'une décision interlocutoire, donc une décision rendue en cours d'instance, peut faire l'objet d'une révision. Et au paragraphe 495 ou à la page 495, et je vais clore là-dessus, il y a un débat que la Régie a adopté dans l'une de ses décisions à laquelle je reviendrai, sur certains éléments de droit. Et à la page donc 495, nous sommes au paragraphe 10. Le

titre : « L'opinion préliminaire et la décision ou l'ordonnance interlocutoire » :

> Il peut arriver qu'au cours de l'audience, un arbitre ou un membre instructeur d'un tribunal exprime de façon, peut-être, hâtive, une remarque sur une question sur laquelle il devra se prononcer lors de la décision finale. Compte tenu de toutes les circonstances, de tels propos seront généralement considérés comme exprimant une simple opinion préliminaire et non pas une décision ultime[...]

Hein? On comprend. Ce n'est qu'une évocation de pistes de solution.

> [...] et non pas une décision ultime ni même une décision interlocutoire qui pourra être révisée ou modifiée lors de la décision finale.

Alors, c'est évidement que si ce n'est qu'une opinion préliminaire, ce n'est pas une décision. Ce n'est pas le débat de savoir est-ce que c'est une décision finale donc révisable ou une décision interlocutoire, donc non révisable. La question,

c'est de savoir : est-ce une décision ou une non-décision, parce qu'il n'y a pas de décision, ce n'est qu'une opinion préliminaire.

Et je suis bien conscient et bien d'accord qu'une opinion préliminaire... Si, par exemple, le Tribunal disait : « Séance tenante, nous sommes enclins à conclure que votre demande est recevable. Motifs à suivre. » Bien, il n'y a pas de décision, il n'y a qu'une indication préliminaire d'une piste que le Tribunal est enclin à poursuivre, mais il n'y a pas de décision. Et personne n'irait à la banque emprunter cinq dollars (5 $) sur la base d'une décision qui ne dirait que vous êtes enclin à sans avoir décidé de façon définitive, de façon utile, de façon interlocutoire ou provisoire, mais il n'y a pas de décision dans un contexte comme ça.

Ça fait que quand on tourne un peu plus loin, à la page 496, on nous dit, au troisième paragraphe :

> Il semble souhaitable alors de reconnaître aux tribunaux administratifs une compétence implicite pour réviser les nombreuses ordonnances et décisions interlocutoires non encore exécutées

> si la justice l'exige, à condition d'agir équitablement, notamment en cas d'erreurs ou d'injustice dont l'application des règles complexes de preuve concernant le privilège.

C'est le cas du privilège, notamment, de l'avocat. Et vous pourrez continuer cette lecture-là, tout le paragraphe est pertinent. Et il y a ici un extrait que j'aimerais cité parce que la Régie l'a repris dans une décision. C'est au haut de la page 497 :

> En effet, de façon générale, une décision interlocutoire ne doit pas être considérée sur le même pied qu'une décision ultime par laquelle un organisme épuise sa compétence au terme de la loi. C'est cette dernière catégorie de décisions seulement qui est sujette à la doctrine du désaisissement et au texte de la loi ne permettant leur examen que pour certains motifs déterminés.
>
> Bien que le droit en la matière soit encore en développement, reconnaître aux tribunaux administratifs une compétence

> implicite pour réviser et au besoin, révoquer pour cause ces ordonnances interlocutoires est dans l'intérêt de l'efficacité de la procédure et de la primauté du droit. C'est aussi reconnaître la spécificité des tribunaux administratifs. Le cas des ordonnances que la loi autorise expressément à un tribunal à prononcer en cours d'audience, présente une difficulté particulière.

Et je continue :

> De telles ordonnances prennent effet immédiatement et peuvent souvent faire l'objet d'un recours en révision judiciaire. Bien qu'aux fins de l'examen, le droit en la matière ne soit pas clair, il faut reconnaître aux commissions[...]

Donc, un tribunal comme la Régie.

> [...] une compétence implicite pour examiner et, au besoin, annuler pour causes de telles ordonnances interlocutoires dans l'intérêt de la simplicité de la procédure et de la

primauté du droit. Bien évidemment, des textes pourraient s'interpréter comme limitant cette compétence implicite en écartant, par exemple, leur examen d'une décision interlocutoire ou finale déjà portée en appel.

Alors, ce que la doctrine nous enseigne, c'est que lorsque le Tribunal ne jouit pas d'une disposition comme l'article 37, il a une compétence implicite pour réviser des décisions interlocutoires et provisoires. Et lorsqu'il a, comme ici, l'article 37, il a cette compétence de façon spécifique. Et lorsqu'on applique et interprète 37, il faut évidemment y voir ce que tous ont, c'est-à-dire une compétence pour réviser des décisions interlocutoires.

Vous n'avez pas moins de compétence parce que le droit vous en a donnée. Parce que si le législateur ne vous avait pas donné l'article 37, vous auriez la compétence de réviser des décisions interlocutoires en vertu des décisions de la Cour suprême du Canada. Alors, vous avez cette compétence-là, Monsieur le Président, et je joins et je termine avec une dernière décision, la

décision D-2009-157, qui est une demande de réexamen d'une décision interlocutoire pour ensuite clore sur ça.

(9 h 30)

Alors, c'est une décision rendue par vos collègues Boulianne, Rozon et Gervais. Décision de deux mille neuf (2009) et c'était une demande d'intervention. Alors, c'est une décision interlocutoire. Tout début d'instance. Demande d'intervention du RNCREQ.

Et vous avez à la page 4 les faits. Donc, au paragraphe 2, on nous rappelle que le RNCREQ avait fait une demande d'intervention, laquelle a été refusée. Et le quatre (4) décembre deux mille neuf (2009), le RNCREQ demande dans une lettre à la Régie de considérer des faits nouveaux, donc, l'équivalent de 37.2 et de conclure à son droit d'intervention. Et à la page 5, la Régie s'est prononcée et je débute au paragraphe 9 :

> La Régie s'est déjà prononcée par le passé sur la nature d'une demande de révision de décision interlocutoire...

Et vous avez deux références au-bas de la page. Les décisions D-2001-049 et D-2006-162. Le texte de ces décisions-là est identique au texte de celui-ci.

C'est les mêmes mots, les virgules sont aux mêmes endroits. Alors :

> La demande du RNCREQ soulève la question suivante. La décision D-2009-150 de la Régie est-elle de la nature de celle visée à l'article 37 et sa révision est-elle par conséquent limitée au cas d'ouverture et selon les conditions énoncées à cet article. Il convient tout d'abord de rappeler la distinction qui doit être faite entre une décision interlocutoire et une décision finale...

Et vous retrouvez ici l'extrait qu'on a lu ensemble de la décision du professeur Ouellette où on reprend cette distinction. Et on continue au paragraphe 11 :

> La décision D-2006-150 de la Régie est une décision interlocutoire...

Oui. Elle a été rendue en cours d'instance.

> De nature préparatoire...

Ce qui est encore plus en amont, c'est-à-dire que c'est un statut d'intervenant. Et on comprend que si quelqu'un n'a pas le statut d'intervenant, ça se termine là. Donc, il y a une finalité. On ne peut

pas lui donner le statut d'intervenant un an plus tard et rétrospectivement lui demander de poser des questions par voie de DDR, d'intervenir sur des moyens... C'est terminé pour cet intervenant. Donc, il y a une finalité. Alors, je pense que la Régie voulait réviser, si elle jugeait qu'il y avait erreur là, voulait réviser cette décision-là. Alors, elle a trouvé ce qu'elle a cherché et ce qu'elle a cherché, c'était sa compétence implicite pour le faire, quelle que soit la lecture de 37.

Alors, vous citez Ouellette d'abord. Au paragraphe 11, je l'ai lu. Le paragraphe 12 :

> Cette décision ne constitue pas une décision finale quant à l'objet et aux conclusions de la demande de l'AEÉ.

Évidemment, c'est pas une décision finale sur le dossier de fond. C'est une décision interlocutoire, parce que rendue en cours d'instance, mais qui est « finale » pour le RNCREQ.

> Il s'agit d'une décision rendue dans l'exercice de la discrétion dont dispose la Régie comme maître de sa procédure, caractéristique reconnue aux tribunaux administratifs. La Régie a une compétence implicite pour

réexaminer.

Alors, tantôt je vous ai dit : « réexamen, c'est révision ». C'est parce qu'elle a cité le professeur Ouellette et elle a vu dans ce texte de Ouellette le concept du réexamen, mais le réexamen, c'est un terme générique pour couvrir tous les recours en révision, révocation et contrôle judiciaire. Alors, quand on lit ici : « a une compétence implicite pour examiner une ordonnance de nature procédurale comme celle rendue dans la décision D-2019-150 » et la conclusion évidemment c'est d'accorder le statut dans les circonstances.

Alors, vous avez ici, pour une demande qu'on pourrait qualifier d'interlocutoire, mais quant à moi ce n'est pas le terme, dispositif, c'est pas le terme à partir duquel on doit analyser les situations. Vous avez ici une demande d'intervenant, une demande pour obtenir le statut d'intervenant qui est refusée et la Régie conclut que quel que soit le chemin que vous voulez bien utiliser, que ça soit l'article 37 ou sa compétence implicite, elle est en mesure de réviser cette décision-là.

(9 h 35)

Alors, placez-vous dans la circonstance qui

est celle d'Énergir où sa demande en vertu de l'article 34, notamment, a été rejetée. Sa méthodologie de calcul de tarif a été rejetée. Sa demande pour la fixation d'un tarif a été rejetée. Le calcul de son tarif a été rejeté et le compte de frais reportés qui a été créé ne correspond pas à la demande faite sur une question pour laquelle elle n’a jamais été entendue et qui n’a pas été motivée. Je ne reprendrai pas la plaidoirie d’hier. C’est une décision qui dispose de questions de droit, des questions de droit substantif et qui a un impact financier, notamment une désallocation de coûts.

Alors, cette décision-là, quant à son objet et quant à ses effets, et également au fait qu’elle est entachée de vice et de nullité absolue est évidemment révisable. Et si tant est que vous deviez conclure que celle-là n’est pas révisable, bien il n’y a aucune des autres décisions qui pourraient être révisées au motif qu’elles ont été rendues en cours d’instance. Et je vous soumets que cette conclusion-là serait erronée en droit, bien respectueusement dit.

Alors, voilà pour ce long commentaire préliminaire. Mais, c’était quand même important,

Monsieur le Président, parce que votre question hier était de la nature d'une irrecevabilité.

Hier, ce que vous m'avez posé comme question, ce n'était pas est-ce que notre demande est bien-fondée, c'était est-ce que notre demande est recevable. Et aucun des intervenants n'a soulevé cette question-là, mais la formation a soulevé cette question-là : est-ce que votre demande est recevable? C'est une question préliminaire.

Alors, j'ai voulu quand même répondre en détail à cette question-là qui est importante en droit. Et je pense que vous avez là tous les éléments. Et si en cours de délibéré vous aviez quelques questions que ce soit, il me fera plaisir de produire des notes et autorités écrites pour étoffer tous ces points-là. Mais, vous en avez déjà beaucoup, je pense, pour conclure à ce sujet.

Je passe à mon second point. Et un point, Monsieur le Président, qui est de nature à alléger votre fardeau au moment du délibéré.

Alors, en qualité de procureur d'Énergir, Monsieur le Président, j'ai reçu instruction hier de retirer les motifs, hein, de retirer les motifs de révision numéros 6 et 7, et par amendement

verbal, de radier, formellement radier les paragraphes 61 à 74 de la demande de révision et les paragraphes 61 à 83 du plan d'argumentation. Et un amendement écrit suivra plus tard aujourd'hui pour que votre dossier soit à jour sur la base de procédures révisées.

Cela dit, il importe, Monsieur le Président, de préciser nos motifs au soutien de cette décision de retirer ces deux motifs de révision pour dissiper tout doute quant à notre position. Et c'est important pour Énergir que sa position à nouveau soit claire.

Alors, par la décision D-2019-125 qui a été rendue le dix (10) octobre dernier, Monsieur le Président, la D-2019-125 datée du dix (10) octobre effectivement, la première formation, et vous le savez, a ordonné la suspension, et je cite :

> [...] de toutes les demandes d'approbation des caractéristiques des contrats d'approvisionnement en GNR par Énergir avec un fournisseur spécifique, jusqu'à ce que la décision soit rendue dans le dossier R-4106-2019.

C'est le dossier dont vous êtes saisi.

Alors, on lit cette décision comme vous le faites. Toutes demandes quelles qu'elles soient, sans égard aux circonstances, sont suspendues jusqu'à ce que vous ayez rendu une décision. Si vous rendez une décision en quelques jours, c'est une chose, si vous rendiez une décision dans quelques mois, c'est une autre chose.

Et vous savez comme moi que des décisions en révision, eu égard à la charge de travail que vous avez, peuvent prendre un certain temps. Alors, ça peut être des semaines, ça peut être des mois aussi. Alors, ça, c'est une réalité à laquelle nous sommes confrontés, d'une part.

Et cette suspension, Monsieur le Président, qui est générale est également indéterminée quant à sa durée et a une portée pour rendre irrecevable ou pour frapper de suspension immédiate toutes ces demandes éventuelles que nous pourrions vouloir présenter, et ce, quelles que soient les circonstances.

Et hier, dans la décision D-2019-159, la première formation a refusé, hein, elle a refusé de lever temporairement la suspension, décrétée le dix (10) octobre dernier, aux fins de se saisir d'une demande prioritaire d'approbation de quatre

1 importants contrats d'achat de GNR, et cela, en
2 dépit de faits nouveaux, en dépit de faits nouveaux
3 concernant ces contrats et l'urgence de sécuriser
4 les approvisionnements en GNR et en dépit de
5 l'amendement à la demande de révision et des
6 précisions qui ont été apportées dans le plan
7 d'argumentation pour dissiper toute ambiguïté qui
8 pouvait demeurer quant à la reconnaissance par
9 Énergir de la compétence de la Régie de l'énergie
10 pour surveiller les opérations d'un Distributeur.
11 (9 h 40)
12 Et vous avez vu apparaître ces paragraphes
13 dans le plan d'argumentation. Ces paragraphes-là
14 avaient pour objectif immédiat, évidemment, de
15 dissiper toute ambiguïté qui, quant à nous, n'était
16 pas là. Mais pour s'assurer d'une clarté, d'une
17 absence d'ambiguïté, de termes sans équivoque, nous
18 avons précisé notre position quant à ce pouvoir de
19 surveillance, ce pouvoir d'approbation et l'absence
20 de cohérence ou de contradiction dans les positions
21 que nous avions évoquées.
22 Et ce refus, hier, Monsieur le Président,
23 intervient également en dépit de l'invitation qui
24 était lancée et de l'ouverture faite à la première
25 formation, pour reconsidérer sa décision du mois

d'octobre. Je vais y revenir tantôt, mais vous avez évoqué, hier, cette possibilité plutôt que d'aller en révision, de tendre la main et de demander une reconsidération, une réévaluation.

Bien, c'est cette demande qui était formulée le dix-huit (18) novembre, de réévaluer une suspension eu égard à des faits nouveaux, eu égard à ces précisions dans le plan d'argumentation. Et cette main tendue, cette demande de reconsidération, a été rejetée, a été refusée, hier.

Maintenant, lors de votre délibéré, je vous invite à relire les motifs de ces deux décisions quant à l'ordonnance de suspension. Il s'agit des paragraphes 25 à 29 de la décision D-2019-125, et des paragraphes 24 à 28 de la décision D-2019-159.

Et ces motifs, essentiellement, peuvent se résumer en quatre thèmes. Ces suspensions sont ordonnées et je cite :

> En raison des bénéfices[...]

Et je cite à nouveau :

> [...] et d'un temps de réflexion. Un temps de réflexion.

Suite au dépôt de la demande de révision de la décision D-2019-107. Vous retrouverez ces mots à la

décision D-2019-107 aux paragraphes 25 et 28.

La première formation, également, note une démarche qu'elle qualifie d'itérative et une démarche qui serait affectée, selon elle, de divergence dans les positions juridiques qu'Énergir aurait présentées à la lumière, et je cite :

> À la lecture de la demande de révision.

Essentiellement, cette suspension est ordonnée parce que selon la première formation, il y aurait des divergences entre ce que nous aurions plaidé et sa lecture de notre demande de révision.

Un troisième motif, c'est en raison d'une déférence envers le processus de révision de la décision D-2019-107.

Et enfin, un dernier motif évoqué plus particulièrement hier dans la décision D-2019-159, c'est le risque... un risque appréhendé de jugement contradictoire sur une question de compétence.

Alors, concrètement, depuis le dix (10) octobre, admettons que ça fait presque deux mois, la première formation refuse d'examiner les importantes demandes d'approbation en raison des positions d'Énergir contenues aux paragraphes 61 à 74 de sa demande de révision. Que ça soit les

motifs 6 et 7.

Autrement dit, Monsieur le Président, la première formation a établi, en octobre, un lien direct et déterminant entre son acceptation de considérer à nouveau des demandes d'approbation et le fait qu'Énergir a exercé un droit en révision. Parce qu'Énergir a exercé un droit en révision, les portes du tribunal sont fermées. Et ça, ça a été confirmé hier, en des termes clairs dans la décision D-2019-152... est-ce que c'est 152 ou 159? 159, pour une période indéterminée jusqu'à ce que vous ayez rendu cette décision concernant nos droits en révision.

(9 h 45)

Alors, voilà une partie du volet. L'autre partie est toute aussi importante. La première formation qui a suspendu toute demande quelle qu'elle soit, sans égard aux circonstances, a également pris la position que tout contrat d'achat de GNR avec un fournisseur spécifique doit être approuvé par elle. Suggérant même dans sa décision D-2019-123 que la formation de ces contrats d'achat de GNR constitue une modification substantielle au plan d'approvisionnement, devant donc également être approuvé en vertu de l'article 72, s'agissant

d'une modification selon elle, d'une modification substantielle au plan d'approvisionnement.

Alors, en somme, Monsieur le Président, la première formation exige que tous les contrats fassent l'objet d'une approbation simultanément et au même moment où elle se refuse de se saisir de toute demande d'approbation et d'effectuer un réexamen ou un examen de ces demandes en vue de la signature de contrats par ailleurs hautement appropriés et nécessaires dans les circonstances.

Dit autrement ou encore plus courtement, en matière d'approbation d'approvisionnement de GNR auprès d'un fournisseur spécifique, la Régie a fermé ses portes pour une durée indéterminée jusqu'à ce que vous ayez disposé de nos droits en révision, jusqu'à ce que nos droits en révision soient éteints.

Et ça à l'égard d'une filière énergétique, Monsieur le Président, hautement importante pour Énergir, hautement importante pour la clientèle d'Énergir, hautement importante pour le législateur et hautement importante pour le gouvernement qui a dans sa Politique énergétique 2030 et par l'adoption de règlements envoyé un message clair que cette filière est importante et doit se

développer au Québec. Et des objectifs ont été établis, des cibles réglementaires sont fixées.

Autrement dit, Énergir, aujourd'hui, est dans l'impossibilité, dans l'impossibilité de faire progresser sa filière GNR et est à risque de perdre d'importantes opportunités d'affaires au préjudice de ses clients et à risque de ne pas rencontrer ses objectifs réglementaires. La première formation est évidemment bien informée de ces risques et de ces préjudices, mais n'entend pas examiner des demandes au cas par cas comme elle l'avait par ailleurs indiqué, y compris dans les cas où la preuve révélerait que l'imposition d'un seuil d'écart n'a aucun effet, n'a aucun effet sur la formation de ces contrats, notamment dans le cadre de transactions sur des marchés américains.

Alors, dans les circonstances, Monsieur le Président, dans l'intérêt supérieur de sa clientèle, du développement de la filière GNR au Québec et pour tenter de débloquer l'impasse actuelle créée par l'effet combiné des décisions rendues par la première formation, j'ai reçu instruction hier de retirer les motifs 6 et 7 et, par amendement, de confirmer aujourd'hui que ces motifs sont formellement retirés.

Et à ce sujet, Monsieur le Président, je voudrait être très clair. Les motifs 6 et 7 sont bien fondés. Je ne les aurais pas présentés s'ils n'étaient pas bien fondés. Je ne présente pas devant un tribunal des motifs frivoles. Ils sont bien fondés. Vous avez lu ces requêtes-là. L'imposition du seuil d'achat de vingt pour cent (20 %) constitue une forme d'ingérence dans l'exploitation de l'entreprise d'Énergir. Et cette ingérence est aggravée du fait qu'elle peut, selon les circonstances, avoir un effet dans des marchés non réglementés.

Mais à la lecture des motifs, des décisions rendues par la première formation, notamment les décisions 125 et 159, le retrait de ces motifs semble être le seul moyen disponible à Énergir pour mettre fin immédiatement à une situation paralysant les activités d'approvisionnement de GNR. Alors, en conséquence, la première formation, plutôt la seconde formation en révision n'aura pas à se prononcer, vous n'avez pas à vous prononcer, Monsieur le Président, sur les motifs 6 et 7 qui sont retirés formellement.

Et, par conséquent, et c'est le message que je vais livrer, tout risque ou crainte, réel ou

appréhendé, de jugement contradictoire entre votre décision à venir et une décision que la première formation aurait à rendre si, demain matin, elle était saisie à nouveau d'une demande d'approbation, tout risque de jugement contradictoire est sans effet, pardon, est nul et sans objet.

(9 h 50)

Il est donc, par conséquent, impossible de justifier une suspension au motif de jugement contradictoire, parce que votre décision ne peut traiter de motifs qui n'existent plus. Et deuxièmement toute considération de déférence envers le processus de révision au sens plus large est résolue en faveur de la reprise des affaires réglementaires auxquelles la clientèle a droit en matière de GNR.

Et je veux également être très clair, Monsieur le Président, nous maintenons tous les autres motifs de révision en vue d'obtenir la révision de toutes les conclusions qui sont portées en révision, parce que nous avions huit motifs, il en reste six, et chacun de ces motifs à lui seul justifie la révision des conclusions qui sont visées. Alors, la demande de révision demeure et les conclusions demeurent les mêmes. Nous ne

retirons que deux motifs.

Monsieur le Président, hier, je vais terminer là-dessus, vous avez évoqué hier une avenue alternative. Vous avez évoqué que nous pourrions non pas faire valoir des droits en révision, mais demander une réévaluation, une reconsidération, je pense.

À ce sujet, nous avons demandé le onze (11) septembre deux mille dix-neuf (2019), vous y avez fait référence vous-même, nous avons demandé le onze (11) septembre deux mille dix-neuf (2019) que la première formation reconsidère, réévalue le calcul du tarif GNR. Cette demande de reconsidérer, pour reprendre vos mots, a été rejetée par la décision D-2019-120.

Un petit peu plus tard, le dix-huit (18) novembre, nous avons de nouveau tendu la main et demandé à la première formation de reconsidérer une suspension générale. Parce que c’est assez particulier de suspendre ce dont on n’est pas saisi. Parce que, habituellement, un tribunal suspend une demande dont elle est saisie. Un tribunal ne suspend pas ce qu’il ne peut suspendre parce qu’il n’en est pas saisi.

Cette suspension générale qui aurait pu

faire jaser, cette suspension générale vise tout pour une période indéterminée. Le tribunal a fermé ses portes. La Régie n'est plus en affaire sur le GNR aux fins de l'approbation d'un contrat d'approvisionnement au plan. L'étape B s'en vient. Mais aux fins de l'approbation d'un contrat d'approvisionnement avec un fournisseur spécifique en raison de l'urgence, en raison des circonstances, en raison des particularités de ce contrat-là, c'est suspendu de façon définitive.

Mais nous avons demandé le dix-huit (18) novembre de reconsidérer cette suspension, une approche compatible avec votre suggestion hier. Et cette demande de reconsidérer dans des circonstances spécifiques a été rejetée le matin même où je me présentais devant vous pour faire valoir nos droits en révision.

Alors, Monsieur le Président, nous allons donner suite pour une troisième fois à votre suggestion. Nous avons retiré les motifs 6 et 7 en date de ce matin. Et je pense que nous allons demander à la première formation de reconsidérer sa position eu égard au retrait des motifs 6 et 7. Et j'espère que cette troisième tentative sera plus heureuse que les deux dernières.

Alors voilà pour mon commentaire introductif, Monsieur le Président. Et, là, si vous me permettez, je prendrais une pause de quelques minutes, m'assurer que les gens d'Énergir n'ont pas de commentaires particuliers sur mes représentations et je reviendrai avec le motif 8 et le dernier motif qui traite le fondement du rejet de la méthodologie. Et j'aurai terminé, je pense, dans une heure.

LE PRÉSIDENT :

Donc, on va prendre une pause, si vous voulez bien. On va prendre la pause tout de suite.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Alors, on va prendre, je vous dirais quinze (15) minutes. Ça vous va?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Parfait. Merci. On se revoit dans quinze (15) minutes.

SUSPENSION DE L'AUDIENCE

_____

REPRISE DE L'AUDIENCE

(10 h 20)

REPRISE DE L'AUDIENCE

LE PRÉSIDENT :

Oui, on continue avec vous, Maître Dunberry.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Alors, rebonjour, Monsieur le Président, Madame, Messieurs les régisseurs. Alors, nous sommes au huitième motif, c'est au paragraphe 84 du plan d'argumentation. Et ce motif traite de désallocation.

Alors, nous alléguons, nous vous soumettons que la première formation a erré en imposant le seuil d'écart et une désallocation de coûts en contraventions et règles des principes jurisprudentiels établissant la norme de la décision prudente.

Alors, vous vous rappellerez, le paragraphe 158 que nous avons lu ensemble hier, et il est repris d'ailleurs dans le plan, au paragraphe 84 et où la première formation indique et je la cite :

> Qu'il est plus prudent de limiter la possibilité de générer des écarts en imposant une limite aux contrats d'acquisition qui pourront être

comptabilisés à l'intérieur de ce compte d'écart.

Alors, on doit comprendre de ce motif, qui est assez déterminant dans la décision d'ailleurs. On doit comprendre que pour la première formation, il serait imprudent de tolérer qu'Énergir puisse générer des écarts excédants vingt pour cent (20 %) du Tarif GNR qu'elle a elle-même imposé.

Alors, l'emploi du mot « prudent », Monsieur le Président, n'est pas sans conséquence. La première formation croit qu'il est plus prudent d'imposer une limite quant à la possibilité de générer des écarts.

Ainsi, la Première formation[...] Et je suis au paragraphe 86, la première formation préjuge et affirme, dans un vide factuel, et signale à son Distributeur que l'achat de GNR générant un accord de vingt pour cent (20 %) du Tarif GNR qu'elle lui impose serait imprudent.

Alors, Énergir a deux choix, dans une circonstance comme celle-là. Évidemment, c'est de se conformer et donner effet au seuil d'écart et se limiter aux situations de marchés qui lui permettent, le cas échéant, de conclure des ententes à des prix ne générant pas des écarts de

cette nature.

Ou alternativement, dans les cas qui le justifient aux yeux de ses gestionnaires, d'acheter du GNR sous conditions d'accepter une désallocation de coûts de financement correspondants à la somme de deux montants, soit un premier montant égal à la différence entre le prix contractuel négocié et le Tarif GNR majoré de vingt pour cent (20 %), et d'un second montant égal à la rémunération perdue sur le premier montant non comptabilisé dans le CFR.

Au paragraphe 88, je vous référais et qualifiais le premier cas. Je ne le ferai pas eu égard au retrait du motif en question. Et au paragraphe 89, par contre, j'aimerais débattre, discuter avec vous de cette forme de désallocation de coûts qui intervient, et ce, en violation des règles de droit qui sont applicables. Et on réfère ici, aux règles de droit qui sont relatives à la norme de la décision prudente.

Et au paragraphe 90, je rappelle, de façon sommaire, que la prudence d'une décision s'évalue par la Régie, généralement lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif en tenant compte de l'ensemble des circonstances qui sont pertinentes et que le Distributeur connaissait ou aurait dû connaître au

moment de prendre sa décision. Donc, sans effet recul, sans « hindsight » pour reprendre le terme anglais, sauf une stipulation législative le permettant.

Et au paragraphe 91, je vous réfère à un certain nombre de décisions où la Régie, dans le passé, a adopté les principes établis ailleurs, d'ailleurs, par des tribunaux de droit commun, des tribunaux judiciaires, mais également par d'autres régulateurs dont la Commission de l'Ontario, pour encadrer ce qui a été requalifié de la norme de l'investissement prudent ou de la norme de la décision prudente.

Et j'aimerais vous référer à quelques décisions qui vont vous permettre rapidement d'en juger. La première se retrouve à l'onglet 32, c'est la décision Sainte-Sophie, et on n'est vraiment pas très loin de notre sujet parce que, vous vous rappellerez que cette décision visait la construction d'installations pour capter le biogaz en provenance d'un site d'enfouissement à l'époque, situé à Sainte-Sophie.

(10 h 25)

On retourne en deux mille seize (2016), donc c'est relativement précurseur. C'est un

premier projet, je pense, d'ailleurs. Et vous avez, à l'onglet 32, cette décision de la Régie des régisseurs Pepin, Frayne et Rozon. Et dans cette décision-là, à la page 12, c'est à l'onglet 32 de notre cahier d'autorité, nous avons la formulation de ce test de la norme de prudence.

Alors, aux paragraphes... En fait, il ne sont pas numérotés, mais immédiatement sous le titre 7.3.1, on nous rappelle que le projet Ste-Sophie/St-Jérôme a fait l'objet d'une autorisation de la Régie dans un dossier identifié. La requête avait été déposée en mars deux mille quatre (2004) et la décision rendue en juin deux mille quatre (2004). Cette demande d'approbation visait la mise en oeuvre d'un contrat de distribution intervenu le quatorze (14) novembre deux mille trois (2003), avec Cascades, convenant de livrer à SCGM le gaz généré par le site d'enfouissement Biogaz situé à Ste-Sophie et SCGM consentait à distribuer à Cascades à l'adresse des installations le gaz de cette dernière.

Et ce qui était survenu, c'est qu'en cours de réalisation de ce projet-là, d'importants dépassements de coûts avaient été observés et vous avez le tableau à la page 13 où on voit ce

dépassement de coûts qui atteignait soixante-dix pour cent (70 %) pour des raisons qu'à l'époque Gaz Métro avait bien expliqué, bien justifié. Et à la page 15 de cette décision, vous avez la formulation du test de prudence qui est le test qui avait été développé dans le cas d'Enbridge, décision phare sur le sujet et on retourne à deux mille six (2006) évidemment et la Régie avait adopté des principes généraux encadrant le test de la prudence et vous avez ces quatre principes au milieu de la page 15. Le premier est que la décision :

> Made by the utilities' management should generally be presumed...

Donc, il y a une présomption qui n'est pas irréfragable. Une présomption que la décision d'un gestionnaire est présumée prudente. Elle est prudente à sa face pour les faits sur la base desquels elle est fondée. Le point 2 :

> To be prudent a decision must have been reasonnably under the circumstances that were known or to have been known to the utility at the time of the time it was made. Hindsight...

Le recul.

> ...should not be used in determining prudence although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.

Et enfin :

> Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry in that the evidence must be concerned with the time the decision was made. It must be based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time.

Alors, on doit se remettre à la position où le gestionnaire était sur la base des faits qu'il connaissait ou aurait dû connaître et s'interroger, de façon rétrospective, mais sur la base des faits qui étaient connus et non pas la base des faits ultérieurs, pour juger de cette norme de prudence. Et la prudence étant présumée, une allégation d'imprudence doit être faite, un débat s'engage, une preuve est introduite, des faits sont révisés et il y a une détermination sur le caractère prudent ou imprudent de la décision qui a été prise. Et à la page 16, la Régie conclut :

> La détermination de la prudence d'un investissement ne doit pas se faire en rétrospective. Cependant, la présomption de prudence peut être écartée sur la base des résultats de la décision des gestionnaires.

Alors, il y a un choix de mots ici qui doit être compris. C'est sur la base des faits connus au moment où la décision a été prise. Alors, c'est pour ça qu'elle ne doit pas se servir de faits qui étaient inconnus au moment où elle a été prise, comme par exemple, un dépassement de coûts. Alors, au temps 1, la Régie approuve une demande. Au temps 25, des dépassements de coûts sont observés.

Ces dépassements de coûts-là ne veulent pas nécessairement dire que la décision était imprudente et ce n'est pas parce que ces faits-là son connus au moment de la décision, mais inconnus par les décideurs, lorsqu'ils ont évalué la situation, que ces faits doivent par ailleurs être déterminants dans l'évaluation.

Alors, voilà le test de prudence. Vous avez à la page 22 de cette même décision-là, vous avez le remède qui est retenu par la première formation. Alors, à la page 22 :

1 Ayant conclu à l'imprudence de
2 l'investissement, la Régie doit
3 déterminer le remède à apporter.
4 Deux paragraphes plus bas.
5 Les coûts supplémentaires reliés à
6 l'abaissement de la température du
7 biogaz sont rapportés dans le rapport
8 des suivis du projet Ste-Sophie/St-
9 Jérôme.
10 Ces coûts supplémentaires s'élèvent à trois virgule
11 cinq millions et quelques dollars (3,5 M$). Et au
12 paragraphe suivant ou deux paragraphes suivants :
13 La Régie conclut que le montant de
14 trois virgule cinq millions (3,5 M$)
15 doit être retiré de la base de
16 tarification et inclut un montant d'un
17 million cent mille dollars (1,1 M$)
18 qui est à venir et la clientèle ne
19 doit pas assumer ou supporter un
20 investissement jugé imprudent.
21 (10 h 30)
22 Alors, la sanction, le remède de l'imprudence,
23 c'est la désallocation. C'est l'exclusion de la
24 base de tarification. Donc, le transfert à la
25 charge de l’actionnaire d’une dépense ici de

quelque trois virgule cinq millions de dollars (3,5 M$).

Le régisseur Pepin était en désaccord, non pas sur la norme de prudence qu'il adopte lui-même, mais sur le résultat de l'analyse. Et vous pouvez retrouver sa dissidence à la page 22 et la page 23. Et je me permettrais de lire le seul et dernier paragraphe qui est pertinent aux fins d'accélérer le débat, et je le cite :

> Il en découle trois concepts clefs pour la présente décision, à savoir que [...] les décisions des gestionnaires de SCGM sont présumées prudentes tant qu'elles ne sont pas renversées par une analyse basée sur des faits probants, [...] une décision prudente est fondée sur une appréciation raisonnable des faits portés à la connaissance du gestionnaire et des faits qu'il aurait dû connaître lors de sa prise de décision et [...] l'analyse de la prudence ne doit pas être faite en rétrospective avec la connaissance des faits postérieurs à la décision. Elle

> se limite à l'analyse des faits qui ont, ou auraient dû, influencer la décision du gestionnaire.

et

> Enfin, le test vise à apprécier la prudence de l'investissement de SCGM. Il ne vise pas à sanctionner...

il ne vise pas à sanctionner

> ... le processus réglementaire ou la relation entre SCGM et la Régie. De telles critiques ne doivent pas influencer la présente décision.

Alors, la désallocation ne doit pas être une sanction de la conduite du gestionnaire dans sa relation avec son régulateur ni, évidemment, être une sanction d'un processus réglementaire.

Mais, au niveau du choix de la norme de... du test de prudence, de la norme de la prudence, il y a unanimité. Cette décision-là a déplu à l'époque et elle déplaît pour les raisons qui sont évoquées dans la demande de révision qui est à l'onglet 33.

Et il y a eu une demande de révision qui a été portée par Énergir immédiatement devant trois autres régisseurs, c'est la décision D-2007-024. Et la révision a été... a été accordée. On a jugé

qu'il y avait eu une application inappropriée du test de prudence, et vous avez les motifs à la page 8. Et si vous allez à la page 8, vous allez constater que cette seconde formation reprend le test de prudence. C'est à la page, en fait, à la page... oui, à la page 8, section 4.3 « Le test jurisprudentiel de prudence ». Et on reprend l'extrait déjà cité de l'affaire Enbridge et on énonce les quatre mêmes principes.

Alors, vous êtes donc en face d'une deuxième décision où trois nouveaux régisseurs adoptent le même test de prudence. La révision n'a pas porté sur la définition de la norme de prudence. Mais, sur son application, on a jugé que la première formation avait jugé sur la base de faits postérieurs. Et vous avez cette analyse aux pages 9 et suivantes.

Et vous avez également dans cette décision-là une dissidence du régisseur Carrier qui conclut pour des raisons différentes de la même façon et qui reprend également, c'est à la page 23 jusqu'à la page 31, qui fait une analyse un peu différente, avec des nuances, mais qui reprend lui-même le même test de prudence, la même norme de prudence et confirme qu'il s'agit là de la règle de droit.

Et une dernière décision, c'est à l'onglet 34, plus récente celle-ci, une décision D-2015-088. C'est une demande de révision d'Énergir qui s'était vu refuser la reconnaissance de certaines charges d'exploitation lors de l'examen du rapport annuel.

Et vous avez l'analyse et le cadre juridique appropriés à la page 24. Et vous allez encore une fois retrouver ici la formulation du test de prudence évoquée pour la première fois dans la décision Sainte-Sophie D-2006-111. Alors, c'est à la page 24. Vous avez à la page 25 l'énoncé de ce même test. Et au paragraphe 109, vous avez... à la page 27 plutôt, au paragraphe 109, vous avez la conclusion, et je vais me permettre de la lire :

> [109] Il est utile de préciser que la Norme de prudence s'applique autant aux dépassements de coûts dans les investissements que dans les dépenses d'exploitation, tel que l'indiquait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire Power Workers' Union [...]

et la citation est là. Et au paragraphe 110 :

> Gaz Métro bénéficie donc d'une présomption de prudence à l'égard des dépenses réellement engagées,

présomption qui peut être écartée par une preuve contraire. Le simple fait que Gaz Métro ait engagé des charges d'exploitation supérieures au montant autorisé initialement n'est donc pas un motif suffisant pour écarter la présomption de prudence.

(10 h 35)

Et aux paragraphes 115 et 116, vous avez la conclusion où on confirme le non-respect de la règle... de la norme de prudence. Alors, vous avez ici neuf régisseurs. À l'époque, c'était peut-être l'ensemble des régisseurs disponibles à la Régie. Vous aviez neuf régisseurs qui ont exactement conclu la même chose. Alors, cette norme, elle est connue, reconnue, bien ancrée dans la jurisprudence de la Régie. Et lorsque l'on veut désallouer des coûts d'exploitation, des coûts en capital, il faut suivre cette règle de droit, cette norme qui nous permet d'être entendu, de faire des représentations et de déterminer sur la base des faits probants s'il y a eu prudence ou imprudence.

Et je vous invite à me rejoindre au paragraphe 92 du plan d'argumentation où je résume l'état du droit sur le sujet.

> Ainsi, selon la jurisprudence de la Régie fondée sur sa loi habilitante, un distributeur tel Énergir : bénéficie d'une présomption que ses décisions sont prudentes, cette présomption pouvant être repoussée par une preuve contraire fondée sur des motifs raisonnables; et lorsque requis, Énergir est en droit d'être entendu et de présenter une preuve relative à l'ensemble des faits et circonstances établissant la prudence de ses décisions.

Or, qu'est-ce qui se produit ici en l'instance, Monsieur le Président? En imposant le seuil d'écart de vingt pour cent (20 %), la première formation a renversé le fardeau, a renversé le fardeau de la preuve en préjugeant que tout écart de vingt pour cent (20 %), alors tout prix d'achat débordant, dépassant, excédant de vingt pour cent (20 %) le tarif GNR qu'elle a elle-même imposé, est imprudent. Elle a préjugé dans un vide factuel que tout écart excédant vingt pour cent (20 %) est imprudent en sachant que le tarif qu'elle imposait était considérablement inférieur

au prix de marché.

Alors, cet écart de vingt pour cent (20 %) produit des effets. Et, par ailleurs, elle a privé Énergir de son droit d'être entendu et de présenter une preuve relative à l'ensemble des faits et des circonstances établissant la prudence de ses achats. Alors, vous avez ici par l'imposition d'un seuil d'écart au motif de la prudence d'agir ainsi un renversement du fardeau où il est présumé imprudent de conclure à des prix de marchés.

Et si tant est que vous deviez avoir un doute quant à cette affirmation-là, je vais vous référer à l'un des paragraphes du plan. C'est le paragraphe 43, 43 du plan d'argumentation. Moi, c'est ma page 20, mais je n'ai pas les mêmes numéros de page que vous. C'est le paragraphe 43.

Alors, on dit au paragraphe 43 : Or, au moment d'imposer ce seuil d'écart, la première formation sait ou aurait dû savoir, eu égard à la preuve, que la méthodologie de calcul du tarif GNR qu'elle impose au Distributeur résultera en des tarifs considérablement inférieurs à ceux proposés par Énergir, tenant compte de la valeur du GNR et des réalités du marché.

Et dans sa propre décision, au paragraphe

162, la Régie, la première formation fait un calcul et elle indique que, en retenant les paramètres énoncés à la section 5.1 de sa décision et en prenant en compte les données réelles et les prévisions les plus réalistes d'Énergir, la première formation évalue à trente-six sous le mètre cube (,36 ¢/m3) le tarif GNR pour la période du dix-neuf (19) juin a trente (30) septembre alors que le tarif GNR proposé par Énergir est de trente-neuf virgule neuf huit cents par mètre cube (,39,89 ¢/m3), soit donc onze pour cent (11 %) plus élevé; et pour la période de deux mille dix-neuf, deux mille vingt (2019-2020), elle évalue, la première formation à quarante et un virgule zéro cents par mètre cube (,41,0 ¢/m3) le tarif GNR alors qu'Énergir proposait un tarif plutôt dans les environs du cinquante cents le mètre cube (,50 ¢/m3), soit vingt-trois point sept pour cent (23,7 %) plus élevé.

(10 h 40)

Et lorsque dans sa décision D-2019-120, elle a fixé le tarif sur la base des données réelles, réévaluées par Énergir en suivi de la décision D-2019-127, on s'aperçoit que le tarif qu'elle fixe, pour la période du dix-neuf (19) juin

au trente (30) septembre deux mille dix-neuf (2019), est de trente et un virgule quatre-vingt-trois sous le mètre cube (31,83 ¢/m3), alors que le Tarif GNR proposé par Énergir est de trente-neuf virgule neuf pour cent (39,9 %), soit vingt-cinq pour cent (25 %) plus élevé et que le tarif pour l'année deux mille dix-neuf, deux mille vingt (2019-2020) sera et a été fixé à trente-quatre sous virgule treize le mètre cube (34,13 ¢/m3) alors que le Tarif GNR proposé par Énergir est de cinquante virgule quatre (50,4 ¢/m3) soit quarante-huit point sept pour cent (48,7 %) plus élevé.

Alors... et vous avez également la preuve dont certains éléments sont confidentiels, quant aux prix de marché et aux prix négociés par Énergir dans les demandes d'approbation qu'elle a présentées, et il y en a eu quand même un certain nombre, vous pourrez y référer.

Alors, la situation factuelle est à l'effet qu'au moment où elle impose ce seuil de vingt pour cent (20 %), il est fort probable, et en toute probabilité, que ce seuil d'écart mène à des prix inférieurs à des prix de marchés. Et elle met donc Énergir dans la situation où elle juge imprudent, dans un vide factuel, de façon prospective et

préemptive, de conclure des contrats sans égard aux circonstances, à des prix générant des écarts de vingt pour cent (20 %).

Alors, je vous soumets, et c'est là la conclusion, qu'en agissant ainsi, la première formation a ignoré, complètement ignoré, les règles de droit que la Régie a elle-même adoptées, dont neuf régisseurs ont adoptées de façon unanime, au cours des derniers quatorze (14) ans là. Et que cette règle de droit s'est inversée.

On a présumé imprudent, dans un vide factuel, ce qu'elle ne pouvait pas juger. En l'absence de faits, on a renversé le fardeau et si tant est qu'un jour, Énergir signait un contrat au-delà du seuil de vingt pour cent (20 %), bien, à la lumière de la décision D-2019-107, il serait à risque de voir cet achat, en partie, désalloué sous réserve, peut-être, de son droit de se présenter et de tenter de convaincre bien que finalement, il n'était pas imprudent de convenir d'un contrat à un prix supérieur au tarif majoré de vingt pour cent (20 %). Mais là, il y a un renversement de fardeau. Dépendant de cette période-là, bien, évidemment, une désallocation de coûts a été ordonnée parce qu'Énergir aura fait l'achat prudent, dans

l'intérêt de sa clientèle, mais que la première formation a déjà, elle, préjugé comme étant imprudent.

Alors, posez-vous la question : Est-ce qu'une formation de la Régie, sans connaître les circonstances, est-ce que le gaz a été acheté sur le marché québécois? Est-ce qu'il a été acheté sur le marché américain? À quel prix a-t-il été payé? Quelle est la durée? Quelle est la quantité?

La première formation ignorait ces caractéristiques à l'égard de contrats futurs. Vous les ignorez, mais elle a jugé, de façon arbitraire, qu'au-delà de vingt pour cent (20 %), cétait imprudent.

Encore hier, je disais : Mais pourquoi vingt pour cent (20 %)? Pourquoi pas trente pour cent (30 %)? Quarante pour cent (40 %). Alors, il y a une décision quant au vingt pour cent (20 %) qui est arbitraire, qui est non motivée, mais qui opère un renversement du fardeau de la décision prudente, Monsieur le Président.

LE PRÉSIDENT :

C'est sur le thème employé « prudent » au paragraphe 158, si je regarde, si je vous emmène, Maître Dunberry, au paragraphe 157.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

On dit que c'est une autorisation provisoire puis que ça ne signifie pas que la Régie autorise explicitement la création... Bon, puis là, on arrive au 158. Et si je remplaçais... Parce que pour moi, le terme « prudent », je pourrais lire que ça ne fait pas nécessairement référence au test de prudence que vous évoqué.

Si je dis : D'ici les déterminations... parce qu'on s'entend qu'on est dans une sauvegarde, on essaie d'agir, de donner des outils à l'assujetti pour qu'il puisse fonctionner. Alors, si on disait : 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 judicieux, raisonnable.

On est toujours dans un contexte, ici là, de décisions provisoires. On va faire le débat au fond, on veut que le débat se fasse au fond, mais on ne peut pas le faire maintenant. Si on le fait maintenant, il n'y aura pas de décision. Alors, ça ne serait pas plutôt ça le sens du terme « prudent », à 158?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Monsieur le Président, lorsque je lis ces paragraphes-là, essentiellement, c’est qu’on veut établir un seuil, un prix maxima... un prix maximum d’achat de GNR. Au-delà de ce seuil-là, il y a une conséquence. La conséquence, le remède imposé, c’est une exclusion des montants du compte de frais reportés.

(10 h 45)

Alors, vous avez... la situation est la suivante. La première formation se préoccupe de la capacité d'Énergir de recouvrer ces montants-là. Au paragraphe 157, on nous dit s'il n'y a aucune limite, s'il n'y a aucun seuil, aucune pondération, Énergir pourrait avoir pour effet des achats... Faut lire la phrase. « 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 avoir pour effet des achats de GNR à des prix largement supérieurs au Tarif GNR». Et ça quand elle dit ça, c'est parce qu'elle est bien consciente que les prix de marché sont largement ou peuvent être largement supérieurs au tarif qu'elle impose qui est déraisonnablement bas eu égard à la preuve...

LE PRÉSIDENT :

Mais continuons.

Me ÉRIC DUNBERRY :

« Générerait d'importants écarts, sans avoir la certitude que ces achats pourraient être entièrement récupérés ». Alors, la préoccupation ici c'est un déséquilibre entre les coûts à l'achat et la faculté de recouvrer par des revenus émanant de la clientèle. Donc, un écart entre les coûts d'achat et les revenus générés par la revente du gaz. Cet écart la préoccupe et pour gérer ce risque d'écart-là, elle établit un prix à partir duquel elle considère qu'il y a un achat imprudent. Un achat... Je retire le mot « imprudent ». Un achat qui n'est pas judicieux. Qu'un gestionnaire bien informé ne devrait pas procéder à une acquisition générant ce niveau d'écart-là selon sa propre lecture de la situation.

LE PRÉSIDENT :

Mais, Maître Dunberry, ce n'est pas... On ne serait pas en face d'un cas patent de l'application de l'article 5 où ce que le législateur a demandé aux régisseurs c'est de prendre en compte, bien entendu, les besoins des assujettis, mais aussi de prendre en compte les consommateurs, puis prendre

en compte plein de choses. C'est un peu ça que l'article...

En fait, ce que les paragraphes 157 et 158 dans une lecture que je peux en faire, c'est qu'il y a eu de la part de la première formation... Ils ont regardé la situation, puis ils ont essayé de prendre en compte les besoins de tout le monde. Et je vous réitère qu'on est dans une demande de sauvegarde. Alors, on a une preuve prima facie. On essaie d'aller rapide, pour essayer de sauvegarder les droits, puis pour sauvegarder les droits, il faut qu'il y ait une apparence de droit. On convient vous et moi de ça. On a dit oui, mais comme l'article 5 nous dit qu'on doit prendre en compte d'autres choses, bien là, on met une question de raisonnabilité pour essayer de faire en sorte que si jamais il y avait des coûts échoués, que ça ne soit pas une clientèle qui n'est pas nécessairement... Qui ne consomme pas nécessairement de GNR, parce que rien ne se perd et ne se créé là. Le gaz un coup qu'il est dans le tuyau, un moment donné, il va servir, puis quelqu'un va le payer.

Alors, c'est peut-être tout ça aussi. C'est pour ça que je vous ai bien lu et je vous ai bien

entendu et vous êtes fortement convaincant, mais pour moi, le terme « prudent » là, je pourrais le remplacer par autre chose. À mon avis, on n'a pas voulu inciter ou dire qu'Énergir serait imprudent.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui. Je vais vous dire ceci, Monsieur le Président. Le mot « prudence » n'est pas le déclencheur de ma réflexion quant à l'application de la norme de prudence. Les américains utilisent l'expression : « Si ça a l'air d'un chat, si ça marche comme un chat, puis ça miaule comme un chat, c'est peut-être un chat. ». Regardons ce que nous avons comme créature ici. Vous avez un régulateur qui caractérise une situation et qui applique un remède. La caractérisation de la situation c'est qu'il serait imprudent, non judicieux, déraisonnable, risqué, téméraire, utilisez le mot que vous voulez. Il serait téméraire... Il y a une évaluation de la prudence, du caractère téméraire, du caractère raisonnable. Utilisez le mot que vous voulez et après avoir fait cette évaluation-là, impose un remède. Le remède, c'est l'exclusion du CFR et l'absence de toute rémunération pour des montants pour éviter que la clientèle ne soit impactée, notamment, au niveau de l'établissement

des tarifs.

Alors, vous avez la caractérisation d'une situation et un remède. Le remède est le remède que la Régie a retenu pour sanctionner l'imprudence au sens de la norme de prudence. La caractérisation est de la nature des caractérisations faites dans le dossier Ste-Sophie, dans le dossier D-2015-188 qu'on a vu.

(10 h 50)

Alors, ce qui a été qualifié relève de la nature de l'exercice, de l'examen, de la conduite prudente ou imprudente. Le remède est le même que celui qui est retenu, lorsque l'on veut sanctionner la conduite imprudente d'un gestionnaire, c'est-à-dire une désallocation.

Dans Sainte-Sophie, on a retiré des coûts de construction, de réalisation de travaux de la base de tarification. Dans le dossier d'Énergir, on avait retiré pour un point deux million (1,2 M$) de charges d'exploitation. On les désalloue pour sanctionner.

Alors, si le remède est le même que celui que la Régie retient lorsqu'elle examine la prudence d'un investissement au sens de la norme de prudence, et quand l'exercice intellectuel de

qualification est de la nature d'un examen de la conduite de son gestionnaire dans ses interventions sur un marché pour des achats, que ce soit en coûts de capital ou que ce soit... vous avez ici, sans qu'on utilise le mot « prudence », vous avez l'intervention d'un régulateur qui vous dit ceci, si vous faites cela, nous allons le désallouer. Parce que sur la base d'un concept de prudence, ça nous paraît inapproprié dans ce contexte actuel.

Le seul élément additionnel, c'est le caractère provisoire. Parce que vous revenez, Monsieur le Président, à nouveau sur cette question provisoire. Mais que ce soit interlocutoire ou provisoire, les règles de droit s'appliquent. Et que ce soit pour quelques semaines, quelques mois ou quelques années, lorsqu'une décision est prise, elle doit être motivée, elle doit être fondée sur le droit des parties d'avoir été entendues. Elle doit également refléter la norme de prudence.

Alors, si vous me dites, parce qu'elle est provisoire, et si vous étiez d'accord avec moi qu'il y a ici un exercice de la nature de ce qui est couvert et protégé par la norme de prudence, hein, êtes-vous prudent, si vous ne l'êtes pas, on désalloue; si vous êtes d'accord avec cette

caractérisation-là, encore fallait-il que la Régie dans cette décision-là dise, écoutez, il y a quand même quelques règles, hein, il y a quand même quelques règles ici.

Est-ce que, messieurs de chez Énergir, vous pourriez vous faire valoir... pourriez-vous faire valoir des arguments quant à l'application de ce que je me propose de faire, c'est-à-dire est-ce qu'il y a ici une présomption de prudence? Est-ce que, selon vous, ces achats-là sont prudents? Et les gens d'Énergir auraient peut-être répondu, vous savez, Madame la Présidente, de la première formation, vous imposez un seuil de vingt pour cent (20 %), pourquoi pas trente (30 %)%? Est-ce que ça serait plus prudent trente (30 %)? Est-ce que ça ne serait pas plus prudent vingt-cinq (25 %)?

Quel est le seuil à partir duquel ça devient prudent ou imprudent? Et c'est ça la décision de Sainte-Sophie. C'est de dire, écoutez, là, regardons les faits. Alors, quelle que soit la caractérisation que vous voulez donner, et même si cette décision-là ne produit des effets que pendant quelques mois, elle est néanmoins vicié d'une erreur de droit. C'est-à-dire que la première formation a imposé une forme de remède qui n'était

pas recherchée pour sanctionner de façon préemptive une conduite qu'elle jugeait imprudente.

LE PRÉSIDENT :

Vous venez d'arriver où je voulais que vous arriviez. La différence entre Sainte-Sophie puis l'autre dossier du rapport annuel que je présidais...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

... c'est que les dépenses avaient déjà été faites. On s'entend.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Ici, là, on fait juste dire, pour un temps X, on pense qu'il serait plus judicieux de vous en tenir à Y. C'est quand même différent des deux cas d'espèce que vous avez nommés.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui. Mais ça aggrave la situation parce que, selon la norme, il faut regarder la décision sur la base des faits. Et donc, nécessairement, lorsque la décision a été prise... Et je ne reviendrai pas sur l'argument d'ingérence, mais de dire de façon

préemptive, là, écoutez, sans être en mesure d'évaluer quoi que ce soit...

LE PRÉSIDENT :

Hum, hum.

Me ÉRIC DUNBERRY :

... si, par exemple, Énergir se présente demain avec une nouvelle demande d'approbation d'un contrat, le prix négocié sur les marchés américains est de cinquante sous le mètre cube (50 ¢/m3), et vous êtes toujours en délibéré et, là, la première formation dit, écoutez, je vous ai dit qu'un prix de cinquante sous le mètre cube (50 ¢/m3), c'est imprudent. Avez-vous lu ma décision D-2019-107? Vous vous présentez pour l'approbation d'un contrat à un prix de cinquante sous le mètre cube (50 ¢/m3) et je vous ai déjà dit que le tarif que je vous impose, plus vingt pour cent (20 %), ça donne quarante sous le mètre cube (40 ¢/m3), vous êtes à cinquante sous le mètre cube (50 ¢/m3), alors c'est imprudent. Je vous l'ai dit dans la D-2019-107. Puis si vous signez ce contrat-là, je vais désallouer ces sommes-là, du moins pour une période, et ça ne sera pas dans le compte de frais reportés, ça ne sera pas rémunéré. Puis bonne chance.

Alors, à ce moment-là, qu'est-ce que va faire Énergir? Elle va dire, écoutez, là, est-ce que je peux tenter de vous convaincre que, dans les circonstances, eu égard à la durée, le volume et le prix, c'est une bonne idée d'acheter ce gaz à cinquante sous le mètre cube (50 ¢/m3) dans l'intérêt des Québécois. C'est sur le marché américain. Puis vous savez, votre seuil d'écart sur le marché américain.

(10 h 55)

Ça n'a pas beaucoup d'effet, ça ne fait aucun effet. Le marché là, la grosse société américaine qui revend du gaz naturel, gna... gna... gna... Elle va vous dire : « Écoutez, vous voulez payer combien? Puis si vous n'achetez pas, je vais vendre ça au prochain parce qu'il y en a dix (10) qui sont là pour acheter ce gaz-là, là.

Alors, là vous savez, les gens d'Énergir vont acheter à un prix de marché. Ils vont venir voir la formation et dire : Écoutez, c'était une excellente décision. Mais ça, c'est la preuve que c'est dans la séquence que ça doit se jouer parce que si on empêche Gaz Métropolitain de signer ce contrat-là parce que c'est une décision qui serait imprudente alors qu'elle est, dans les faits,

prudente, on a clairement agi en violation de la norme de la prudence.

Les faits sont...Les faits les plus importants, c'est lors de l'examen d'une décision, par exemple, qu'on juge de ces faits là ou lors d'une demande d'approbation, si tant est que le première formation voulait faire un débat sur la prudence de l'investissement.

Bien, un débat pourrait être fait, mais si on veut faire un débat, il faut donner à Énergir la faculté de faire une preuve, de se faire entendre, de faire des représentations. Alors... mais dans ce cas-ci, de dire que tout achat en sol américain à un prix supérieur du tarif imposé plus vingt pour cent (20 %) est imprudent, au plan juridique c'est un non sens.

Puis Monsieur le Président, mettez-vous dans les souliers... Je vous pose la question, Madame Falardeau, Monsieur Émond là, je vous pose la question là. Je vous présente un contrat, vous n'avez aucune idée de son contenu, des circonstances, mais vous déclarez que c'est un contrat imprudent. Seriez-vous à l'aise? Manifestement non parce que vous n'êtes pas en mesure de juger ou non de la prudence d'un

investissement.

Ça, c'est comme flipper un vingt-cinq sous (25 ¢). Vingt pour cent (20 %), c'est imprudent, on se reverra plus tard. Ce n'est pas de même que ça marche. En droit, il y a une norme qui s'applique puis cette norme-là doit recevoir son application.

Alors, j'ai plaidé l'absence de motif sur ce point-là, j'ai plaidé le défaut d'avoir été entendu et ça, ce huitième motif-là, c'est le fait qu'avant de désallouer des coûts, il faut quand même donner aux gestionnaires la possibilité de bénéficier d'une présomption de prudence et de répondre à une allégation d'imprudence.

Et c'est ça la norme de la décision raisonnable. Et que cette décision-là, Monsieur le Président, ait des effets purement provisoires, bien, ça ne change pas le fait que des règles doivent être appliquées. C'est ça le point numéro 8. Et vous avez trois décisions, neuf régisseurs unanimes qui ont bien encadré ce point de droit-là, il n'y a pas d'erreur sur le droit applicable.

Alors, ça c'était le huitième point, Monsieur le Président. Et à moins d'autres questions, je vais terminer avec le dernier élément de notre plaidoirie. C'est au paragraphe 95 et

c'est le dernier bloc. On vise ici les paragraphes 133 et 136 de la décision. Et ces deux paragraphes, et plus particulièrement, le paragraphe...

En fait, reprenons la décision, simplement pour vous donner le cadre un peu plus complet. C'est au paragraphe 133. Et le sujet, plus généralement, c'est cette obligation de faire approuver tout et chacun des contrats d'achats de GNR de façon préalable. C'est le thème de cet argument-là. Alors, au paragraphe 133, on dit :

> En premier lieu, les prévisions de coûts d'approvisionnement utilisées par le Distributeur pour déterminer les tarifs provisoires sont basées, dans plusieurs cas, sur des contrats ou des caractéristiques de contrats non approuvés par la Régie.

À titre d'exemple, la Régie relève le cas des approvisionnements en GNR en provenance de l'usine de biométhanisation de la ville de Hamilton. Ça, c'est le contrat avec une société apparentée, Tidal Energy Marketing. C'est ce contrat-là dont on parle ici.

Au paragraphe 134, on réfère à d'autres situations, celles plus particulièrement de la

ville de Saint-Hyacinthe. On nous dit que la Régie observe que le Distributeur n'inclut pas certains coûts d'approvisionnements dans ses calculs pour déterminer le Tarif GNR d'application provisoire, alors même que les contrats sous-jacents ont été approuvés par la Régie et qu'ils répondent aux caractéristiques générales des contrats approuvés par la Régie.

À titre d'exemple, la Régie retient les cas du contrat d'approvisionnements approuvé par la décision D-2019-070, en juin deux mille neuf (2009), ou celui du coût d'approvisionnements en GNR en provenance de la Ville de Saint-Hyacinthe, effectivement payé par le Distributeur, conformément à la décision D-2015-107.

(11 h 00)

Évidemment, il faut savoir qu'Énergir a conclu un autre contrat avec la Ville de Saint-Hyacinthe, en deux mille dix-sept (2017), et que ce contrat-là, au moment où la décision D-2017... D-2019-107 avait été rendue, n'avait pas été approuvé. C'est le contrat de la Ville de Saint-Hyacinthe de deux mille dix-sept (2017). Et le fait qu'il n'a pas été approuvé a mené la Régie à ne pas en tenir compte dans l'évaluation du tarif

provisoire. Et dans la lettre du onze (11) septembre d'Énergir, on voit tout l'effet sur le calcul du tarif que d'avoir utilisé le contrat à Saint-Hyacinthe, deux mille quinze (2015), qui lui avait été approuvé, ou plutôt deux mille quatorze (2014), que le contrat conclu avec la Ville de Saint-Hyacinthe en deux mille dix-sept (2017). Et on conclut au paragraphe 136 :

Sur la base de ces constats.

Quels sont ces constats-là? Bien le premier est au paragraphe 132. Si vous revenez à 132. « La Régie observe aussi certains problèmes...» et ça c'est la détermination en droit. « La Régie observe certains problèmes relatifs au fondement réglementaire et aux pratiques liées aux prévisions d'approvisionnement utilisées par le Distributeur pour déterminer provisoirement le Tarif GNR ».

Alors, si on se résume, le fait que le Tarif GNR ait été fondé sur la base de contrats qui n'avaient pas encore été approuvés, notamment, le contrat avec la Ville d'Hamilton et le contrat de deux mille dix-sept (2017) avec la Ville de Saint-Hyacinthe, que cette absence d'approbation constituait un problème relatif au fondement réglementaire. Donc, l'absence d'approbation ne

justifiait pas l'utilisation des prix et des caractéristiques de ces contrats aux fins de l'approbation du Tarif GNR et ce problème de fondement réglementaire, ça devient le constat du paragraphe 136. Sur la base de ces constats et l'un de ces constats, c'est l'absence d'approbation. « La Régie conclut que les choix méthodologiques effectués par le Distributeur pour calculer le Tarif GNR d'application provisoire pour les années deux mille dix-sept, dix-huit et dix-neuf vingt (2017-2018 et 2019-2020), ne permettent pas d'atteindre l'un des objectifs poursuivis par le Distributeur, soit d'éviter un écart entre le prix réel d'acquisition du GNR et le prix facturé à la clientèle ».

Donc, si on se résume, la méthodologie de calcul du Tarif GNR par Énergir a été rejetée en raison de certains constats dont l'un est le fait que certains des contrats d'approvisionnement en GNR n'avaient pas été approuvés par la Régie, préalablement. Donc, essentiellement, la proposition de Tarif GNR est rejetée, parce que la première formation est d'opinion qu'en l'absence d'une approbation, ce contrat n'existe pas aux fins réglementaires d'évaluation de calculs d'un Tarif

GNR. Elle s'est contredit par la suite, mais on n'est pas rendus là. Alors, ça c'est le constat.

Alors, on en déduit que la première formation a l'opinion bien arrêtée que ses contrats avec des fournisseurs spécifiques doivent faire, pour chacun de ces contrats-là, au cas par cas ou séparément, mais pour tous les contrats, l'objet d'une approbation au préalable. Et en l'absence d'approbation, bien, il y a un fondement réglementaire absent. Donc, un problème d'ordre réglementaire.

Alors, voilà ce qu'on retrouve dans la décision. Alors, au paragraphe 98, Monsieur le Président, de notre Plan d'argumentation, on résume en disant :

> Que ces différentes affirmations trahissent ce qui semble être une opinion bien arrêtée voulant que le Distributeur est légalement tenu de faire approuver tous ses contrats d'approvisionnement ou leurs caractéristiques à un point tel que la Première Formation prendra soin de réitérer que l'approbation d'un Tarif GNR ne pourrait constituer une

approbation des contrats sous-jacents. Ça c'est un point important de noter. C'est qu'elle est dans une demande de sauvegarde. On lui demande d'approuver un Tarif GNR et elle a effectivement accepté de procéder à l'évaluation d'un Tarif GNR, mais elle ne voulait pas que cette approbation d'un tarif soit perçue comme si elle approuvait des contrats, parce que d'opinion que ces contrats-là n'avaient pas été approuvés et elle ne voulait certainement pas se faire reprocher d'avoir approuvé des contrats sans qu'ils aient été présentés formellement et qu'il y ait eu un débat particulier et spécifique sur la base des données particulières relativement à l'approbation des contrats et elle le dit deux fois plutôt qu'une.

Au paragraphe 126 de la décision, la première formation indique :

> L'établissement provisoire du Tarif GNR ne peut être considéré toutefois comme étant une approbation explicite ou implicite ni du Tarif GNR final, ni des caractéristiques des contrats d'approvisionnement en GNR qu'Énergir a conclu ou entend conclure, ni d'autres éléments tels que la

fonctionnalisation à Dawn.

Et au paragraphe 157, vous y avez référé :

> Comme indiqué précédemment, l'autorisation provisoire du Tarif GNR ne signifie pas que la Régie autorise explicitement ou implicitement les contrats sous-jacents etc.

(11 h 05)

Alors, vous avez ici une prudence pour reprendre l'expression, une prudence extrême, en disant : « Écoutez, je n'ai pas approuvé vos contrats; parce que je ne les ai pas approuvés, je rejette votre méthodologie et si tant est que j'approuvais un tarif provisoire, bien d'abord, il n'est que provisoire. Et surtout, ne croyez pas que j'approuve l'un ou l'autre de vos contrats ». Alors, voilà la toile de fond.

Et ces propos, Monsieur le Président, ne peuvent être pris de façon isolée au paragraphe 99, je le soumets, parce que les sept (7) et huit (8) mai deux mille dix-neuf (2019), et je vous ramène hier à la chronologie d'ordre procédural, il y a une petite histoire derrière ça. Et il y a des notes sténographiques d'ordre confidentiel que je ne peux pas citer ici aujourd'hui, mais vous

pourrez les lire. Et je vous invite fortement à les lire, c'est très utile, instructif quant au ton et à la teneur.

Alors, les sept (7) et huit (8) mai, un débat s'est engagé sur un certain nombre de questions juridiques, des questions juridiques qui avaient été identifiées au paragraphe 98 de la décision D-2019-031. Et dans cette décision-là, on avait identifié notamment des questions juridiques quant à une proposition de tarif d'achat garanti qui a été retiré depuis.

Et des plans d'argumentation, je suis au paragraphe 101.

Il y a un débat qui s'est engagé à la fois à l'oral et à l'écrit. Des plans d'argumentation ont été déposés par les parties, notamment celui d'Énergir en date du dix-sept (17) avril deux mille dix-neuf (2019), c'est la pièce 0048.

Et dès le lendemain, donc le dix-huit (18), dans une lettre qui avait été communiquée par la première formation, on demande à Énergir d'assurer la présence d'un témoin de fait, d'un témoin afin de répondre à des questions concernant l'Entente Tidal. Ça, c'est l'entente avec la Ville de Hamilton, celle qui a été identifiée comme étant à

l'origine d'un problème, un fondement d'ordre réglementaire.

Et le deux (2) mai, la première formation précise que l'audience des sept (7) et huit (8) mai ne portera que sur ces questions de nature juridique et sur l'Entente Tidal ajoutant, dans cette lettre qui est la pièce 0021, A-0021, que cette décision sera rendue aux termes de l'audience sur les questions de compétence, l'examen du dossier poursuivra son cours.

Le huit (8) mai, une audience est tenue à huis clos et la première formation contre-interrogera Énergir quant à la formation et l'approbation de l'Entente Tidal soulevant un certain nombre de nouvelles questions juridiques auxquelles le témoin de fait ne pourra répondre, étant non pas un juriste, mais un témoin de fait convoqué pour répondre à des questions de fait ou de direction générale de l'entreprise, tout en formulant, et vous pourrez le lire, un bon nombre de critiques et de commentaires à l'endroit du Distributeur.

Et les notes sténographiques sont disponibles à la deuxième formation. Vous verrez là des critiques, des insinuations et des références à

des sanctions.

Énergir produira, le vingt-quatre (24) mai, une argumentation étoffée concernant sa position juridique notamment à l'égard des contrats conclus avec des sociétés non apparentées et quant à l'existence ou non d'une obligation de la part du Distributeur de faire approuver ces contrats de fournitures.

Alors, le débat juridique quant à l'existence ou non d'une obligation de faire approuver tout et chacun de ces contrats, avec une société apparentée ou non apparentée, est un débat dont la première formation a été saisie les sept (7) et huit (8) mai derniers et qui s'est poursuivi le vingt-quatre (24) mai par le dépôt d'une argumentation détaillée.

Monsieur le Président, à ce jour, la première formation n'a jamais rendu de décision qui dispose des questions juridiques qui ont été abordées les sept (7), huit (8) et vingt-quatre (24) mai dans le cadre du présent dossier, pas plus d'ailleurs qu'elle n'a rendu de décision complète à l'égard de l'affaire D-2019-123 qui demeure « motifs à suivre », sauf erreur. Alors, vous avez deux décisions qui sont encore en délibéré.

(11 h 10)

Alors, Monsieur le Président, j'arrive à l'argument quant à son essence, au paragraphe 108. Dans ce contexte-là, où la question de savoir s'il existe ou non une obligation de faire approuver tous et chacun des contrats dans le cadre d'un débat qui est toujours en délibéré, il était pour le moins surprenant de constater, à la lecture du paragraphe 136, que la première formation fonde le rejet de la méthodologie et du tarif GNR qui est proposé sur l'existence de problèmes relatifs au fondement réglementaire de l'action du Distributeur en matière contractuelle alors même que cette que cette question juridique demeure en délibéré.

Alors, au-delà de la surprise, il appert que la première formation s'est autorisée d'une opinion, décision qu'elle n'a pas encore rendue et à l'égard de laquelle Énergir ne peut faire valoir ses droits, parce qu'on ne peut aller en révision ou en révocation d'une décision qui n'a pas été rendue, je le concède tout à fait, Monsieur le Président, notamment en vertu de l'article 37 pour disposer du tarif GNR proposé par Énergir et imposer sa propre méthodologie.

Alors, l'image est la suivante. Énergir

plaide les sept (7), huit (8) et vingt-quatre (24) mai des positions en droit, notamment quant à l'existence d'une obligation d'obtenir l'approbation préalable de tout et chacun de ces contrats avec des sociétés non apparentées notamment. Demeure aujourd'hui à ce jour dans l'attente d'une décision qui n'a pas été rendue et pour laquelle elle est dans l'impossibilité de faire valoir ses droits, y compris ses droits en vertu de 37. Pour lire le trois (3) septembre deux mille dix-neuf (2019) dans la décision D-2019-107 au paragraphe 136, bien que, finalement, une décision bien que non rendue est toujours en délibéré est à l'origine du rejet de sa méthode.

Parce que si Énergir n'avait pas à obtenir des approbations préalables, notamment avec la Ville de Saint-Hyacinthe, il n'y a pas de problème avec le fondement réglementaire. Ce contrat aurait pu et aurait dû être utilisé aux fins du calcul du tarif GNR. Alors, la première formation, tout en étant à l'abri d'une demande de révision d'une décision en délibéré depuis déjà des mois, s'autorise d'une opinion qu'elle n'a pas rendue pour rejeter la demande d'Énergir. Elle a jugé sans rendre de décision.

Elle a conclu qu'Énergir était sous l'obligation de faire approuver tous ces contrats-là sans jamais rendre la décision confirmant qu'Énergir était tenue de faire approuver tous ces contrats. Et l'impact est manifeste. Et vous pourrez relire la lettre d'Énergir du onze (11) septembre qui, lorsqu'elle a demandé un recalcul du tarif, s'est vu débouter. Et lorsqu'elle a déposé le calcul exigé dans les cinq jours de suivi imposé, on a bien vu tout l'impact lié au refus de considérer le contrat conclu avec la Ville de Saint-Hyacinthe en deux mille dix-sept (2017), parce que le contrat de deux mille quatorze (2014) était fondé sur un coût évité qui est manifestement inférieur à la valeur du produit dans le marché.

Alors, vous avez là une décision qui est fondée sur une opinion bien arrêtée de la première formation qui s'est mise, par ailleurs, à l'abri de l'exercice de tout recours d'Énergir, parce que cette décision-là n'a jamais encore été rendue. Et ça date du mois de mai deux mille dix-neuf (2019). Alors voilà le premier point.

Mais le deuxième point, c'est un argument d'incohérence, donc du caractère soutenable ou insoutenable. C'est que la première formation, tout

en rejetant la méthodologie d'Énergir au motif que l'entente avec Tidal n'avait pas été approuvée selon elle suivant la règle de droit, tout en rejetant la méthodologie d'Énergir pour cette raison-là, utilise elle-même un contrat qu'elle n'a pas approuvé pour établir son propre tarif. Donc, elle fait l'inverse de ce qu'elle reproche à Énergir. La première formation fonde le calcul du tarif qu'elle impose sur la base d'un contrat non approuvé tout en utilisant l'absence d'approbation comme motif de rejet du tarif proposé par Énergir. Et vous avez ça au paragraphe 142.

Le paragraphe 133, je l'ai lu avec vous. On note que le contrat avec la Ville d'Hamilton n'a pas fait l'objet de l'approbation requise selon elle. Et au paragraphe 142 voici ce qu'elle dit :

> [142] La Régie procède de la même façon pour les approvisionnements en provenance de la Ville d'Hamilton, dont les prix et volumes sont indiqués en réponse aux questions 1.4 et 1.5 de la DDR numéro 1 de la Régie [...]. Bien que le contrat avec l'usine de biométhanisation de la Ville d'Hamilton n'ait pas, à ce jour, été

approuvé par la Régie, il s'agit d'une source d'approvisionnement fiable pour le Distributeur, permettant de répondre à une demande importante de la clientèle. La Régie juge aussi que, dans la mesure où ce contrat correspond à des livraisons actives, les données de volumes et de prix qui y sont associées sont plus réalistes et représentatives de transactions réelles du Distributeur.

(11 h 15)

Et elle utilise, donc, ce contrat-là.

Alors, c'est le deuxième volet de l'argument. Je me répète, le fait que le contrat avec Tidal n'ait pas été approuvé, mène au rejet de la proposition d'Énergir, et en dépit du fait que le contrat Tidal n'a pas été approuvé, on s'en sert pour établir la méthodologie de la première formation.

Alors, on fait une chose et son contraire. On sanctionne l'absence d'approbation pour ensuite ignorer l'absence d'approbation. Le contrat Tidal n'a pas été approuvé. Parce qu'il n'a pas été approuvé, on rejette la proposition d'Énergir. Mais

sans égard au fait qu'il est approuvé ou non, on va s'en servir pour un tarif qui est considérablement inférieur, mais qui, pour les fins de la cause, emmène à un chiffre qui semble être celui qui était recherché à l'origine, c'est-à-dire dans les zones autour desquelles l'écart de vingt pour cent (20 %) devenait plutôt raisonnable aux yeux de la première formation.

Alors, à cet égard-là, Madame la Présidente, Monsieur le Président, le point de départ et le point d'arrivée, c'est que dans les circonstances de ce dossier, en appuyant ses conclusions sur une décision en droit substantif qu'elle n'a pas encore rendue, la première formation a privé Énergir d'une audition équitable au sens de l'Arrêt Baker.

Énergir n'a pas eu droit à une audition équitable parce que sa demande a été rejetée sur la base d'une décision qui n'a pas été rendue. Et si la décision qui est rendue par la première formation est erroné, bien la décision D-2019-107 devient toute aussi erroné.

Si Énergir n'était pas tenue de faire approuver tous et chacun de ses contrats préalablement, avec un fournisseur spécifique,

bien, il n'y a pas de problème de fondement réglementaire. Le contrat de deux mille dix-sept (2017) avec la Ville de Saint-Hyacinthe aurait dû être utilisé, le tarif serait différent et la décision D-2017... 2019-107 n'est pas fondée.

Alors, voilà le motif additionnel et vous avez vu que dans nos conclusions, on ne demande pas la révocation du tarif. Il faut être bien précis parce qu'il faut avoir des outils pour travailler dans le marché là.

Énergir a plutôt opté pour demander un recalcul du tarif. Elle a tendu la main pour recalculer le tarif. Ça a été rejeté, mais elle a fait le choix de ne pas contester en révision la conclusion relative au tarif.

Elle a demandé le tarif demandé différent puis a redemandé, en passant, que le contrat avec la Ville d'Hamilton, deux mille dix-sept (2017), soit approuvé. Et à nouveau, cette demande-là a été rejetée.

La Régie... c'est dans la décision D-2019... euh... 120. La Régie, parce qu'il y avait trois demandes incidentes de recalculer le tarif d'approuver le contrat avec la Ville de Saint-Hyacinthe de deux mille dix-sept (2017) et

d'approuver un autre contrat. Ces trois demandes incidentes ont été rejetées au motif qu'il fallait attendre votre décision avant de faire quoi que ce soit.

Alors... mais ce qu'il faut retenir, c'est qu'Énergir est en révision des conclusions contenues aux paragraphes 133 et 136 parce qu'il y a des conclusions là-dedans.

Il y a une conclusion quant à l'existence d'un problème d'ordre réglementaire. Il y a implicitement une conclusion à l'effet qu'elle est tenue de faire approuver tous et chacun de ses contrats d'approvisionnements.

Et c'est cette conclusion-là, qui est une conclusion de droit, qui est inhérente aux paragraphes 133 et 136, qui fait l'objet de la demande de révision.

Alors, voilà l'ensemble des motifs qui ont été soumis, Monsieur le Président. Je n'ai pas, sous réserve de me retourner et de voir avec mon client s'il y a autre chose.

Alors, Monsieur le Président, l'ensemble de nos motifs écourtés des motifs 6 et 7, mais pour l'ensemble de ces raisons-là, nous vous demandons de révoquer et de...

(11 h 20)

En fait, je vais passer une seconde sur une conclusion. La dernière conclusion, c'est qu'on vous demande, évidemment, d'ordonner la création d'un compte de frais reportés qui portera intérêts selon le coût moyen pondéré en capital. Donc, il y a une conclusion ici, c'est-à-dire on vous demande de vous substituer... c'est ce que vous avez, évidemment, le droit de faire, et de rendre la bonne décision, la décision qui est conforme à la règle de droit, et donc, de révoquer la décision quand à cette conclusion et d'ordonner que ce CFR porte intérêt aux coûts moyens pondérés en capital.

J'attendrai la plaidoirie de la FCEI, le cas échéant, s'il y a des motifs de ce côté-là, mais eux suggèrent de retourner le dossier à la première formation. Bien mauvaise idée pour de nombreuses raisons, mais j'attendrai de l'entendre sur le sujet pour faire des représentations en réplique.

Alors, voilà. À moins d'avoir des questions, Monsieur le Président, Madame la Régisseure Falardeau, Monsieur le Régisseur Émond.

LE PRÉSIDENT :

On va se revoir en réplique et possiblement que la

formation à ce moment-là...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Je serai là.

LE PRÉSIDENT :

Pourra avoir, en fait, des éclaircissements. On aura eu le privilège aussi d'entendre vos collègues. Alors, on va pouvoir venir nuancer certaines choses. Merci beaucoup, Maître Dunberry.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Merci, Monsieur le Président.

LE PRÉSIDENT :

Vous avez été bien mené, alors, ça a été dans les temps. Merci. Maître Gertler, j'avais annoncé maître Neuman, mais vous allez me demander de... Oui.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Je n'arrive pas là pour plaider. Je n'ai pas assez de papier. Bonjour.

LE PRÉSIDENT :

Mais vous êtes là.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Oui. Je suis là juste pour les questions d'intendance. Mon confrère a annoncé le dépôt prochain d'une requête... Demande...

LE PRÉSIDENT :

Ré-ré-amendée.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Ré-ré-amendée ou ré-amendée. Je ne le sais pas là.

LE PRÉSIDENT :

Non. Il y a déjà eu un amendement. Alors, ça va être ré-ré-amendée.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Et d'abord, je voulais savoir quand est-ce qu'on pourrait peut-être l'avoir, parce que je « lague », puis j'essaie de savoir c'est quoi... Dans un dossier, c'est particulièrement marrant, comme diraient les français, dans un dossier où on allègue le fait de ne pas être avertis, puis c'est le reflet pas mal de qu'est-ce qui est arrivé tout au long du dossier devant la première formation que c'est un « moving target » un petit peu, mais je voulais juste savoir quand est-ce qu'on pouvait espérer l'avoir en main, puis j'ai une autre question, puis c'est par respect envers mes confrères.

Je voulais juste savoir ou bien je vais le plaider rendu là, mais personnellement, j'ai de la difficulté à comprendre le fait, parce qu'on fait beaucoup d'analyses très fines de différents

aspects, paragraphe par paragraphe, mais on dit : « Bon, on va laisser de côté les motifs 6 et 7 qui portent sur l'ingérence, le fait d'entrer sur le marché non réglementé et tout. », mais dans le dernier motif que mon... Mais pas le dernier, mais sur la méthodologie que mon confrère plaide, puis je ne sais pas si c'est le huitième ou le neuvième, je suis pas sûr là, parce que la numérotation est peut-être un peu difficile à suivre, mais il me semble qu'on fait exactement... On plaide exactement la même chose que... Un peu d'une autre façon que qu'est-ce qui est dans le 6 et le 7, parce qu'on plaide le fait que la Régie ne pouvait pas, en modifiant ou en ne retenant pas la méthodologie proposée par Énergir, ne pouvait pas présumer de son autorité d'approuver ou pas les contrats. Alors, je veux savoir si tout ça tient encore ou est-ce que c'est vraiment... Il me semble qu'il y a comme une contradiction là-dedans, puis je peux me tromper, mais je veux donner la chance à Énergir d'expliquer comment ça marche avant que je plaide là-dessus.

LE PRÉSIDENT :

Maître Dunberry, est-ce que vous avez...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui. Bien écoutez, je peux répondre à certaines des questions qui sont évoquées. D'abord, je vais poliment simplement dire qu'il y a une décision qui a été rendue hier, D-2019-159. Le retrait des motifs 6 et 7 aujourd'hui et j'étais prêt à plaider les motifs 6 et 7 là, c'est pas le fruit d'une approche ittérative qui évolue, « moving target », pour reprendre l'expression de mon confrère. C'est simplement faire la chose que les procureurs font. C'est de s'adapter à l'évolution dans les circonstances. J'ai une décision qui date d'hier et il y a une circonstance qui a mené à une décision de l'entreprise de retirer les motifs 6 et 7. Alors, cette histoire de toujours se faire blâmer, de s'adapter aux circonstances, je pense que c'est une qualité et non un défaut, premièrement.

(11 h 25)

Deuxièmement, l'amendement il ne peut pas être plus simple. On ne rajoute aucun mot. On en enlève. On va soustraire les numéros de paragraphes que j'ai identifiés. Alors, l'exercice peut être fait par tous immédiatement. Je peux donner les numéros de paragraphes qui vont disparaître. Il n'y a aucun mot qui s'ajoute, il n'y a que des

paragraphes qui disparaissent et ça, ça se gère assez bien pour les participants, je vous le soumets bien humblement. Et ces paragraphes-là vont simplement disparaître de la procédure. Et peut-être que je vais renuméroter les paragraphes pour ne pas avoir une procédure qui ne serait pas dans un ordre séquentiel. Les motifs, il y en a huit, alors on sera à six. Et il y a le dernier bloc qui lui est un bloc additionnel qui a été ajouté.

Maintenant, je ne pourrais pas le dire plus simplement, il n'y a aucun lien entre le fait que la première formation se soit fondée sur une décision qu'elle n'a pas rendue pour rejeter la méthodologie de calcul du GNR et des questions d'ingérence ou d'intervention dans un marché réglementé. Il n'y a aucun lien imaginable, honnêtement. Il n'y a aucun, aucun lien.

Alors, je pense que mon collègue est en mesure de faire ses représentations. J'aurai des amendements avant la fin de la journée. Je peux retourner au bureau, je peux appeler ma secrétaire. Je vais lui dire de supprimer une trentaine de paragraphes et on pourra avoir cette procédure-là, mais ça n'empêche personne de procéder. Puis je peux donner tout de suite les paragraphes que je

vais éliminer.

LE PRÉSIDENT :

Je vous invite, en fait, puis je pense qu'on est à la même place, Maître Dunberry. Je ne vois pas non plus le lien entre ce que vous avez coupé et le dernier point que vous avez fait. Si certains en voient, ils le plaideront.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Et je réagirai par la suite.

LE PRÉSIDENT :

Et vous répliquerez. Cela étant dit, pour le bien... pour le bien commun de tous, on va, si vous voulez bien, rénumérer (sic) encore les paragraphes qui sont... qui sont enlevés par votre requête amendée oralement.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Et je comprends qu'on va fonctionner aujourd'hui avec cette requête amendée oralement.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Hein! Ils sont capables de prendre leur crayon puis de biffer.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Je vais le faire avec vous, Monsieur le Président, vous allez voir, c'est relativement simple.

LE PRÉSIDENT :

Oui. Allons-y.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Paragraphe... page 3, paragraphe 4b), iii) et iv). Alors, le paragraphe 4b) iii) :

> Iii) en intervenant [...]

dans

> ... les marchés [...] réglementés [...];

on va radier cette phrase. Et on va radier la phrase suivante :

> iv) en s'ingérant dans l'exploitation [...]

Et le v) deviendra un iii). Alors, voilà.

Ensuite, nous faisons un saut presque cantique pour se retrouver au paragraphe 61. Nous allons rayer le titre « Sixième motif ».

LE PRÉSIDENT :

Hum, hum.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Et nous allons rayer et radier les paragraphes 61 à 67.1. Nous allons radier le paragraphe 7 ou le

titre 7 à la page 13, soit des paragraphes 68 à 80... pardon, à 74.

Le huitième motif, à votre choix, je le laisse ou je l'appelle sixième motif et je le conserve, sous réserve de changer le mot huitième par sixième. Et je vais retirer le paragraphe 79 qui vise le premier cas. Et le premier cas, je réfère ici à une forme d'ingérence pour les effets... Hein! Je lis au paragraphe 79 :

> Dans le premier cas, Énergir est limitée dans l'exploitation de son entreprise et son rôle de distributeur est lésé en raison des effets préjudiciables vus précédemment.

Ça ici, je réfère ici à l'ingérence. Alors, je retire le paragraphe 79. Et c'est tout, Monsieur le Président. Alors, voilà la totalité des modifications qui seront faites.

La seule qui reste, c'est : est-ce que vous souhaitez avoir une procédure dont les numéros de paragraphes sont remis à jour ou vous voulez que je fasse simplement la radiation des paragraphes en indiquant que les paragraphes sont devenus sans objet?

LE PRÉSIDENT :

Oui, je préférerais ça.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Alors, on va garder les mêmes numéros.

LE PRÉSIDENT :

Oui.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Et le huitième motif sera le huitième motif bien qu'il n'y en a simplement 6.

LE PRÉSIDENT :

Oui. Sur le paragraphe 79...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

... pouvez-vous encore me le relire? Je veux juste être certain que j'ai le bon.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Le paragraphe 79, c'est parce que je référais, c'est pour être complet et rigoureux là.

LE PRÉSIDENT :

Oui.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Je disais au paragraphe 78 qu'Énergir a deux choix, soit il se conforme et se restreint dans ses achats à hauteur de l'écart de vingt pour cent (20 %) ou

bien, dans le second cas, procède à la signature de contrats en acceptant une désallocation de coûts. Et je dis au paragraphe 79 :

> Dans le premier cas, Énergir est limitée dans l'exploitation de son entreprise [...]

c'est le cas où elle se conforme au seuil et, dans le second cas, une désallocation survient.

Alors, simplement de façon à être très pointu et rigoureux, le paragraphe 79 réfère au motif 6... pardon, au motif 7. Le paragraphe 79 réfère au motif 7.

(11 h 30)

LE PRÉSIDENT :

C'est ça. Je ne pense pas que c'est le bon paragraphe là parce que si vous regardez, si vous regardez...

Me ÉRIC DUNBERRY :

C'est dans ma demande de révision.

LE PRÉSIDENT :

Amendée?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Excusez-moi! C'est moi qui n'est pas dans le bon.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Pas de problème. Si vous êtes dans le plan, je vais vous donner les numéros. Vous étiez dans le plan ou dans la demande de révision?

LE PRÉSIDENT :

Oui, je suis dans le plan, mais c'est correct.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Je vous ai donné... C'est la demande de révision. J'ai débuté avec la demande de révision.

LE PRÉSIDENT :

Parfait.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Alors, voulez-vous qu'on reprenne, Monsieur le Président? Dans la demande de révision...

LE PRÉSIDENT :

Oui.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Peut-être que les paragraphes ne seront pas les mêmes évidemment. Alors, si vous prenez la demande de révision.

LE PRÉSIDENT :

Oui.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Désolé si je n'ai pas été clair.

LE PRÉSIDENT :

Non, c'est moi probablement qui...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Alors, au paragraphe 4b), je retire les paragraphes 4b)iii) et iv) de la demande de révision.

LE PRÉSIDENT :

Hum, hum.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Ça, c'est les paragraphes qui débutent par « en intervenant sur les marchés » et « en s'ingérant ». Maintenant, on se retrouve dans la demande de révision ensuite au sixième motif. Et c'est le paragraphe 61 de la demande de révision. Et, le titre 6, qui vont être radiés, donc de 61 à 67.1. Je vais également radier le septième motif qui couvre les paragraphes 68 à 74. Et je vais radier également le paragraphe 79 de la demande de révision.

LE PRÉSIDENT :

Parfait. Désolé.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Pas de problème. Maintenant, voulez-vous qu'on fasse l'exercice pour le plan d'argumentation également?

LE PRÉSIDENT :

Allez donc!

Me ÉRIC DUNBERRY :

Alors, dans le plan d'argumentation, nous allons donc radier les paragraphes 4b)iii) et iv). Nous allons également radier, et je suis au motif 6, donc c'est les paragraphes 61 à 76. Ça, c'est dans le plan d'argumentation.

LE PRÉSIDENT :

Oui.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Nous allons également radier les paragraphes 77 à 83. Et nous radierons également le paragraphe 88.

LE PRÉSIDENT :

Oui.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Voilà! Monsieur le Président, je pense qu'il y a peu d'ambiguïté possible.

LE PRÉSIDENT :

Je vous remercie. Maître Neuman, pour SÉ-AQLPA-GIRAM. Bonjour, Maître Neuman.

PLAIDOIRIE PAR Me DOMINIQUE NEUMAN :

Je vous remercie beaucoup, Monsieur le Président, Madame et Monsieur les régisseurs. Dominique Neuman pour SÉ-AQLPA-GIRAM. Je vous inviterais à projeter

la version révisée de notre plan d'argumentation qui a été déposé ce matin et qui inclut l'amendement... qui tient compte de l'amendement qui a été fait par Énergir à ses propres procédures. Donc c'est la pièce C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0004. Et nous avons indiqué en souligné et trait vertical dans la marge droite ce qui se trouve modifié par rapport à l'argumentation initiale.

Et nous avons également tenu compte des réflexions de la Régie qui avaient été formulées sur le banc hier et auxquelles il y a eu certaines réponses aujourd'hui. J'ai vu tout à l'heure, c'est bel et bien sur le site SDÉ. Je ne l'avais pas encore vu sur le site public. Mais c'est sur le site SDÉ.

LE PRÉSIDENT :

Merci aux gens du greffe.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui. Merci beaucoup à madame Claudette Lévesque qui a eu la gentillesse.

LE PRÉSIDENT :

La gentillesse incarnée comme tout ce département, je vous dirais.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Absolument.

LE PRÉSIDENT :

Alors on est prêt?

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Maître Dunberry, ça va, est-ce que vous avez la pièce amendée?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Non, mais j'ai la pièce d'origine. Je n'ai pas de version papier mais...

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Moi non plus je n'ai pas de version papier.

LE PRÉSIDENT :

Parfait. S'il y a quelque chose, vous vous manifesterez.

(11 h 35)

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui, je me rattraperai.

LE PRÉSIDENT :

C'est bon.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Absolument.

LE PRÉSIDENT :

Alors, allez-y, Maître Neuman.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Alors, donc, le sommaire ne change pas là, il y a simplement cette nuance qui était indiquée sur l'écran à savoir que nous demandons, nous recommandons d'accueillir la demande de révision d'Énergir en y apportant les nuances qui se trouvent énoncées dans notre argumentation.

Donc, présentation. Donc, je suis moi-même sur l'écran là, je n'ai pas de version papier. Donc, nous tenons compte, tel qu'indiqué au paragraphe 1 de l'amendement qui est survenu aujourd'hui. Si Madame la Greffière peut continuer...

D'accord, donc à la page suivante. D'accord. Donc, je traite dans la section deux et c'est là qu'il y a une innovation des principes applicables à une demande de révision d'une décision, en général. D'abord, et un peu plus loin... Plus tard, je vais aborder, au point 2.2, le cas particulier d'une demande de révision d'une décision interlocutoire.

Alors, les conditions d'ouverture au recours en révision, révocations administratives

internes sont bien connues. Ce n'est pas la peine de les énumérer, c'est les coupables habituels, Épiciers Unis, Métro-Richelieu, Yves Ouellet, qu'il y a des gens qui aiment bien ici et les différents autres arrêts qui sont cités.

Donc, si Madame la Greffière peut passer au point suivant. Donc, lorsqu'un demandeur, en révision, allègue n'avoir pu, pour des raisons jugées suffisantes, présenter ses observations, nous vous soumettons que ce vice constitue non seulement un vice de fond ou de procédures de nature à invalider la décision, suivant le troisième paragraphe du premier alinéa de l'article 37 de la Loi, mais également un motif de révision autonome suivant le deuxième paragraphe de ce même alinéa.

Nous plaidons, par la présente, que le caractère autonome du motif de révision, de n'avoir pu, pour des raisons jugées suffisantes, présenter ses observations signifie que ce vice n'a pas besoin d'être un vice sérieux et fondamental pour donner ouverture à la révision de décision.

Et nous soulignons ce point puisque dans l'argumentation d'Énergir... Avec respect, Énergir indique des sources à l'appui de cette proposition

et d'autres sources qui n'appuient pas cette proposition, notamment des auteurs dont je ne me rappelle pas le nom, qui disaient qu'il fallait se rattacher toujours au troisième alinéa lorsque c'est le comportement du Tribunal qui est attaqué... qui est mis en cause plutôt que le comportement de la partie elle-même.

Donc, ce qu'on vous soumet, et je continue, c'est qu'en d'autres termes, la formation de première instance n'a pas le droit de commettre une erreur raisonnable ou une erreur non sérieuse et fondamentale en emmenant une personne à n'avoir pu, pour des raisons suffisantes, présenter ses observations.

La contravention, elle-même, constitue en soi le vice sérieux et fondamental dès qu'il y a erreur et ayant emmené une personne à n'avoir pu ainsi présenter ses observations.

C'est en ce sens que nous comprenons le paragraphe 9 du plan d'argumentation d'Énergir qui cite la décision D-2016-190 de la Régie, paragraphe 50, elle-même citant la Cour suprême du Canada dans Cardinal contre Kent, selon laquelle la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide. On note aussi que ce

principe est réitéré par la Cour suprême du Canada dans l'Arrêt Université du Québec contre Larocque.

Et la décision que je viens de citer, D-2016-190 de la Régie cite aussi la Cour d'appel dans Ménard contre Gardner selon laquelle la question du respect des règles de justice naturelle et notamment de la règle audi alteram partem appellent traditionnellement l'application de la norme de la décision correcte.

S'agissant ici de garanties constitutionnelles et quasi constitutionnelles qui sont au coeur de l'intégrité du système de justice, celui de la justice administrative, en l'occurrence, ce qui affecte la compétence du décideur.

Ce fait de n'avoir pu, pour des raisons jugées suffisantes, présenter ces observations, réfère aux règles de justice naturelle lorsque la Régie exerce des fonctions quasi judiciaires, comme dans le cas d'une plainte, aux règles plus légères de l'équité procédurale lorsque la Régie exerce des fonctions dites administratives ou sui generis de régulation énergétique, comme dans le présent cas.

En effet, l'Honorable Juge Rayle de la Cour supérieure dans Action Réseau Consommateurs a

préféré la qualification de fonctions administratives à celle de fonctions de nature quasi judiciaires qui lui avait été proposée, mais n'indique pas avoir à trancher cette qualification aux fins de son jugement.

De plus, bien que l'Honorable Juge Barbeau de la Cour supérieure dans RNCREQ contre Régie de l'énergie ait décrit les fonctions régulatoires de la Régie comme étant quasi judiciaires, la Cour d'appel, dans le même dossier, se limite à le citer sur ce point sans se prononcer sur une telle qualification.

(11 h 40)

Le contenu exact des règles plus légères de l'équité procédurale varie selon les circonstances, tel qu'établi dans l'arrêt Baker.

Nous ajoutons que c'est donc une question de jugement pour le tribunal que d'interpréter l'étendu de l'équité procédurale à laquelle il est astreint, mais tel que mentionné, en interprétant l'étendu de son obligation d'équité procédurale et en l'appliquant, le tribunal n'a pas droit à l'erreur, puisque c'est sur la justesse de son interprétation et application de cette obligation d'équité qu'une formation de révision déterminera

s'il y a ou non lieu de réviser la décision rendue. Nous ajoutons aussi ce qui suit.

Que l'étendu de l'obligation du tribunal d'agir équitablement doit tenir compte du fait qu'il s'agit en l'occurrence d'une audience publique. Chaque participant est donc bénéficiaire de ce droit au caractère public de l'audience, ainsi, notamment, Énergir est bénéficiaire du droit à ce que d'autres intervenants auraient pu l'appuyer, notamment SÉ-AQLPA-GIRAM, qui ont souligné les difficultés d'obtenir que des usines de biométhanisation soient construites en quantité suffisante et donc, que le prix du GNR le permette, afin de rencontrer les objectifs immenses du législateur et du gouvernement du Québec, le tout tel qu'exposé plus loin.

Aussi, l'insuffisance de motivation d'une décision peut également, selon le cas, constituer un vice de fond sérieux et fondamental de nature à invalider la décision. De plus, elle fait partie de l'obligation du tribunal d'agir équitablement. L'étendu de cette obligation statutaire est flexible, mais nous ajoutons: tel que mentionné au sujet de l'obligation du tribunal d'agir équitablement, qu'en interprétant l'étendu de son

obligation de motivation et en l'appliquant, le tribunal n'a pas droit à l'erreur, puisque que c'est sur la justesse de son interprétation et application de cette obligation de motiver qu'une formation de révision déterminera s'il y a ou non lieu de réviser la décision rendue.

Et de surcroît, nous ajoutons respectueusement que lorsqu'une décision (sic) s'écarte de façon marquée de ses décisions antérieures ou lorsqu'elle opte pour une méthode de tarification autre au sens de l'article 49 in fine de la loi, le tribunal est tenu à une obligation plus grande d'équité procédurale et une obligation plus grande de motivation de sa décision. Énergir est un petit peu revenue sur cet aspect et a plaidé elle-même ce point-là.

Enfin, nous plaidons que dans l'évaluation au mérite du caractère sérieux et fondamental du vice reproché à la formation de première instance, la Régie doit tenir compte premièrement du caractère désincitatif que cette décision attaquée serait de nature à entraîner, vu les difficultés, comme je l'ai mentionné, d'obtenir que des usines de biométhanisation soient construites en quantité suffisant, afin de rencontrer les objectifs

immenses du législateur et du gouvernement du Québec, c'est ce que je développe à la section 3.3 des présentes, et du cadre juridique exposé en section 3.2 des présentes, selon lequel la Régie doit veiller à traiter de manière équitable les approvisionnements en gaz naturel renouvelable et non pas les traiter de manière plus restrictive que les approvisionnement en gaz naturel non renouvelable.

Donc, c'est dans ce cadre que nous formulions notre argumentation et je passe à la page suivante où je vais vous parler du cas de la demande de révision d'une décision interlocutoire. Oui.

LE PRÉSIDENT :

Maître Neuman, juste vous rappeler que nous avons lu tous les mots de vos écrits, sauf les mots nouveaux.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Si vous me dites que vous allez lire les quarante pages suivantes, on n'ira pas dîner avant deux heures. Alors, pas parce que je veux être méchant, mais je veux dire, vous n'êtes pas la partie

demanderesse, puis là, vous allez me dire que : « Ah, je dois avoir les mêmes... », mais on a tout lu.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

D'accord. Ça va.

LE PRÉSIDENT :

Mais j'ai bien apprécié que vous avez fait les différences. Vous avez adapté vos choses.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

J'apprécie toujours, moi, quand les gens réagissent à la vie, parce que la vie c'est tous les jours que ça change. Alors, je vais juste vous rappeler amicalement de nous amener aux points que vous jugez les plus importants pour soutenir, en fait, les besoins de vos clientes.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

D'accord. Alors, donc, écoutez, j'avais peut-être mis plus de temps sur la section 2.1, parce que c'est la base et 2.2 c'est nouveau. Donc, là, je vais vous le lire, puisque vous n'avez pas eu l'occasion encore de le faire et après on va s'adapter.

Alors, nous sommes en accord avec les

réflexions de la Régie en audience hier selon lesquelles, à première vue et en demeurant ouverte à l'opinion contraire, un recours en révision devant une formation de la Régie ne peut en principe porter que sur une décision finale du tribunal de première instance. Si la formation n'a rendu qu'une décision interlocutoire et demeure saisie du dossier, il lui est en effet toujours loisible de réviser elle-même, sans intervention d'une formation de révision sa propre décision interlocutoire. Le tribunal de première instance pourrait même, en temps opportun, réviser lui-même une décision finale comportant une erreur de juridiction afin de corriger cette erreur. Et je vous réfère à l'arrêt Chandler.

(11 h 45)

Et il y a plusieurs arrêts qu'Énergir a cité tout à l'heure, mais qui me semblent appuyer davantage la thèse selon laquelle la formation de première instance aurait pu elle-même réviser sa décision. Mais là, je vais davantage développer ci-après, à la page suivante, enfin, au paragraphe suivant, l'argument selon lequel la formation de révision peut intervenir.

Donc, c'est pas seulement le fait que quand

c'est une décision interlocutoire, la première formation peut la modifier elle-même. Ça, c'est le principe de base. Et Chandler mentionne, Chandler va plus dans ce sens et d'autres arrêts cités par Énergir vont plus dans ce sens-là.

Mais, nous soumettons que si la décision interlocutoire affecte, de façon effective, des droits immédiats des parties, et que le tribunal de première instance omet ou refuse de la modifier, de sorte que sa décision finale ne pourra remédier à cette atteinte aux droits immédiats des parties, une formation de révision peut exercer sa discrétion en acceptant de se saisir de la révision de cette décision interlocutoire.

C'était sous-jacent dans l'argumentation d'Énergir tout à l'heure, mais quant à nous, c'est le point central, à savoir : est-ce que la décision... la question n'est pas seulement de savoir s'il la décision interlocutoire a été rendue, par exemple, soit en portant atteinte aux droits et l'équité procédurale aux droits à la motivation, c'est de savoir si, en plus, est-ce qu'elle affecte concrètement quelque chose? Est-ce qu'elle affecte concrètement les droits des parties?

Bon. Il y a l'exemple tout à l'heure qui a été donné d'un refus de confidentialité. Là c'est clair, c'est-à-dire que s'il y a un refus de confidentialité, il faut porter ce refus en révision, sinon ce sera, la décision finale ne pourra pas changer grand-chose au fait que la confidentialité aura été levée.

Donc, je passe au paragraphe suivant. Donc, à ce sujet, nous notons que les paragraphes ici visés qui sont attaqués par Énergir de la décision D-2019-107 affectent, et là il y a une faute d'orthographe, « affectent » au pluriel, de façon effective, des droits immédiats des parties d'une manière à laquelle la décision finale ne pourra pas remédier, et ce, de deux manières.

Premièrement, pendant la période interlocutoire, tant que la formation de première instance n'aura pas rendu sa décision globale... sur la stratégie globale d'acquisition de GNR à l'étape B du dossier R-4008, Énergir sera placée dans une situation d'incertitude et de risque. Elle devra choisir :

- soit entre ne pas acquérir de GNR à prix supérieur aux limites de reconnaissance fixées provisoirement,

avec risque de ne pas être mesure de satisfaire, en temps utile, aux exigences législatives et réglementaires fixées ou à tenir compte du décret de préoccupation gouvernementales, de l'intérêt public, des objectifs des politiques gouvernementales, du développement durable et de l'équité;

- soit l'acquérir à ses risques à un tel prix, en espérant que la décision finale de la formation de première instance, sur la stratégie globale, renverse rétroactivement les paragraphes attaqués de la décision de manière à rétroactivement :

  a) accepter dans la méthodologie du calcul du tarif GNR les approvisionnements dont les contrats n'avaient pas été préalablement approuvés par la Régie;

  b) intégrer les écarts de coûts même supérieurs à 20% de plus du tarif GNR de l'année en cours;

et

c) appliquer à ce compte d'écarts le compte... le coût moyen de capital moyen.

oui

... le coût moyen du capital.

Et le point suivant. Par ailleurs, nous ne sommes pas tout à fait certains que, malgré le caractère interlocutoire de ces paragraphes, la formation de première instance se soit gardée la possibilité que soit rétroactive sa décision éventuelle, dans sa décision finale sur la stratégie globale sur ces trois points, la méthodologie, le compte reporté et le taux d'intérêt.

En effet, la formation de première instance a systématiquement aussi refusé de réviser interlocutoirement son tarif GNR, après en avoir approuvé quelques-uns, et de statuer sur les demandes futures interlocutoires d'Énergir d'approuver de nouveaux contrats d'approvisionnement en GNR.

(11 h 50)

Et je fais une note pour être sûr que ce soit bien compris que nous plaidons qu'Énergir a toujours le droit selon nous de conclure des contrats d'approvisionnement non préalablement

approuvés par la Régie, en gaz renouvelable ou non renouvelable, sauf, c'est pas écrit dans le texte, sauf le cas particulier d'un contrat avec un affilié. Ça, c'est un cas particulier puis c'est le cas de Tidal mais, là, je conclus ma parenthèse qui n'est pas dans le texte dans la fameuse audience de mai qui a été citée tout à l'heure sur le contrat Tidal, l'audience a été plus large que ça, elle ne portait pas seulement, et vous pouvez consulter non seulement la version confidentielle, mais même la version caviardée des notes sténographiques, ça portait sur le principe global selon lequel des contrats d'approvisionnement, avec affilié ou pas avec affilié, aient besoin d'être approuvés préalablement. Et l'argumentation qui a été citée par Énergir portait sur ces deux aspects. Donc, il y a le cas particulier de Tidal où il y a une règle, l'article 81, et il y a la question de savoir, si ce n'est pas un affilié est-ce qu'il faut l'approuver préalablement.

Donc, quant à nous, l'approbation préalable n'est pas requise, que ce soit du gaz renouvelable ou du gaz non renouvelable. Quant au gaz non renouvelable, ça se fait tous les jours. Bien, pas tous les jours, mais en tout cas ça se fait tous

les ans. Et personne ne s'est jamais demandé, ah, non, c'est terrible, il faut que chaque micro, chaque nouveau contrat même de court terme soit approuvé avant d'être signé. Non, ça se fait. Et d'après nous, c'est la même règle pour le gaz renouvelable.

Et l'approbation... Donc, c'est celui qui signe un contrat. Énergir si elle signe un contrat prend le risque qu'au moment de la reconnaissance des coûts d'approvisionnement, cause tarifaire ou de cause de rapport annuel, ceux-ci ne sont pas reconnus. Et l'approbation préalable d'un contrat d'approvisionnement gazier constitue simplement un geste facultatif destiné à diminuer ce risque.

Donc, je continue au bas de cette page. Pour ajouter qu'il est possible que, déjà, par le jeu des tables de modification du tarif GNR, certains des approvisionnements en GNR récemment approuvés spécifiquement par la Régie, dont le contrat de Warwick, depuis se voient reconnaître l'entièreté de leur coût dans le compte reporté si les paragraphes attaqués de la décision D-2019-107 devaient être maintenus, en plus de fait que ce compte reporté ne sera pas rémunéré au coût moyen en capital.

Donc, ces aspects, donc ces deux aspects immédiats de la décision interlocutoire, des paragraphes attaqués de la décision interlocutoire, ont des effets immédiats. L'audience sur l'étape B du dossier n'aura lieu en effet qu'en janvier deux mille vingt (2020). Et les exigences réglementaires auxquelles Énergir doit se conformer d'ici son année tarifaire vingt vingt, deux mille vingt et un (2020-2021) sont immenses par rapport au caractère microscopique de son approvisionnement en GNR actuel. Voir la section 3.3 de notre argumentation.

De plus, la preuve tant publique que confidentielle déposée au dossier R-4008-2017... Et entre parenthèses, j'indique, nous demandons respectueusement à la Régie d'en prendre connaissance dès à présent. Si je vous demande ça, c'est pour être sûr que vous considériez avoir reçu la preuve que les prix réels du GNR sont plus élevés que les limites qui résultent de la décision D-2017... Oui. Parce que la preuve n'a pas été redéposée. Il y a eu quelques citations orales et écrites dans l'argumentation, dans la nôtre également. Je voudrais être sûr que vous considériez que vous avez cette preuve.

Et les chiffres sont là. Il y en a qui sont

publiques, il y en a qui sont confidentiels. Dans la décision publique sur Warwick, la Régie dit que le coût est élevé. Elle ne dit pas de combien. La Régie ne dit pas de combien. Elle dit que le coût est élevé. Mais vous pouvez aller voir les documents confidentiels pour voir de combien il est élevé. Et vous pouvez voir à propos des quatre contrats récents dont on avait demandé l'approbation à propos... Il y a différentes listes de coûts de contrats envisagés. Toutes ces preuves sont là.

Et je ne veux pas dévoiler quoi que ce soit, mais vous pouvez voir que le problème est réel. Ce n'est pas un problème hypothétique. Et c'est important que vous ayez cette preuve à l'esprit en sachant que les autres aspects que je développe dans la section 3.3 où je vous mentionne que la quantité de GNR qu'on a maintenant est très faible. Déjà dans moins d'un an, il faut l'augmenter de façon immense. Et ce sera encore plus... D'ici deux mille quinze (2015) (sic), il y a des seuils de deux pour cent (2 %) et cinq pour cent (5 %) qu'il faudrait atteindre.

(11 h 55)

Donc, on est dans le contexte où on a un

dossier R-4008 qui va... bon, dont l'Étape B va procéder en janvier. Et il y a toute cette immensité d'acquisitions de GNR qui doit être réalisée dès à présent pour entrer en service dans l'année de deux mille vingt, deux mille vingt et un (2020-2021) et qui coûte cher.

LE PRÉSIDENT :

J'allais juste... oui... j'allais juste vous... Faites attention, on est diffusé.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Hein? Il n'y a pas de huis clos présentement.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui, oui.

LE PRÉSIDENT :

Je sais que vous êtes très enthousiaste.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

C'est beau de voir cet enthousiasme, mais je vous dirais que si vous donnez des chiffres...

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Je ne donne aucun chiffre.

LE PRÉSIDENT :

... on ne pourra pas...

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Je ne donne aucun chiffre. Je ne donne aucun chiffre.

LE PRÉSIDENT :

Mais on ne peut pas... Maître, je voulais juste vous dire... Mon rôle, c'est de vous aviser là...

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui, d'accord.

LE PRÉSIDENT :

... d'être prudent. Une autre sorte de prudence, Maître Neuman, mais d'être prudent parce qu'on ne pourra pas rattraper les chiffres et tout qui sont dans les airs.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

O.K. Je ne suis pas allé plus loin que ce qui était déjà, notamment, dans la décision publique que j'ai mentionnée tout à l'heure.

LE PRÉSIDENT :

Parfait.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

O.K. D'accord. Donc, oui... Donc, nous souhaitons que vous preniez connaissance de cette preuve publique et confidentielle, qui démontre que très

souvent les coûts d'approvisionnement GNR couramment discutés, se trouvant dans différents projets de contrats. Euh... puis il y a aussi, de façon publique, il y a des estimés du marché qui sont dans la preuve publique et sont substantiellement supérieurs à ceux résultants des limites de paragraphes attaqués de la décision en question.

Donc, il n'est donc pas raisonnablement possible, par exemple, à Énergir, de laisser passer le temps en s'abstenant d'acquérir du GNR jusque tard en deux mille vingt (2020), tant que la Régie n'aura pas rendu sa décision finale sur la stratégie globale d'acquisition de GNR, à l'étape B du dossier R-4008-2017.

Donc, c'est en raison de ces effets immédiats bien réels pour la période interlocutoire et l'impossibilité raisonnable de simplement attendre la décision finale qu'il est recevable, selon nous, et opportun pour la Régie, en formation de révision, de se saisir de la demande de révision d'Énergir portant sur les paragraphes attaqués de la décision en question aux motifs de révision invoqués.

Donc, on passe à la page suivante. Et là,

c'est du texte... c'est du vieux texte. Donc, j'énumère, en faisant... j'énumère les trois groupes de motifs de révision en ayant pris bien soin d'inclure l'amendement, les sous-paragraphes. Donc, on peut dérouler rapidement et passer à la page suivante où j'inclus l'amendement.

Donc, je vais vous parler d'abord en synthèse, puisque le texte, vous l'avez déjà essentiellement, du cadre juridique applicable et ensuite, de l'aspect plus factuel. Tout l'aspect factuel se trouve déjà dans le dossier 4008.

Donc, on peut continuer à dérouler, Madame la Greffière. Attendez... pas si vite parce que je n'ai pas...

LA GREFFIÈRE :

(inaudible).

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui... non, mais plus lentement. Euh... O.K., donc, écoutez, ce que je mentionne dans le cadre juridique, je vais peut-être le dire d'une façon plus résumée là, donc je vais faire ça de façon transversale sur les différents paragraphes.

C'est que, pour reprendre un terme sympathique, la Régie exerce un continuum de pouvoir. Elle doit approuver un plan

d'approvisionnement qui est quadriennal, mais qui est revu chaque année, qui inclut seulement les caractéristiques des contrats. Pas les contrats eux-mêmes, c'est les caractéristiques des contrats qui doivent être approuvés.

Et ce que... Ce n'est plus la peine de dérouler, Madame la Greffière, parce qu'on va attendre de passer... Je vais parler de cette section-là puis après je vais passer à la section suivante.

Euh... donc, ce qu'est un plan d'approvisionnement, c'est un exercice de planification. Donc, ce n'est pas un exercice exact, il y a... c'est la meilleure planification possible au moment où elle a été faite.

Donc, il est toujours possible que ce qui a été inclus dans le plan d'approvisionnement ne soit pas exactement ce qui va se réaliser. Et c'est pour ça, dans le cadre du continuum des pouvoirs, il y a les causes tarifaires annuelles ou là, encore sur une base prévisionnelle, il y a la prévision des coûts d'approvisionnement qui est présentée dans le cadre de la cause tarifaire et qui, via cette cause, sont approuvés par la Régie.

Et, en plus, il y a des écarts entre ce qui

a été prévu dans la cause tarifaire et la réalité, il y a une approbation du rapport annuel. Vous le voyez, encore, la Régie a à décider si elle approuve ces écarts. Donc, si elle les juge raisonnables.

(12 h 00)

Donc, il y a trois niveaux et ce que ce continuum de pouvoir indique c'est qu'Énergir n'a pas à faire approuver préalablement ses contrats à chaque fois. Donc, il peut y avoir des variations.

Il faut que la Régie puisse garder son pouvoir et sa discrétion d'approuver ses variations. On ne peut pas, par une décision interlocutoire, comme l'espèce, dire à la Régie : « Il y aura des variations que vous pouvez mettre dans un compte de frais reportés. », donc, avant même la décision tarifaire, en présumant que l'étape B sera peut-être vue comme une étape ou comme une cause tarifaire ou qu'une étape s'inscrivant dans le continuum qui mène à une cause tarifaire.

Donc, la Régie ne peut pas dire d'avance aucun a un compte reporté, mais on le limite d'avance, sans avoir tenu ces étapes ultérieures, ce qui empêchera la Régie plus tard de disposer de

ce qui n'aura pas été mis dans le compte de frais reportés. Donc, on brime la Régie dans l'exercice de ses pouvoirs et les droits des différentes parties d'avoir des décisions qui permettent le mieux possible d'accomplir les objectifs, dont les objectifs gouvernementaux qui sont exprimés dans le règlement et l'intérêt public et les objectifs des politiques publiques, politiques publiques qui parlent elles aussi de favoriser le biométhane et en plus le biométhane local.

Donc, l'idée de cette section-là de notre argumentation, c'est qu'on doit laisser le pouvoir à la Régie de disposer plus tard de ce compte de frais reportés. La Régie pourrait toujours décider qu'elle ne permet pas la récupération de ce qui se trouve dans le compte de frais reportés.

Mais on ne peut pas décider d'avance qu'on empêche certains coûts de rentrer dans le compte de frais reportés, de manière à ce que la Régie en ait déjà décidé d'avance que la Régie n'aura pas le pouvoir d'en disposer, puisqu'ils ne seront pas dans le compte de frais reportés.

LE PRÉSIDENT :

Mais votre position à ce moment-ci contredit la position d'Énergir comme quoi on va désallouer,

parce que si on dit à quelqu'un : « Je ne te mets pas de barème, tu peux dépenser... Mon chum me dirait jamais ça pour Noël par exemple, ça c'est sûr. Tu peux dépenser ce que tu veux, puis je verrai au mois de janvier, ce que je paie, puis ce que je paie pas. », parce que c'est un peu ça ce que vous êtes en train de nous dire.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Bien, la question elle n'est pas tellement ce que tu veux, c'est qu'on a une preuve quant au marché.

LE PRÉSIDENT :

Oui.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Et on fixe quelque chose qui ne permet pas raisonnablement...

LE PRÉSIDENT :

Mais c'est pas ce que vous avez dit. Vous avez dit : « En fait, on pourrait ne pas mettre de conditions et par la suite indiquer des conditions qui feraient en sorte qu'il y aurait des sommes qui ne seraient pas prises en compte. ». Je veux dire c'est dur pour un assujetti de lui dire : « Dépense. Vas-y, puis je verrai plus tard. », moi, à mon avis, Maître Neuman, en toute amitié, c'est loin de l'article 5. L'article 5, je dois lui

garantir minimalement que les dépenses qu'il va faire, il va pouvoir les rentrer dans sa base.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

La manière de faire ça, c'est justement pour diminuer le risque, même si c'est facultatif, c'est d'approuver les contrats au fur et à mesure qu'ils sont réalisés. Comme ça, si la Régie se penche sur tel contrat, que ce soit à Warwick ou les suivants qui viennent après...

LE PRÉSIDENT :

Mais on n'était pas sur les contrats, on était sur le compte de frais reportés.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui, mais justement, c'est que si on met dans le compte de frais reportés... L'idée c'est que c'est la poule ou l'oeuf. C'est-à-dire si... Une manière de faire les choses, c'est de garder l'ouverture dans le compte de frais reportés, mais d'y mettre... Mais de permettre à Énergir d'obtenir une plus grande certitude en faisant approuver les différents contrats qu'elle peut être amenée à conclure dans les mois qui viennent en attendant que l'étape B donne lieu à une décision finale, puis après l'étape B, éventuellement, on fixera des barèmes pour le futur. L'idée c'est qu'on peut pas

à la fois empêcher l'approbation préalable des contrats, ce qui, selon nous, n'empêche pas Énergir de contracter, mais à ses risques, puis là fixer un seuil de vingt pour cent (20 %) par rapport au tarif de GNR qui lui-même n'inclut pas les contrats qui sont raisonnablement révisés, mais qui ne sont pas encore approuvés.

(12 h 05)

Donc, ça veut dire qu'on..., par le compte de frais reportés, on prévoit que le futur ne sera pas supérieur à vingt pour cent (20 %) au passé. Essentiellement, c'est... c'est ça.

Alors qu'il n'y a pas de base, il n'y a pas de base puisque la Régie ne se prononçant pas sur la liste des contrats qui s'en viennent et qui possiblement montrent que ce seuil n'est pas réaliste. Et on parle de vingt pour cent (20 %) par rapport même aux coûts, au montant du tarif actuel qui lui-même est même plus faible que, et ça c'est des chiffres publiques là, plus faible que ce qui se trouve dans la proposition à long terme qui fait partie de l'étape B là, donc...

Donc, c'est ça le problème. C'est qu'on bloque un côté, la Régie a bloqué un côté qui n'est pas... bien qui n'est pas en révision ici, mais sur

lequel... si j'ai bien compris Énergir, envisage de demander de nouveau d'être libéré de son impossibilité de faire approuver préalablement des contrats et ceci lié à la suppression des motifs de 6 et 7 de la présente demande de révision.

O.K. Mais, pour l'instant, il y a un certain nombre de contrats qui ont été en attente et qui n'ont pas fait l'objet d'approbation. Je ne sais pas s'ils peuvent être sauvés ou pas là, je ne sais pas si les délais le permettront parce qu'il y avait... il y avait, dans le dossier public, une échéance en décembre et... qui a été mentionnée et par laquelle il était souhaité d'avoir une décision avant une certaine date.

Donc, en même temps, on ne permet pas d'avoir la certitude et en même temps, il y a un autre type de certitude, par le fait que ça ne doit pas dépasser vingt pour cent (20 %). Et on a une course contre la montre avec moins de douze (12) mois qu'il reste pour avoir, je pense, dix (10) fois plus de GNR qu'on a actuellement. C'est ça. Et les chiffres donc apparaissent.

Donc, si madame la greffière peut lentement dérouler pour voir si je n'ai pas de trait... si je n'ai pas de trait en marge. Vous pouvez dérouler

tant qu'on ne voit pas de trait en marge du côté droit. Oui. Oui. C'est ça. O.K.

Oui. Ça, c'est... je vous ai déposé un exemple, l'exemple des extraits du plan d'approvisionnement qui montrent que pour les... pour le gaz non renouvelable, il n'y a pas d'approbation spécifique un par un des contrats, c'est globalement. Il y a un tableau qui montre tous les contrats et ensuite la répartition globalement, sans même nommer les contrats, à la page suivante, de tous les approvisionnements. Et c'est ça qui est approuvé. Oui, si madame la greffière peut continuer. Oui. Oui.

Donc, et... oui, si vous pouvez arrêter. Donc, ce que nous soumettons, c'est... Oui, en tout cas, dans un paragraphe antérieur, c'est que la Régie ne se... c'est contraire à l'objectif du législateur que la Régie pose un cadre tellement restrictif pour l'approvisionnement du gaz naturel renouvelable, alors qu'elle est tellement souple pour l'approvisionnement et les choix contractuels pour l'approvisionnement en gaz non renouvelable.

Il semble qu'il n'y a rien dans la... Ce que cela amène comme conséquence, c'est littéralement de dire qu'il est interdit à Énergir

d'acheter sans autorisation préalable, à moins que... sans autorisation préalable du gaz, sauf s'il est non renouvelable. C'est ça que ça se trouve à dire. Et je ne pense pas que c'est ce que le législateur voulait vraiment. Et le gouvernement par son... par son décret et par sa politique énergétique.

Donc, ce que je vous soumets, c'est qu'une fois qu'il s'avère qu'un plan d'approvisionnement d'Énergir comporte ou est obligé de comporter une certaine quantité de GNR pour se conformer à une obligation législative gouvernementale, la Régie ne doit pas et n'a pas le pouvoir législatif en vertu des articles 31, 48, 49 et 51, d'empêcher par une décision interlocutoire constituant un compte reporté ou par une décision tarifaire ou une décision sur un rapport annuel, la réalisation de cette exigence et plus particulièrement en empêchant la récupération tarifaire des coûts d'approvisionnement qu'Énergir est obligée d'encourir pour se conformer à une telle exigence. (12 h 10)

Et la Régie est également tenue, par une décision interlocutoire constituant un compte reporté ou par une décision tarifaire ou un rapport

annuel, de ne pas commettre de vice de fond sérieux et fondamental entraînant la nullité de sa décision quant à la manière dont elle tient compte des préoccupations gouvernementales, de l'intérêt public, des objectifs des politiques gouvernementales, du développement durable et de l'équité, au sujet de cet approvisionnement en GNR et de la récupération tarifaire de ces coûts.

J'ajoute quelque chose qui est très récent à 18B, qu'il n'est pas nécessaire, aux fins de la présente argumentation, d'adopter une conception large de la déférence due par la Régie envers les choix d'approvisionnement de son assujetti. Même si l'on retenait en effet l'opinion dissidente du régisseur Carrier de la Régie de l'énergie (dans le dossier de révision de Sainte-Sophie) adoptant une conception moins large de cette déférence, notre présente argumentation demeure valide, et la demande de révision d'Énergir devrait être accueillie.

Ça réfère, parce qu'on a vu tout à l'heure sur l'écran, au paragraphe 79 de l'argumentation d'Énergir qui a cité différentes sources. Donc, même si on n'allait pas aussi loin sur l'ampleur de la déférence envers la gestion prudente de

l'assujetti, tous les arguments d'Énergir et tous nos arguments restent valables.

À la section 3.3, et là je ne vais pas énumérer, essentiellement ce qui est dit, ce qui est dit à cette section 3.3, c'est, en vous soumettant les chiffres, que l'obligation est immense. Peut-être, Madame la Greffière, si vous pouvez juste descendre où on voit le chiffre un peu plus loin... C'est ça. Donc, il faut passer en quelques mois d'un approvisionnement de (je suis au paragraphe 22 de mon argumentation) d'un approvisionnement actuel d'environ quatre point cinq millions de mètres cubes (4,5 Mm3) de gaz naturel renouvelable. À ça il faudrait ajouter « Warwick ». Je ne l'ai pas ajouté, mais il faudrait ajouter « Warwick » qui n'est pas encore en service, mais qui a été approuvé. À environ soixante millions de mètres cubes (60 Mm3), ce que requiert l'atteinte en deux mille vingt, deux mille vingt et un (2020-2021) de la cible de un pour cent (1 %). C'est un pour cent (1 %) de la moyenne des trois années précédentes. Puis après, je vous présente le long tableau indiquant comment est-ce que j'ai... enfin pas moi, mais comment monsieur Fontaine a calculé ça.

Puis il y a une petite ambiguïté, à savoir est-ce que le gaz de Sainte-Sophie, est-ce que c'est du gaz non renouvelable? Ça fait qu'un jour il faudrait que quelqu'un tranche là-dessus pour savoir comment est-ce qu'on fait le calcul. Mais si on n'atteint pas les... si on est tellement loin des soixante millions (60 M), ça ne sera pas nécessaire de savoir s'il fallait inclure ça ou pas, mais ça fait triste un peu de dire que du biogaz n'est pas renouvelable, mais en tout cas.

Et est-ce que c'est un réseau? Est-ce qu'il est interchangeable sur un réseau ou sur tous les réseaux ou sur un seul réseau? Il y a un argument à faire là-dessus. Mais je ne veux pas rentrer là-dedans. Donc, on a les chiffres. Soixante millions (60 M) pour vingt vingt, vingt et un (2020-2021). Ensuite, cent vingt-deux millions (122 M) pour vingt vingt-deux, vingt vingt-trois (2022-2023). Et trois cent six millions (306 M) d'ici deux mille vingt-cinq, deux mille vingt-six (2025-2026). Puis il y a quatre point cinq millions (4,5 M) maintenant. Puis on a tout ce carcan.

Et je vous indique aussi dans cette section que plein de projets tombent. Il y a les projets du PTMOBC qui sont les grands projets d'usine de

biométhanisation municipale. Alors, on ne sait plus où on est. Il y avait plein de projets au début. Il y en a qui ont été explicitement abandonnés. Il y en a qui sont retardés. Il y en a qui sont retardés et qu'on essaie de relancer. Et souvent c'est parce que les coûts ne sont pas au rendez-vous pour assurer la rentabilité de ces installations selon les municipalités visées.

Et les délais... Il y a un des paragraphes où j'indique, les délais pour obtenir des subventions au PTMOBC sont expirés pour déposer des projets qui peuvent... Donc on en est là. Donc, même les projets annoncés. Il y a le rapport deux mille dix-sept (2017) d'Aviséo qui indique qu'il aurait pu y avoir dès deux mille dix-huit (2018) douze pour cent (12 %) de l'approvisionnement gazier, c'est dans ce rapport-là, qui serait constitué en GNR. On n'est même pas à une fraction de un pour cent (1 %). Et qu'en deux mille trente (2030), il pourrait y en avoir soixante-sept pour cent (67 %). Donc le potentiel est immense, mais il ne se réalise pas.

(12 h 15)

Peut-être qu'il y a une question de coût. Il y a un coût qui est mentionné dans le rapport

Aviséo, quinze dollars le gigajoule (15 $/GJ). Peut-être que... enfin, je ne sais pas si les rallier, ça sera un autre débat. C'est loin d'être fait, mais actuellement, les projets ne démarrent pas et on est à quatre virgule cinq millions, à peu près, aujourd'hui, de mètres cubes (4,5 M/m3).

Donc, si vous pouvez continuer à descendre. Ensuite, il y a le tableau... Oui, il y a tout le tableau du calcul, du calcul du un pour cent (1 %), deux pour cent (2 %). Si, Madame la Greffière, peut passer après ce long tableau et ses nombreuses sources qui sont énumérées.

O.K. Oui, c'est ça, ça, c'est les dates. Donc, les dates sont... Si les projets n'existent pas maintenant pour les plus grands projets municipaux, en principe le programme est expiré.

Euh... bon... et alors, en plus des obligations réglementaires du un pour cent (1 %), deux pour cent (2 %), cinq pour cent (5 %), il y a le décret de deux mille quatorze (2014) qui énonce que la préoccupation du Gouvernement économique, sociale et environnementale selon laquelle il faut préférer du biométhane local québécois plutôt que de l'importer. Donc, ça...

Et il y a... Ce décret cite également la

Politique québécoise de gestion des matières résiduelles et il y a, et je vous cite un peu plus loin. Donc, je cite ici, au long, le décret en question et il y a la Politique énergétique dont les objectifs doivent être pris en compte selon l'article 5, et cette politique énergétique favorise également le biométhane local.

Donc, tout ceci, de toute cette section, vise à vous sensibiliser. Tout ça, c'est ce qui avait été déjà dit en première instance là au fait que les besoins sont immenses, ce qui est acquis, en ce moment, est microscopique.

Et on a cette immensité des contraintes qui résultent des différents aspects de la décision attaquée et d'autres aspects décisionnels qui ne sont pas attaqués et qui se conjuguent. Donc, ceci vous est dit pour vous permettre de mieux juger si le vice est sérieux et fondamental compte tenu de ce contexte-là.

Donc, j'arrive, maintenant, plus loin. Attendez... oui... Alors, là les remarques seront relativement rapides sur chacun des trois parce que tout a été dit, finalement, dans les principes généraux. Donc, là, je vais passer en revue rapidement.

Donc, la section 3.4, c'est le premier groupe de motifs. Ce que je vous dis dans cette section, c'est essentiellement, ça désincite Énergir à acquérir du GNR parce que contrairement aux usages de la Régie, à la jurisprudence de la Régie, quant à de tels comptes de frais reportés, ils ne sont pas rémunérés aux coûts de capital moyen, mais aux coûts du capital prospectif qui est substantiellement inférieur, puis Énergir a redéposé la preuve à cet égard.

Donc, c'est désincitatif... c'est désincitatif. Donc, comme ça s'écarte de la jurisprudence, il y avait une obligation plus grande d'équité procédurale et de motivation de la Régie qui n'a pas été respectée.

Donc, on a pris Énergir à ce sujet, on mentionne des paragraphes. J'espère qu'ils sont encore tous là. Euh... Donc, on continue, Madame la Greffière, je vais voir s'il y a quelque chose d'autre au caractère désincitatif, et on ne traite pas de façon équitablement les approvisionnements en gaz naturel renouvelable par rapport à la souplesse dont bénéficient les approvisionnements non renouvelables.

Donc, ça c'était le premier point. Le seuil

d'écart de vingt pour cent (20 %). Donc, en réduisant les motifs, les sous-motifs de révision d'Énergir. Donc, là encore, l'argument, c'est que ça traite inéquitablement le gaz naturel renouvelable.

(12 h 20)

C'est un désincitatif ou ça crée un risque parce que ça pose Énergir dans une situation de « catch 22 » où ils doivent, soit ne pas se conformer aux règlements ou s'y conformer à ses risques en espérant que la décision... que les paragraphes attaqués de la décision, qu'ils soient attaqués aujourd'hui, serait modifiée rétroactivement parce que si on considère qu'il est peu probable que ces règles sur le compte de frais reportés soient modifiées rétroactivement, ça veut dire qu'Énergir doit attendre la décision finale après le mois de janvier en espérant qu'elle sera favorable et après se mettra à acquérir, alors qu'on sera à moins de six mois de l'échéance où il faut respecter le 1%.

(12 h 20)

Donc, si on peut continuer, Madame la Greffière. C'est la même structure d'argument qui est reproduite ici. J'ai enlevé les paragraphes qui

ne sont plus pertinents. Oui. C'est ça. Ça, je vais lire ce paragraphe 36.

Donc, l'évaluation au mérite susdite du caractère sérieux et fondamental du vice reproché à la formation de première instance, la Régie doit également tenir compte du fait que la formation de première instance ne siégeait pas encore en cause tarifaire sur le mérite à proprement parlé, mais uniquement à un stade provisoire visant à conserver les droits des parties et qui ne lui appartenait donc pas de limiter d'avance la capacité d'une future formation tarifaire de disposer au mérite, comme elle souhaitera, du solde du compte reporté le moment venu.

C'est l'argument que j'ai précisé tout à l'heure en réponse à, Monsieur le Président. Donc, si la Régie en première instance désirait malgré tout prédéterminer la disposition future en cause tarifaire au mérite de ce compte reporté, à supposer qu'elle ait pu le faire à ce stade, elle était tenue à une obligation d'équité procédurale plus étendue et à une obligation de motivation plus étendue.

Et je vous souligne, je laisse à votre discrétion de savoir si comme c'est un fait nouveau

datant du vingt-deux (22) novembre, si vous avez le droit d'en prendre compte ou pas le droit, je vous le mentionne, puis c'est qu'il y a une séance de travail récente au dossier 4008, le vingt-deux (22) novembre deux mille dix-huit (2018), qui montre que la réflexion se poursuit quant à la meilleure manière d'allouer les coûts d'acquisition du GNR, puisque celui-ci vise à la fois à répondre à la demande de certains clients volontaires prêts à payer un Tarif GNR supérieur et aussi b) à répondre aux impératifs législatifs et gouvernementaux possiblement de façon partiellement socialisée auprès de la masse de la clientèle, puisqu'allant au-delà de ce qui pourrait être récupéré par ce Tarif GNR des clients volontaires.

Donc, ce que l'évolution du dossier 4008 montre, c'est qu'il y a beaucoup d'options qui sont encore sur la table et ce n'est pas très compatible avec le carcan qui résulte de la décision attaquée.

Donc, je vous cite la référence, mais vous irez la voir ou pas selon que vous ayez le droit de prendre connaissance ou non d'une preuve nouvelle. La preuve ne pouvait pas être connue d'avance.

La fixation d'avance d'un seuil de reconnaissance aux contre-portées des coûts

d'acquisition n'est pas compatible avec le fait que la réflexion sur le sujet doit demeurer ouverte et que les approvisionnements urgents et requis pour respecter les échéances et exigences législatives et gouvernementales doivent demeurer, malgré tout, possibles pendant cette réflexion.

Puis là c'est la même chose pour le rejet. La méthodologie. Dans cette section, bon, Énergir sur papier n'attaque que sur le plan de l'équité procédurale, cet aspect. Et quand on parle de rejet de la méthodologie, c'est le fait de ne pas inclure une prévision des contrats, parce que cette prévision des contrats... Les contrats n'ont pas encore été approuvés. Et donc, ça a pour effet, notamment, de ne pas inclure le deuxième contrat de Saint-Hyacinthe qui est à un prix plus élevé que le premier et aussi pour ce qui est de Tidal et pour Tidal c'est maintenant que je fais une petite parenthèse qui n'est pas dans le texte, parce que j'ai pas eu le temps de l'inclure avant de déposer il y a quelques heures ou enfin, même minutes, l'argumentation révisée.

Tidal est un contrat avec un affilié. Donc, cette situation est la seule prévue à la loi, article 81, où il doit y avoir une approbation. Le

débat au mois de mai, en audience, portait à la fois sur Tidal et sur tous les contrats, mais sur Tidal la question se posait de savoir est-ce que l'approbation doit être préalable. Le contrat Tidal avait déjà été signé. Est-ce que l'approbation doit être préalable. Et si on suppose qu'Énergir a peut-être commis une erreur en concluant ce contrat sans approbation préalable, c'est quoi la conséquence? On retourne le gaz à Tidal On a lu le contrat, donc, est-ce qu'il y a quelque chose que la Régie peut faire pour inclure Tidal quand même dans les approvisionnements ou tout est annulé, puis on retourne du gaz à Tidal Donc, nous, nous avons plaidé qu'il y avait peut-être eu une erreur d'Énergir, mais qu'il faut, malgré cette erreur déplorable et tout, il faut trouver un moyen de... Tidal existe, il y a un contrat et l'intérêt public veut qu'on trouve un moyen, quitte à vérifier après coup si le contrat aurait été approuvé s'il avait été présenté pour approbation préalable. Et si c'est le cas, bien alors dans ce cas, on le garde dans les approvisionnements.

(12 h 25)

Mais, au-delà de Tidal, Saint-Hyacinthe, c'est pas un affilié, c'est un autre contrat qui...

il y en a d'autres qui attendent en ligne. Donc, ces contrats selon nous, au mérite, devraient être... devraient être inclus dans la détermination du tarif GNR qui sert à la détermination du compte de frais reportés.

Et donc, nous soumettons que c'est pas seulement... en fait, implicitement à la fois oralement et par écrit. Implicitement, Énergir plaide, avec justesse, que les contrats... oubliez le cas de Tidal, mais que les contrats non affiliés n'ont pas besoin d'une approbation préalable.

Mais, on dit que le problème... l'argument de révision, c'est simplement qu'il y a eu un manque de respect de l'équité procédurale parce que la décision au fond sur ce point est toujours en délibéré devant la Régie.

Mais, en même temps, il y a des arguments qu'ils vous ont soumis à l'effet que les contrats n'ont pas besoin d'une approbation préalable. Et peut-être si on pose le problème autrement, on était à un stade... un stade d'une mesure de sauvegarde pour déterminer l'apparence de droit. Donc, si le droit final n'est pas encore déterminé par une décision finale, il faut quand même déterminer l'apparence de droit. Donc, on peut

conclure qu'il y a apparence de droit suffisante pour inclure les contrats, les contrats non préalablement approuvés dans le calcul du tarif GNR.

Donc, ce que nous vous soumettons, nous appuyons... si vous jugez que vous êtes saisis du fond ou indirectement de la question du droit apparent, via ce moyen, ce troisième moyen, vous avez les arguments, je pense, à la fois d'Énergir, vous avez les nôtres et donc vous êtes en mesure de juger si, au-delà de la question de l'équité procédurale, si même sur le fond il y a matière que vous... pour la Régie, d'affirmer qu'il y avait au moins apparence de droit justifiant d'inclure... d'inclure ça dans la méthodologie.

Oui, Monsieur le Président.

LE PRÉSIDENT :

Vous conviendrez avec moi que l'actuelle formation qui vous écoute va être très déférente envers ce qui est pris en délibéré...

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

... et qui a été entendu dans une autre formation.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Très juste.

LE PRÉSIDENT :

Alors, on a déjà, je pense, notre lot ici à décider.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

O.K. Alors...

LE PRÉSIDENT :

Alors, je vais juste vous inviter à conclure.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Effectivement. Je pense que... De toute façon, pour l'instant, vous êtes uniquement saisi du texte... du texte de ce moyen sur l'équité procédurale quant au rejet de la méthodologie. Donc, je ne vais pas plus... je ne vais pas plus loin.

Et donc effectivement, j'arrive à ma conclusion, donc... Oui. Donc, je vous soumets que la demande de révision doit être accueillie pour l'ensemble des motifs, des trois groupes de motifs avec les différentes nuances qui sont exprimées dans la présente argumentation.

LE PRÉSIDENT :

Merci, Maître Neuman. On va prendre... Pour l'instant, je n'ai pas de question, je vais voir avec mes collègues, mais je verrai au retour. Si on

a des questions, on vous fera revenir à ce moment-là au lutrin. Merci d'avoir compris ma demande d'aller un peu plus rapidement. J'en suis désolé.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

J'essaie de prendre en compte toutes les choses qu'on a devant nous puis on veut traiter ça aujourd'hui. Alors, merci. Je vais vous revenir après la pause.

Me DOMINIQUE NEUMAN :

Oui. Ça va. J'estime avoir été entendu équitablement.

LE PRÉSIDENT :

Merci, j'apprécie. Alors, il est presque et demi, on va revenir, Maître Dunberry, une heure pour votre équipe, vous en avez assez pour dîner?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Une heure, oui.

LE PRÉSIDENT :

Oui. Alors, nous allons donc revenir dans une heure. Maître Therriault, ce sera vous... à moins que j'aie des questions, mais sinon ce sera à vous et après... Alors, bon appétit à tous. Merci.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Merci.

SUSPENSION

REPRISE

(13 h 29)

LE PRÉSIDENT :

Alors, vous aurez compris, je ne sais pas si madame Lebuis vous en a fait part, mais on n'aura pas de questions, Maître Neuman. Ça a été clair. Merci. Alors, oui, Maître Therriault, merci de prendre place, c'est à vous. Bienvenue en fait, parce que, de votre bureau, on voit plusieurs personnes, mais bienvenue, on vous voit rarement.

PLAIDOIRIE PAR Me JEAN-PHILIPPE THERRIAULT :

Merci beaucoup. Non, c'est habituellement maître Turmel et maître Charlebois qui sont là. Donc, bonjour, Monsieur le Président, Madame et Monsieur les régisseurs. Donc, comme vous allez le voir, ma plaidoirie sera plutôt courte aujourd'hui.

Tout d'abord, nous prenons acte de l'amendement verbal d'Énergir visant à retirer de sa demande de révision les sixième et septième motifs portant sur le seuil d'écart, et plus spécifiquement sur le fait que la première formation aurait excédé sa compétence en

intervenant sur les marchés non réglementés du GNR. Nous comprenons à cet égard des échanges de ce matin qu'Énergir verra à produire une version amendée de sa demande de révision afin de refléter par écrit le retrait des sixième et septième motifs.

L'intervention de la FCEI portant essentiellement sur le sixième motif d'Énergir, cette annonce vient sabrer en grande partie, sinon en totalité la plaidoirie que la FCEI prévoyait faire aujourd'hui. La FCEI tient toutefois à réitérer à la Régie certaines des conclusions qu'elle formulait dans son plan d'argumentation, lesquelles demeurent applicables même à la lumière des amendements apportés par Énergir à sa procédure.

Dans l'éventualité que la Régie en viendrait à la conclusion que la décision D-2019-107 est grevée d'un vice de fond de nature à invalider la décision en ce qui a trait à la question du seuil d'écart, pour l'un ou l'autre des motifs invoqués par Énergir à sa demande, soit les motifs 4, 5 et 8, la FCEI demande à la Régie de révoquer le paragraphe 160 de la décision et de retourner le dossier à la première formation afin

qu'elle se penche de nouveau sur cet aspect de la décision à la lumière de l'ensemble des faits pertinents.

Une telle façon de procéder, soit de retourner le dossier à la première formation, serait cohérente avec les motifs invoqués par Énergir dans ses quatrième et cinquième motifs, soit qu'elle n'a pas été en mesure de faire ses représentations à la première formation quant au seuil d'écart et que cette dernière formation n'avait pas en main l'ensemble de l'information requise pour rendre une décision.

Retourner le dossier devant la première formation quant à la question du seuil d'écart permettrait à Énergir de faire valoir ses arguments à ce sujet et ainsi permettre à la première formation de rendre une décision éclairée. De plus, et avec déférence, la seconde formation n'a pas présentement devant elle la preuve qui lui permettrait de substituer à la première formation et de porter un jugement éclairé quant à la question du seuil d'écart.

À titre d'exemple, la seconde formation n'a pas devant elle l'information relativement au prix du marché du GNR et à l'incertitude entourant la

qualité de l'information relative à ce prix de marché, supposant même qu'on puisse juger de ce qu'est le prix de marché du GNR au Québec. Nous vous soumettons que cette absence de données concluantes et fiables à cet égard a pu influencer la première formation lorsqu'elle a rendu la décision à l'égard du seuil d'écart et qu'à titre de déférence, la présente formation en révision ne devrait pas réviser le paragraphe 160 de la décision D-2019-107, mais plutôt le retourner devant la première formation.

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

LE PRÉSIDENT :

Donc, à toutes fins pratiques, c'est votre paragraphe 40 de vos conclusions que vous maintenez?

Me JEAN-PHILIPPE THERRIAULT :

Exact.

LE PRÉSIDENT :

Parfait. Je vous dirais que c'est assez clair.

Me JEAN-PHILIPPE THERRIAULT :

Parfait.

LE PRÉSIDENT :

Merci.

Me JEAN-PHILIPPE THERRIAULT :

Merci beaucoup.

LE PRÉSIDENT :

Merci. Maître Gertler pour le ROEÉ. Je comprends que vous êtes, Maître Gertler, comme moi, vous avez l'ordinateur, mais vous avez aussi le papier?

PLAIDOIRIE PAR Me FRANKLIN S. GERTLER :

Oui. Est-ce que c'est permis?

LE PRÉSIDENT :

Bien, moi, je le fais. Je ne sais pas si... Il y a des grands principes de la Régie. Mais mon but, c'est de rendre des décisions. Alors, je prends les moyens qui sont les miens pour rendre des décisions.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

On peut avoir deux, trois, peut-être écrans, mais à un moment donné, on ne peut pas regarder autant de feuilles en même temps.

(13 h 34)

LE PRÉSIDENT :

Tout à fait. En tout cas, dans mon cas, il y a une limite à l'âge aussi. Mais dans mon cas à moi. Pas dans le cas de mes collègues. Alors, vous avez bien

entendu ce qui n'est plus devant nous, ce qui a été retiré...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Oui, tout à fait.

LE PRÉSIDENT :

... ce matin par voie orale.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Tout à fait.

LE PRÉSIDENT :

Alors, donc, on vous entend sur le reste et on a bien lu votre plan...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

O.K.

LE PRÉSIDENT :

... d'argumentation.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Alors, je ne lirai pas le plan et je vais essayer de le suivre, mais le déroulement de l'audience a apporté certains éclairages et je vais essayer d'être le plus utile possible.

Juste quelques remarques liminaires. Bien, d'abord, je vais m'identifier, Franklin S. Gertler pour le ROEÉ, au cas que ce n'était pas déjà noté. Je suis content d'être devant vous puis je suis content que nous allons terminer, de toute

apparence, aujourd'hui, c'est une bonne chose.

Alors, juste quelques remarques liminaires. D'abord, je pense que quand on se met un peu en retrait de la demande de révision, puis surtout de sa présentation, pour moi, ça commence à ressembler drôlement à un appel. Et ça, c'est évidemment, ce n'est pas permis dans un contexte de révision.

Et je vous dirais aussi, parce qu'il y a eu une certaine discussion, j'étais un peu surpris, je pense que c'était au moment du retrait des deux motifs qui ont été retirés par Énergir, le six et le sept. En même temps, on a... Bien, d'abord, on a dit qu'ils étaient quand même bien fondés et on a pris la peine de le dire. Et aussi, on a, si j'ai bien compris, on s'est pris, je dirais, à la première formation, pour d'autres décisions qu'elle a rendues, laissant entendre que le 123... le D-2019-123 puis le D-2019-125, et même la dernière, je pense, c'est D-2019-159, étaient mal fondées aussi ou était susceptible d'attaques. Alors, j'étais un peu surpris de voir sortir les motifs par rapport à la D-2019-107 et parler d'autres choses.

Euh... et je pense que, toujours dans mes remarques liminaires, j'ai l'impression qu'Énergir

clame le droit de faire de la microgestion de la Régie et de s'ingérer, si on veut parler d'ingérence, de s'ingérer dans l'exercice par la Régie, de ses compétences exclusives en matière de tarifs et d'approvisionnement. C'est une petite parenthèse.

Justement, dans la décision d'hier, D-2019-059, je ne l'ai pas devant moi, mais de mémoire, on a mentionné, je pense, de manière favorable, qu'un élément des points que j'avais mis de l'avant, c'est-à-dire qu'on ne peut pas faire du cloisonnement de l'exercice des pouvoirs de la Régie de dire : « Vous pouvez faire ci, mais vous ne pouvez pas faire ça. Puis vous devez... » Ce n'est pas comme ça.

Et je vous dirais que ça, c'est quand même assez important parce que si on a... Ici, on est en matière tarifaire, évidemment, on parle d'un tarif provisoire, on est en matière de plan d'approvisionnement également ou d'approvisionnement. Et c'est sûr qu'on peut parler des articles 48, 49, 52.1, je pense, c'est ça, oui, et 72. Il n'en reste pas moins que ce sont des mises en oeuvre de la compétence de la Régie qui... Et elle, se situe à l'article 31 de votre loi.

(13 h 39)

Alors, de dire que la compétence exclusive par rapport à la surveillance pour assurer des approvisionnements suffisants et un tarif juste, ce sont simplement des... c’est des pouvoirs isolés, de manière générale, un peu comme je ne sais pas, comme un vérificateur ou quelque chose comme ça, puis que tout le reste, avec l'approche qui est prise, tout le reste passerait par le cinquième sous-paragraphe... 31, alinéa 1, cinquième. Toute autre demande.

Alors, je pense que c'est une proposition qui est farfelue, mais c'est un peu à ça que ça revient l'approche d'Énergir de dire, d'essayer de confiner de manière très importante et très contraignante l'exercice des compétences exclusives de la Régie qui ont été données jusqu'à nouvel ordre, par l'Assemblée nationale.

Évidemment, il a été mentionné également, je suis toujours dans mes remarques liminaires, je pense que l'aspect provisoire de l'exercice ne doit pas être oublié, parce que justement, non seulement la Régie a des compétences importantes, compétences exclusives qu'elle doit exercer, mais quand on parle de situation provisoire, elle devait prendre

les mesures nécessaires pour être capable de rendre les décisions, mais sans devancer la décision sur le fond.

Puis sur cette question-là de relation avec le fond, j'étais vraiment surpris tout à l'heure, lorsque, avant le lunch, je pense, lorsque mon confrère représentant Énergir a parlé du fait que la Régie a fermé ses portes avec ses décisions, finalement a refusé, si j'ai bien compris, à Énergir d'avancer et d'obtenir les décisions dont elle avait besoin pour avancer dans son entrée dans la filière de gaz naturel renouvelable.

Alors, je vous dis que c'est pas du tout ça la situation. La situation c'est que, justement et toujours en contexte provisoire, puis plutôt qu'avancer vers une décision vers le fond, Énergir a mis le fond et la fin du dossier, a mis la charrue avant les boeufs et a proposé plusieurs contrats urgents et des demandes prioritaires à la Régie et tout en amendant de manière répétée sa demande principale, dans le dossier dont on est en révision et notamment, puis c'est noté dans certaines des décisions de la Régie, le fait qu'on avait proposé au début un TRG qui était pour être la façon d'intégrer le GNR chez Énergir, puis là,

après, on a dit : « Bien on va proposer d'autres choses. ».

Alors, la situation était extrêmement mouvante et n'était pas facile à gérer, disons. Les membres de la Régie, la première formation, étaient aux prises avec cette situation-là. Puis la difficulté de la situation vient aussi du fait que c'était un peu comme un dossier, pas générique, mais c'était une première et on a navigué, afin de pouvoir rendre des décisions qui faisaient du sens dans le contexte d'intégration de ce nouveau produit dans l'approvisionnement d'Énergir.

(13 h 44)

Deux autres petites remarques liminaires, j'ai dit au début, que pour quelque chose qui était tellement clairement invalide, insoutenable, ultra vires, c’est quand même étonnant que ça prend quatre heures de plaidoiries, vingt-cinq (25) pages de plan d’argumentation, neuf maintenant, moi, j’ai compté neuf là, je ne sais pas, maintenant, on est à sept motifs et quarante et une (41) autorités pour vous en faire la démonstration.

Une chose qui me vient à l’esprit également, puis c’est rendu un peu difficile parce que la Régie a l’habitude de mettre dans ses

conclusions cette espèce de conclusion fourre-tout qui dit, bien de se conformer à toutes les autres conclusions dans la décision. Mais, quand même, on voit dans la présente demande en révision quand même, je vous soumets, le danger parce que, en matière civile, c'est très clair. On va en appel des conclusions et non pas du raisonnement ou des motifs.

Tandis qu'ici, on vous a donné droit à de la microanalyse mot-à-mot de certains des paragraphes choisis à travers une décision de quarante-huit (48) pages. Puis ça, je vous le dis, ça peut amener à des difficultés.

Bon. Je serai au paragraphe 2 de mon exposé où je dis, plus particulièrement, nous soutenons que les conditions d'ouverture d'un recours en révision sous l'article 37 ne sont nullement réunies et que la demande de révision se résume à un appel déguisé de la décision régulière de la Régie.

Alors, une chose que je vous rappellerai, c'est que c'est le fardeau d'Énergir de vous convaincre parce que le statu quo, la situation normale, c'est que la décision est finale, sans appel, protégée par une clause privative des plus

parfaite qui peut prendre la force d'un jugement de la Cour supérieure. Et c'est une compétence... en exercice d'une compétence exclusive, ainsi de suite.

Alors, c'est le fardeau d'Énergir de vous convaincre de déranger, de modifier ce statu quo. Puis je vous soumets qu'ils ne l'ont pas relevé.

Maintenant, je vous demanderais de, on va regarder, si vous permettez, un tout petit peu la jurisprudence en matière justement de révision. Je vais regarder très brièvement des passages de deux des trois décisions de la fameuse trilogie à la Cour d'appel.

Et dans ce contexte-là, je pense que c'est bien important de retourner justement voir ces décisions-là parce qu'on a tendance à dire « oui, oui, oui, c'est la jurisprudence bien établie, la Régie connaît bien. » Mais, je pense que ça vaut la peine de retourner dans le contexte.

Alors, je vous demanderais de regarder d'abord, Madame la Greffière, c'est la première des autorités, l'onglet 1 d'Énergir. C'est Épiciers Unis Métro-Richelieu, décision de la Cour d'appel. Parfait. Vous êtes plus rapide que moi, ça, c'est certain.

(13 h 39)

Alors, dans cette affaire-là, vous savez, c’est une question de permis de bière, de vente de bière essentiellement et il y avait deux erreurs ou deux reproches. Une, c’était qu’il y a eu un... le premier TAQ n’aurait pas tenu compte... ne semblait pas être au courant qu'il y avait déjà un permis d'épicier chez Métro Richelieu pour vendre la bière, puis, bon, ensuite il y avait un fait nouveau. Mais je veux aller dans la décision et là, Madame la Greffière, il n'y a pas de pagination, mais je veux aller à la quatorzième page du document dans les motifs du juge Rothman.

LE PRÉSIDENT :

Votre paragraphe commence par quoi?

Me FRANKLIN S. GERTLER :

« Quite clearly » on est dans la partie en anglais. C'est 8, mais c'est à l'intérieur de l'opinion. C'est 8, mais c'est pas la huitième page du document. C'est ça le problème. Alors, le Juge Rothman dit :

Quite clearly, Sec. 37...

Puis c'est 37 de l'autre loi, évidemment, c'est juste un hasard.

is the provision granting the Régie

1 jurisdiction to review and revoke its
2 own decisions and limiting its powers
3 to the conditions specifically
4 mentioned in the section. If the
5 conditions are met, the Régie has
6 jurisdiction to review or revoke a
7 decision it has previously made. If
8 the conditions mentioned in Sec. 37
9 are not present, it has no such
10 jurisdiction.
11 Alors, ça c'est très important. C'est ça que je
12 disais et pour vous, c'est une question de
13 compétence. Vous n'avez pas compétence de réviser à
14 moins d'être capables de vous faire entrer dans
15 l'article 37 de la Loi sur la Régie de l'énergie.
16 Puis là, à la page suivante, Madame la
17 Greffière, juste en bas de la partie en retrait.
18 Plus loin s'il vous plaît. Alors, c'est la page 9
19 de l'opinion. C'est le quinzième dans le document.
20 Sec. 37 of the Act creating the Régie
21 empowers the Régie to review
22 a decision it has previously made, but
23 only in the specific circumstances
24 mentioned in the section and subject
25 to the conditions there required. To

1 exercise its jurisdiction in that
2 regard, the conditions of Sec. 37 must
3 be fulfilled. If the tribunal reviews
4 or revokes a prior decision when the
5 conditions required under Sec. 37 are
6 not met, its error is a jurisdictional
7 error open to judicial review [...]
8 Là, j'irais deux pages plus loin. Évidemment, il y
9 a plus de choses dedans, mais c'est l'essentiel.
10 LE PRÉSIDENT :
11 Le début de votre paragraphe que vous voulez citer?
12 Me FRANKLIN S. GERTLER :
13 C'est « Vice de fond ». C'est ça.
14 LE PRÉSIDENT :
15 On est là. Parfait.
16 Me FRANKLIN S. GERTLER :
17 Vice de fond :
18 The Act does not define the meaning of
19 the term «vice de fond» used in Sec.
20 37 . The English version of Sec. 37
21 uses the expression «substantive
22 defect». In context, I believe that
23 the defect, to constitute a «vice de
24 fond», must be more than merely
25 «substantive». It must be serious and

> fundamental. This interpretation is supported by the requirement that the «vice de fond» must be «... de nature à invalider la décision». A mere substantive or procedural defect in a previous decision by the Régie would not, in my view, be sufficient to justify review under Sec. 37. A simple error of fact or of law is not necessarily a «vice de fond». The defect, to justify review, must be sufficiently fundamental and serious to be of a nature to invalidate the decision.

Alors, là, évidemment, il faut que ça soit vraiment très grave. C'est pas juste, parce que... Autrement dit, la première formation a le droit d'errer, à faire des erreurs, mais en autant que ça ne soit pas d'une gravité de nature fondamentale et sérieuse au point de l'invalider, puis moi je vous dirai qu'à plus forte raison, dans un contexte de Régie, justement où les mêmes justiciables, si ce sont des justiciables, reviennent de manière, comme l’a plaidé mon confrère, régulière, annuelle, devant la Régie. Alors, c’est un processus qui

n'est pas parfait, c'est un processus de régulation dans lequel on a fait un espèce de tango pour gérer un monopole qui opère avec un brevet ou une franchise donnée par le Gouvernement.

(13 h 54)

Et je remarquerais aussi, puis je pense qu'Énergir n'a pas raison quand on vous plaide que tout problème au niveau du devoir d'agir équitablement là, le « fairness » ou la justice naturelle, de tout problème de cette nature-là ouvre la porte immédiatement et sans discussion à la révision. Je pense que c'est une erreur puis la Cour d'appel, le juge Rothman, le dit, il parle très bien :

> A simple error of fact...

Excusez-moi, il dit, dans le passage que je viens de lire :

> A mere substantive or procedural defect in a previous decision by the Régie would not, in my view, be sufficient.

Alors « procedural defect », c'est quoi? C'est une erreur au niveau du droit d'être entendu ou l'avis qui est donné ou les motifs. Il faut que ça soit grave ou majeur.

Alors, je passe... Vous savez, j'ai beaucoup de jaune là-dedans, mais je ne mettrai pas le... je ne vous parlerai pas plus longuement de celle là.

Maintenant, je voulais aussi... je... je saute par-dessus Godin qui se trouve à être la deuxième autorité de mon confrère, sauf pour vous dire que dans les motifs du juge Fish, c'est au paragraphe... J'aimerais vous référer au paragraphe 39 jusqu'à 51.

Maintenant, je me tourne vers Fontaine, qui est la troisième autorité, Madame la Greffière, de la Commission de la Santé et de la Sécurité du Travail contre Jacinthe Fontaine. Et là, j'irai, si vous me le permettez, à la page 21. C'est effectivement dans les motifs du juge Morissette, je pense, qui a écrit pour la Cour, et je suis au paragraphe 50. O.K., mais dans le bas du paragraphe 50 là.

Puis, là monsieur le juge Morissette dit :

> On voit donc que la gravité, l'évidence et le caractère déterminant d'une erreur sont des traits distinctifs susceptibles d'en faire un vice de fond de la nature à invalider

une décision.

Alors, comme je l'ai dit tout à l'heure, s'il faut mettre plusieurs heures et plusieurs pages à les expliquer, ils ne sont pas si évidents que ça.

Au paragraphe 51, il continue, il dit :

> En ce qui concerne la raison d'être de la révision pour un vice de fond de cet ordre, la jurisprudence est univoque. Il s'agit de rectifier les erreurs présentant les caractéristiques qui viennent d'être décrites. Il ne saurait s'agir de se substituer à une première opinion ou interprétation des faits ou du droit, une seconde opinion n'est ni plus ni moins défendable que la première.

Excusez-moi, j'ai mal lu ça, mais je pense que...

> Intervenir en révision pour ce motif commande la réformation de la décision par la Cour supérieure car le Tribunal administratif[...]

Puis là, c'est entre guillemets :

> «commits a reviewable error when it revokes or reviews one of its earlier decisions merely because it disagrees

with its findings of fact, its interpretation of a statute or regulation, its reasoning or even its conclusions».

Point à la ligne.

(13 h 59)

L'interprétation d'un texte législatif « ne conduit pas nécessairement au dégagement d'une solution unique » mais, comme « il appart[ient] d'abord aux premiers décideurs spécialisés d'interpréter » un texte, c'est leur interprétation qui, toutes choses égales d'ailleurs, doit prévaloir. Saisi d'une demande de révision pour cause de vice de fond, le tribunal administratif doit se garder de confondre cette question précise avec celle dont était saisie la première formation (en d'autres termes, il importe qu'il s'abstienne d'intervenir s'il ne peut d'abord établir l'existence d'une erreur manifeste et déterminante dans la première décision). Enfin, le recours en

> révision « ne doit [...] pas être un appel sur la base des mêmes faits » : il s'en distingue notamment parce que seule l'erreur manifeste de fait ou de droit habilite la seconde formation à se prononcer sur le fond, et parce qu'une partie ne peut « ajouter de nouveaux arguments » au stade de la révision.

Alors, c'est dans ce contexte-là que je vous mentionne que je trouve ça toujours inquiétant lorsqu'on dit que les tests sont bien connus, on va passer dans le dossier tout de suite, mais ce n'est pas ça. Il faut vraiment démontrer la présence d'erreurs ou de vice de fond de nature à invalider la décision.

Puis je vous mentionnerai dans ce contexte-ci que, en lisant ce paragraphe-là de la décision de la Cour d'appel, on pourrait réfléchir comment ça peut interagir avec les prétentions d'Énergir quant à... c'est le coût de capital prospectif ou le coût de capital de moyenne pondérée qu'il faut utiliser. Ce sont des choix réglementaires ou comment est-ce que... quel écart on va permettre quand on constitue le compte de frais reportés.

J'étais pour vous faire une petite excursion dans la loi, mais je pense que je l'ai pas mal déjà mentionné, j'ai mentionné évidemment, parce que c'est ça qu'il faut regarder, il faut regarder le contexte dans lequel l'article 37 s'est inscrit. Puis comme j'ai dit, c'est dans un contexte de compétence exclusive.

J'aurais pu dire aussi, dans le contexte de l'article 5, dans le sens que l'article 5 confirme que, dans l'exercice de ses pouvoirs à l'article 31, que la formation saisie du dossier jouit justement d'une grande latitude pour rencontrer les différentes responsabilités qui sont décrites à l'article 5. Alors c'est un peu ça.

Et d'ailleurs, je mentionne parfois que lorsqu'on regarde la version originale, je pense que c'est le projet de loi 50, il y avait des notes liminaires qui sont éliminées dans la refonte, mais à l'origine, c'est des responsabilités de la Régie, vos responsabilités. C'est ça la nature de l'article 5 selon le législateur. Alors, 31, compétence exclusive.

Évidemment, 34, le fait qu'on pouvait décider en partie seulement, et toute décision pour sauvegarder. On était là-dedans, dans une

provisoire. D'ailleurs, à la demande expresse, comme je mentionne dans mon plan, d'Énergir, on demandait une décision provisoire sur le tarif. Alors, on savait que ce n'était pas pour être parfait nécessairement. C'était un processus relativement sommaire. On avait l'option d'attendre et de faciliter l'arrivée au fond.

(14 h 04)

Alors, comme j'ai dit, l'article 35 alinéa 2, tous les pouvoirs nécessaires pour l'exercice de ses compétences, 39 force de la Cour supérieure; 40 décision sans appel, 41, clause privative. Puis là, c'est l'article 37 s'inscrit dans ce contexte-là, alors on voit les limites.

Maintenant, je veux regarder cette deuxième chose. Après la loi, regarder la décision à laquelle on s'attaque et, évidemment, c'est la D-2019-107.

Maintenant, dans son plan d'argumentation qui est le B-0008, si je ne me trompe pas, mon confrère bien reprend, présente, je dirais, à la page 2, les paragraphes et conclusions de la décision dans la révision qui sont attaqués, alors...

Mais, moi, je vais vous demander de les

regarder un peu plus en contexte et c'est heureux parce que ça va nous permettre aussi de, je dirais, traiter de manière relativement expéditive en mentionnant différents aspects des motifs et des arguments de mon confrère en partant directement des paragraphes attaqués.

Comme je l'ai mentionné, on est devant une décision quand même sur une matière provisoire de quarante-huit (48) pages de long qui a été rendue après audience et après présentation de preuve et évidemment la possibilité de part et d'autre de plaider et de présenter sa preuve, de contre-interroger et de plaider.

Alors, je vous demanderais d'aller d'abord à la page 28 parce que c'est là qu'on arrive dans l'opinion de la Régie. Alors, c'est l'opinion de la Régie à 44.3 :

> [113] La Régie considère, sous réserve de ce qui suit, qu'il est opportun qu'un Tarif GNR soit établi de façon provisoire avec effet au 19 juin 2019...

alors, Énergir a eu qu'est-ce qu'elle voulait

> ... date de la Demande formulée par Énergir. En effet, dans l'exercice de

ses pouvoirs discrétionnaires...

c'est quand même très important

... la Régie dispose d'un droit clair et non équivoque d'établir un tarif provisoire avec ses Conditions de service afférentes et avec constitution connexe d'un CFR, même de façon rétroactive.

Ça, c'est pas attaqué comme tel par mes confrères.

[114] Les articles 31 (1o) et (5o), 34, 48 et 49 de la Loi confèrent à la Régie la discrétion et la compétence nécessaires afin de fixer, de façon provisoire, des tarifs et des Conditions de service auxquels le gaz naturel est distribué par un distributeur de gaz naturel, qui sont requis jusqu'à ce qu'une décision sur le fond soit rendue.

Alors, ça, c'est la compréhension de la formation où est-ce qu'elle était puis qu'est-ce qu'elle faisait, très important, je pense.

Maintenant, si vous permettez, on va aller à la page 33. Puis là, on est dans la partie 5 de la décision qui commence à la page 32

« Établissement du tarif GNR d'application provisoire ».

(14 h 09)

Puis là, c'est important parce qu'on arrive dans un des paragraphes qui sont attaqués par Énergir, dans la mesure où on peut s'attaquer, comme je vous l'ai mentionné, à un paragraphe dans une décision qui n'est pas dispositif.

Bon, dans cette section-là, évidemment, on fait état de la proposition d'Énergir, c'est au paragraphe 127, qui est juste avant. Ensuite, on parle de l'écart. Puis là, dans un contexte où il y a eu la preuve, quand même, 130 :

> La Régie constate une certaine divergence entre l'objectif énoncé par le Distributeur, soit récupérer le coût d'achat du GNR à travers le Tarif GNR, et la méthodologie qu'il retient ou les données qu'il utilise dans l'application de cette méthodologie, pour calculer les tarifs provisoires.

Puis là, bon, je n'irai pas dans le détail de 131, qui donne des détails de prix et de coûts. 132... mais c'est juste... ça illustre... ce n'était pas de la fantaisie là, ce n'était pas quelque chose

d'arbitraire quand la Régie s'inquiétait de la valeur ou la justesse de la méthodologie, l'à propos de la méthodologie proposée. Il y a des intrants dedans. Alors, 132 :

> La Régie observe aussi certains problèmes relatifs aux fondements réglementaires et aux pratiques liées aux prévisions d'approvisionnement utilisées par le Distributeur pour déterminer provisoirement le Tarif GNR.

Puis là, 133, puis c'est ça qui est attaqué :

> En premier lieu, les prévisions de coûts d'approvisionnement utilisés par le Distributeur pour déterminer les tarifs provisoires sont basées, dans plusieurs cas, sur des contrats ou des caractéristiques de contrats non approuvés par la Régie. À titre d'exemple, la Régie relève le cas des approvisionnements en GNR en provenance de l'usine de biométhanisation de la Ville d'Hamilton.

Là, évidemment, on semble, si je comprends bien, on

semble s'objecter qu'on présume dans ce contexte-là, d'une compétence pour approuver ou nécessité de faire approuver les contrats. Évidemment, le cas de la Ville d'Hamilton, je pense que c'est, d'une manière, c'est lié avec Enbridge, si je comprends bien, mais ça je passerai à côté, c'est juste de mémoire que je dis ça, mais...

Là qu'est-ce que je voulais vous dire, ici, c'est que c'était une demande de tarif provisoire. On avait déjà une certaine preuve, je pense, à ce moment-là, qu'Énergir chargeait un tarif pour le gaz naturel renouvelable qui n'était pas le tarif, le seul tarif qui pouvait s'appliquer, approuvé par la Régie.

Ces approvisionnements-là n'étaient pas encore dans le plan d'approvisionnement approuvé de Gaz Métro ou d'Énergir. Il n'y avait pas... il n'était pas encore dans les tarifs, pas de... Alors, la Régie, ici, ne prétend pas nécessairement à une compétence pour approuver à la pièce tous les contrats. Elle est simplement en train de dire que dans un contexte provisoire, elle n'est pas prête à accepter certains des prix qui sont reflétés dans ce contrat-là parce que ça crée une situation, un certaine... je dirais risque, non pas pour Énergir,

mais un risque réglementaire pour la Régie, je dirais, dans un contexte provisoire.

Puis là, à 134, 135, on parle de certaines choses qui ont été peut-être exclues ou incluses de manière pas tout à fait justifiée.

(14 h 14)

Puis là, on arrive aux autres paragraphes qui étaient attaqués indirectement :

> [136] Sur la base de ces constats, la Régie conclut que les choix méthodologiques effectués par le Distributeur pour calculer le Tarif GNR d'application provisoire pour les années 2017-2018 à 2019-2020, ne permettent pas d'atteindre l'un des objectifs poursuivis par le Distributeur, soit d'éviter un écart entre le prix réel d'acquisition du GNR et le prix facturé à la clientèle.

Alors, très important, Énergir a proposé une méthodologie, a fait sa preuve puis la Régie, dans un contexte provisoire dans l'exercice de sa grande expertise parce que vous n'êtes pas simplement... C'est pas une... c'est pas la justice contradictoire ici. Mais, vraiment vous avez le

droit de faire... d'utiliser et appliquer votre connaissance. La Régie et la première formation a fait ce choix-là.

Et puis là, la Régie continue, puis celle-là on ne vous a pas vraiment porté votre attention là-dessus, la Régie... Énergir n'a pas porté l'attention là-dessus.

> [137] La Régie souscrit cependant à cet objectif puisqu'il permet d'associer les coûts réels, ou les projections les plus contemporaines des coûts d'acquisition du GNR, au Tarif GNR supporté par la bonne génération de consommateurs...

Ça, c'est des... des préoccupations très régies, très régulateurs, c'est absolument légitime.

> ... La Régie présente donc aux sous-sections suivantes la méthodologie retenue pour calculer les tarifs provisoires...

je le souligne bien.

> ... de GNR. Elle insiste cependant sur le fait que la méthodologie proposée se veut une réponse pragmatique à l'objectif d'assigner les coûts réels

> à la bonne génération de clients et ne constitue pas une approbation des caractéristiques des contrats d'approvisionnements en GNR qu'Énergir a conclus ou entend conclure.

C'est très... ils sont très conscients des limites et du contexte et ils essaient de résoudre le problème. Il n'y a rien de mal, je pense. Moi, je n'ai rien vu de mal encore là-dedans, d'erreurs tellement graves qu'on doit réviser.

Maintenant, à 138 on décrit, de manière sommaire, la méthodologie qui est un peu au même sens de qu'est-ce que je viens de décrire. Puis là, je vous demanderais, Madame la Greffière, d'aller à la page 37, c'est le paragraphe 148. Là à 148 :

> [148] Malgré sa volonté d'approuver des tarifs...

Là on est dans le titre 5.1.2 « Écart de prix cumulatif » :

> [148] Malgré sa volonté d'approuver des tarifs provisoires les plus proches possible des coûts d'approvisionnement réels du Distributeur...

D'ailleurs, je n'ai jamais compris pourquoi on dit

« Distributeur » avec un grand D quand on dit que c'est dans la loi, c'est pour Hydro-Québec, mais... en tout cas.

> ... 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 appropriée.

(14 h 19)

Alors, on dit, bien on va créer un compte. Maintenant, bon, si on s'en va à 153, évidemment comme je l'ai mentionné, Énergir a demandé la création d'un compte de frais reportés. Ça faisait partie de leurs demandes. Alors, le traitement de ce sujet-là ne les a pas pris par surprise. Mais, ils proposent l'utilisation du coût moyen pondéré du capital, le CMPC, je pense. Mais c'était son fardeau de convaincre la formation que c'était la bonne... les bons paramètres à retenir. Et on dit à 155 que :

> [155] Les intervenants ne s'opposent pas à la méthodologie présentée.

Mais ça n'écarte pas la formation évidemment avec son expertise. Maintenant,

> [156] La Régie demande au Distributeur de prendre en compte, dans un compte

> d'écart, les écarts entre ses coûts d'approvisionnement réels et ses ventes au Tarif GNR d'application provisoire approuvé 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'écart les données relatives à ces coûts d'approvisionnement réels (volumes et prix), pour chaque fournisseur.

Et, là, il répète à 157 que ça n'apporte pas approbation à des contrats. Puis, là, on arrive au fameux 158 qui est attaqué :

> [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,...

les approvisionnements, le Plan d'approvisionnement, c'est ça que j'ai dit tout à l'heure, parce qu'on était préoccupé par le fait que ce n'était pas encore intégré cet approvisionnement,

> ... la Régie croit qu'il est plus prudent de limiter la possibilité de

générer des écarts en imposant une limite aux contrats d'acquisition qui pourront être comptabilisés à l'intérieur de ce compte d'écart.

Alors 159, celui-là n'est pas attaquée, ça a l'air mais...

[159] 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.

Là, juste avant de continuer, j'abonde exactement dans le même sens que vous, Monsieur le Président, au niveau du mot « prudent ». 158 ne s'adresse pas à Énergir dans ce contexte-là, puis là il faudrait que je regarde les différentes dates, mais il y avait déjà des contrats d'approuvés. Et on avait aussi... On a dit qu'on était favorable, on décide en faveur d'un tarif provisoire. Mais en le faisant puisqu'on est dans un contexte provisoire, la Régie

dit dans l'exercice de ses pouvoirs en matière provisoire qu'il impose une limite aux contrats d'acquisition qui pourront être comptabilisés à l'intérieur de ce compte d'écart.

(14 h 25)

Parce que c'est sûr qu'Énergir a des intérêts. Puis, moi, je vous dirai que je relativise beaucoup la valeur générale des énoncés du juge Bastarache dans l'affaire Atco par rapport à l'entreprise privée puis le droit de gérer. Je pense que c'est très particulier aux circonstances de cette cause-là qui portait sur la demande de faire partager avec les consommateurs, les profits qui venaient de la vente d'un actif réglementaire qui n'était plus requis. Alors, c'était très particulier et puis il ne faut pas en faire des dispositions du Code civil d'une décision qui survient dans une circonstance bien particulière.

Puis je vous dirai qu'avant d'aller aussi loin dans ce sens-là, il faudrait regarder la juxtaposition de votre loi notamment entre l'octroi d'une franchise, qui est un privilège, et qu'est-ce qui va avec, sur l'assujettissement à la Régie, on est dans les eaux des articles 60, je pense, et suivants de la Loi sur la Régie.

Et l'article 5 fait appel aussi à, évidemment, à ce même espèce d'équilibre. Ça ne dit pas que tout doit être donné au Distributeur, au risque de créer des dangers de coûts qui vont être supportés par les consommateurs avant qu'ils soient examinés, au fond, dans le dossier. Alors, 160, je pense que j'étais rendu là, qui est très attaqué :

> Le CFR pourra comptabiliser les coûts réels d'achat du GNR déboursés, le coût réel par mètre cube ne devant toutefois pas dépasser de vingt pour cent (20 %) le Tarif GNR de l'année tarifaire en cours. Les modalités de ce CFR temporaire[...]

« Temporaire », on le dit bien :

> [...] pourront être revues à la suite de l'examen au fond des caractéristiques d'acquisition des contrats de GNR, prévu à l'étape B.

Alors, c'est sûr que notre vingt pour cent (20 %) n'est peut-être pas, n'a pas fait l'objet d'un grand débat, mais la Régie avait beaucoup de preuves quant aux contrat engagés ou de négociations, puis les prix, en Amérique du Nord.

Alors, c'est pour ça que je ne pense pas

que ça soit de l'arbitraire. Alors, quand on parle du quatrième motif, dont je ne me souviens pas du libellé, mais le quatrième motif de mon confrère, il porte sur... excusez-moi... C'est ça, qui se trouve à la page 15 de son plan d'argumentation :

> La Première formation a erré en imposant un seuil d'écart en contravention aux règles de justice naturelle et d'équité procédurale.

Alors, je vous soumets que dans le contexte, on voit que la Régie savait très bien qu'est-ce qu'elle faisait puis qu'elle était dans un contexte où justement ces questions-là avaient été débattues. Pas nécessairement le libellé exact de la solution retenue, mais les questions ont été débattues. Le danger que ça représentait, est-ce qu'on va couvrir? Est-ce que ça va être un trop grand écart? Ou ces choses-là. Puis dans ce cas-là, comme ici, c'était le fardeau d'Énergir. Oui... excusez-moi.

LE PRÉSIDENT :

Non, mais pour ce que vous venez de dire, ce que vous avez commencé à amorcer comme préoccupation. Les débats ont été faits, les débats de fond. En fait, la Régie a permis aux participants,

l'ensemble des participants, de pouvoir se prononcer sur des enjeux et on était dans une demande... dans une demande urgente...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Hum, hum.

(14 h 30)

LE PRÉSIDENT :

... donc, de régler en sauvegarde, de régler rapidement. Et la Régie a rendu une décision après avoir entendu les gens. Ce que votre confrère nous a plaidé hier et ce matin, il nous a dit que le droit d'être entendu aurait demandé une étape supplémentaire, c'est-à-dire que la Régie qui est un tribunal, effectivement, ultra spécialisé, c'est pas moi qui le dis...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Ultra spécialisé. Oui. C'est ça.

LE PRÉSIDENT :

Oui, il est ultra spécialisé, mais c'est pas moi qui le dis, ça a été la Cour qui l'a dit. Je vais être très humble là-dedans personnellement. Il a travaillé dans son coffre à outils, puis pour répondre à la demande provisoire, puis à la demande de sauvegarde, a sorti des éléments qui n'étaient peut-être pas et qui n'avaient peut-être pas été

nécessairement discutés lors de l'audience. Alors, selon vous, est-ce que le droit d'être entendu demandait de façon précise à la première formation de revenir tester les idées? Parce que vous ne semblez pas aller vers ça en tout cas, si vous êtes logique avec ce que vous avez amorcé.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Mais je vais vous en parler, bien je pourrais le faire tout de suite, mais j'étais pour vous parler de la décision de la Cour suprême dans l'affaire de CRTC contre CTV qui répond pas mal à cette préoccupation-là, mais essentiellement, qu'est-ce que je vous dirais, j'ai pas fait... Moi, je suis humble intervenant là-dedans. J'ai pas un cabinet derrière qui a fait passer à la loupe chacune des transcriptions et des pièces. Je ne me souviens même pas si dans ce cas-là j'ai regardé tous les éléments confidentiels. Je pense que j'ai eu droit à certaines des trans... Pas le droit, mais j'ai reçu, j'ai lu certaines des transcriptions, mais j'ai pas regardé toutes les versions confidentielles des pièces.

Alors, il y a un travail peut-être à faire, possiblement, mais même à ça, je veux dire, on parle d'une formation, évidemment, au début, c'est

monsieur Pilotto, puis je ne me souviens pas trop qui qui était sur le banc, mais le banc qui est saisi de ce dossier-là est là depuis longtemps et a rendu, comme on l'a dit, plusieurs décisions. Alors, il y a tout un contexte, puis ça serait pas mal hasardeux pour vous sur la foi de qu'est-ce qui vous est plaidé, que ça n'a pas été discuté ou il n'y a pas eu de lueur d'idées de qu'est-ce qui était pour être sorti. Je pense que ça serait hasardeux pour vous de...

LE PRÉSIDENT :

Enfin, Maître Gertler, je ne veux pas nécessairement... Ma question n'était pas de savoir si on a parlé de la couleur rose, parce qu'on met du rose dans la décision, c'est pas ça que je veux dire. Ce que je veux vous dire, si après avoir entendu, là, je suis dans une sauvegarde, puis je suis dans une provisoire, puis je suis dans une demande urgente, est-ce que les moyens que je vais prendre pour essayer de répondre à tout ça, je dois retourner les faire valider dans tous les cas?

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Non, je ne pense pas. Moi, je pense que... J'ai pas fait les recherches dans toutes les questions de décisions collégiales...

LE PRÉSIDENT :

Oui. Ça je comprends.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Et de connaissance d'office et toutes les choses que mes amis Janisch et Mullan et Risk et autres, Evans, auraient écrit au cours des années concernant, mais Ouellette aussi sur un peu comment les décisions peuvent se prendre dans le cas d'un tribunal de régulation économique comme la Régie. Mais moi, je ne pense pas, après avoir entendu les parties, puis à plus forte raison dans le contexte provisoire que vous mentionnez, je ne pense pas qu'on a besoin d'aller faire valider notre décision et la solution exacte retenue avec dans ce cas-ci Énergir avant de rendre la décision qui a été rendue, si ça répond à votre question, moi, je ne pense pas que c'était légalement requis.

LE PRÉSIDENT :

O.K. Vous avez tout à fait répondu à ma question. Merci.

(14 h 35)

Mme ESTHER FALARDEAU :

Excusez-moi, j'aurais une question complémentaire par rapport à ça. Au point de vue strictement légal, ça n'est pas requis, mais au point de vue de

la prudence d'opter pour une solution qui n'a pas été discutée en audience et qui n'a pas été discutée en preuve, qu'est-ce que vous pensez au niveau du pratico pratique de la prudence de...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Mais, ça arrive, ça arrive que la Régie, je pense, revient aux parties en disant « bien, il y a telle chose qui nous trouble, on aimerait avoir vos représentations ou on a eu écho de telle, telle décision en Alberta qui pourrait avoir un effet. » Mais, je ne pense pas que c'est une erreur fatale qui donne lieu à la révision de ne pas l'avoir fait dans ce cas-ci qui est finalement la seule question qui se pose parce qu'on n'est pas...

C'est ça que j'ai essayé de dire aussi. C'est que Énergir a des intérêts commerciaux, économiques très très importants, très... disons d'envergure, « importants » ça ne... ça, c'est peut-être une autre question.

Mais, souvent on va voir, mettons dans une commission d'enquête sur une affaire puis on va dire « bien, avant d'arriver à une conclusion de blâme contre telle, telle personne, on va les avertir puis donner l'opportunité de faire des représentations. »

Mais, ici, je pense... je ne sais pas comment ça marche. Mettons sur le taux de rendement devant la Régie, si vous ajustez d'une ou deux dizaines de pour cent le taux de rendement que vous... ou le tarif, l'augmentation de tarif que vous donnez... bien, qu'on donnait jadis, ça a l'air à Hydro-Québec, est-ce qu'on devait revenir? Parce que c'est quand même des choses à une portée économique très très importante si on change de deux dixièmes de pour cent l'augmentation des tarifs d'Hydro-Québec, c'est énormément d'argent.

Mais, on ne revient pas parce que, vous, vous exercez votre compétence, je pense. C'est pour ça que j'ai parlé d'éviter de la microgestion par les assujettis de l'exercice de vos compétences exclusives.

Maintenant, si vous permettez puis je vais revenir sur la question de l'avis parce que dans CRTC. Alors, on est au paragraphe 161 :

> [161] La Régie s'interroge sur la pertinence de faire porter l'intérêt du CFR selon le coût moyen pondéré en capital. 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.

Là on est dans, si mes notes sont justes, on est dans les motifs 1 et 2 de la demande qui se trouve dans le plan de... dans le plan d'argumentation de mon confrère. Aux pages 8 à... je n'ai pas besoin d'y aller, Madame, 8... bien, 8 et 10 qui commencent à dire les motifs portant sur :

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

André Morel m'avait déjà expliqué à l'époque les « Common lawyer » ne savaient pas raisonner parce qu'on ne faisait pas des plans en deux parties. Alors, si le syllogisme était manquant, bien c'est peut-être une erreur de la même nature. Le Feu André Morel, je pense.

Et le deuxième motif qui est relié, toujours au paragraphe 161 de la décision :

> 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.

((14 h 40)

Alors, retournons à 161 si vous permettez. D'abord, on a fait grand cas du fait que la Régie s'interroge puis semble partager avec Énergir la nature de son interrogation. Moi, je ne suis pas très bon en français, mais ça ne veut pas dire... pour moi, ça veut dire simplement, n'est pas certain, n'est pas d'accord. Ce n'est pas qu'il y a un questionnement ou un interrogation qui est survenu durant le délibéré qui aurait dû être partagé avec Énergir. C'est simplement une manière de parler. N'est pas convaincue, elle aurait pu dire, n'est pas convaincue de la pertinence utilisée. Puis, ça, ça aurait été un libellé parfaitement acceptable. D'ailleurs, quand j'étais assistant juridique des juges, j'aimais beaucoup ça, parce qu'on pouvait dire « je ne suis pas convaincu » simplement. On n'avait pas nécessairement à dire plus.

La Régie s'interroge sur la pertinence de frais reportés. Bon. L'autre chose qu'on a dit, c'est, ne s'agissant pas d'investissement, il ne devrait pas y avoir de rendement. Puis, là, on choisit le coût de capital prospectif. Moi, je ne

suis pas grand expert là-dedans. Mais si je comprends bien, on dit, c'est illogique parce que... le syllogisme ne tient pas, parce que le coût du capital prospectif sert aussi, donne aussi un rendement. Alors, ce n'est pas intelligible comme décision, c'est ça que j'ai compris. Peut-être que j'ai mal compris.

« Anyway », je ne pense pas que ce soit ça la décision, simplement dans une situation provisoire, la formation s'est dit, bon, on ne va pas donner un rendement aussi fort que le coût moyen pondéré... de capital pondéré. Je n'ai pas dit ça dans le bon ordre, mais vous savez de quoi je veux dire. Mais on dit, bon, on va donner plutôt le coût de capital prospectif. Parce qu'on devait être bien attitré, donner un rendement, puis on s'est dit, bien, on ne veut pas être trop généreux, alors on... C'est sûr. Ils savent que c'est un rendement. Mais on donne un moins qui est fort simplement dans l'exercice de leur discrétion dans un contexte, dans un contexte provisoire. Ils auraient pu très bien dire, je pense, je peux me tromper, mais ils auraient pu simplement donner un chiffre dans un contexte provisoire. Ça aurait passé aussi. Je ne suis pas certain, mais il me

semble que oui.

Ils ont simplement pris quelque chose, c'est sur les tablettes, puis ils ont dit, bon, on va utiliser celle-là. Puis ça ne fait pas l'affaire d'Énergir, mais c'était pour donner effet, pas parce qu'ils ne comprenaient pas qu'est-ce qu'ils faisaient, pour donner un effet à leur volonté après avoir entendu la preuve et dans un contexte provisoire, leur volonté de ne pas donner un rendement plus fort sur les montants, les coûts qui étaient ramassés là. Alors, c'est une manière de réduire les risques dans un contexte de tarif provisoire.

Comme j'ai dit, rien de mal, là. Je pense que c'est des choses assez normales. Évidemment, avec le 161, on s'attaque aussi - là, je suis à la page 47, l'avant-dernière, Madame la Greffière - à la conclusion qui correspond, c'est-à-dire qui correspond, qui crée le compte de frais reportés portant intérêt au coût de capital prospectif. Alors, ça boucle la boucle finalement.

(14 h 45)

Maintenant, quelques jurisprudences, Monsieur le Président, pour changer le mal de place un peu, et je vais essayer de faire ça rondement.

Je voulais vous parler, d'abord, de la décision dans le dossier 4008, dossier... pas dossier, décision D-2019-070 du dix-huit (18) juin deux mille dix-neuf (2019). On a exactement la même période. Vous voyez, je pense que la demande qui est traitée dans la décision qui est attaquée, dans D-2019-107, était déposée le lendemain, le dix-neuf (19).

Alors, ça c'était l'approbation d'un contrat avec un fournisseur de gaz naturel renouvelable. Ça, je pense que nous étions en journée de justice administrative, je pense, cette journée-là, puis on a dû décamper d'urgence pour entendre la cause, à une heure (1 h) de l'après-midi, puis là la décision a été rendue séance tenante... tenante là, j'ai bien dit là. Et, bon, c'est les motifs qui ont suivi et...

Mais je pense que c'est intéressant, puis encore une fois, je suis toujours prudent parce que je ne suis pas, je ne prétends pas être économiste en matière réglementaire, mais dans cette décision-là, comme je le dis, c'est un des fameux contrats dont on a d'ailleurs obtenu l'approbation. Mais je voulais juste vous emmener au paragraphe... c'est à la page 9, Madame la Greffière, au paragraphe 16.

Bien, 15, il dit, il parle de comment le prix est établi à partir du prix de Ville de Saint-Hyacinthe. Et il dit, en 16 :

> Dans ce contexte[...]

Et c'est là... il faut... Évidemment, il va sans dire, c'est le même banc que dans la décision qui est attaquée :

> Dans ce contexte, la Régie demande à Énergir de préciser sa position, advenant qu'elle détermine que l'excédent des coûts d'acquisition du GNR par rapport à la Formule soit comptabilisé dans un CFR, d'ici la détermination finale sur les caractéristiques des contrats d'acquisition de GNR, et prenant pour hypothèse que le risque relié à ces sommes ainsi comptabilisées dans ce CFR soit assumé par Énergir.

Énergir répond, puis ensuite à 18 :

> La Régie s'est également informée de la position d'Énergir advenant qu'elle détermine que cette dernière ne peut vendre le volume de GNR acquis en vertu du Contrat en fonction du Tarif

GNR. À cette suggestion, Énergir répond qu'elle n'entend pas conclure le Contrat si le traitement retenu par la Régie est différent de celui qu'elle propose.

Alors, je pense... puis là, je n'ai pas fait tout l'exercice, comme je l'ai dit, de passer à la loupe le dossier, mais je pense que ça illustre que cette préoccupation de la Régie par rapport à qui était pour porter les différences de coûts entre le coût de vente... le coût d'acquisition et le prix de vente, mais c'était déjà dans les airs, ce n'était pas une surprise. Puis la Régie avait déjà parlé de le faire supporter par Énergir.

(14 h 50)

Maintenant, dans la jurisprudence de la Cour suprême que je vous ai mentionnée, je vais d'abord parler de l'affaire CRTC c. CTV qui était une des deux autorités que j'ai fournies ce matin, Madame la Greffière. Je pense que je lui ai donné juste une cote d'onglet ROEÉ. C'est ça. Alors, ça j'ai eu du plaisir, parce que c'est le juge Laskin qu'on lit pas souvent de ces temps-ci. C'était plus clair, plus limpide et moins long que certaines de ses décisions. D'ailleurs, c'était à la toute fin

de sa carrière, je pense. C'est ça. C'était entendu juste avant l'entrée en vigueur de la Charte.

Alors, ça c'est une affaire... Puis là, on se rapproche plus de notre contexte si on veut. On est dans une affaire de l'imposition d'une obligation de CTV de produire plus de contenu dramatique dans son offre. De moins faire simplement, je sais pas, All In The Family. Redistribuer par CTV. Faire de la production canadienne.

LE PRÉSIDENT :

Vous êtes à quelle page?

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Je suis à la page 545, puis là, on parle de... Si vous permettez, je vais faire ça en anglais. Ça va être moins laborieux pour tout le monde.

The notice issue on which CTV succeeded in the Federal Court of Appeal. As already noted although the Federal Court of Appeal held at CTV had ample notice in the light of previous decisions on renewal applications that in increase and offerings of Canadian drama would be discussed. The Court nevertheless when

> on to hold that CTV should have been given notice of and a fair opportunity to contest the particular condition contemplated in respect of Canadian drama presentations. I'm unable to appreciate how the failure to give previous notice of particulars and an opportunity to contest a contemplated condition of a licence goes to jurisdiction as a failure of natural justice. CTV was aware of earlier dissatisfaction of CRTC with its performance in respect of Canadian drama and promised in earlier applications, improvement in that respect.

Évidemment, on est dans une provisoire par rapport à un approvisionnement d'une nouvelle sorte. Alors, on n'a pas la longue histoire, mais je pense que le petit bout que je viens de vous lire dans la décision D-2019-070 et même les éléments qui sont repris dans la décision attaquée D-2019-007 illustrent qu'il y avait quand même ces questions-là de qui était pour porter, ce risque-là était dans l'air.

Puis là, il dit en haut de la page 546, il dit :

> Moreover two interveners had raised the question of attaching a conduct condition in their written representations...

Ça c'est pas notre cas exactement. Bien que des questions étaient soulevées par, encore une fois, je suis certain que si on regardait, les intervenants étaient inquiets de qui... certains des intervenants, qui étaient pour porter les consommateurs.

> There had been some discussion on it at the public hearing and CTV had been given an opportunity to reply in writing.

Alors, c'est un peu plus qu'est-ce qu'on a ici, mais...

> I do not see therefore how CTV can assert of the Federal Court of Appeal could find a failure of natural justice in the specification of their particular condition that was in fact included as a term of the licence renewal.

He talks about criminal and penal. It’s not this case.

(14 h 55)

To be fair...

Puis là, je suis à côté de la lettre entre E et D :

> To be fair, it was entitled to expect that its licence would be renewed but not without terms relating to presentation of Canadian Drama. The line is too narrow between notice that increased Canadian offerings would be discussed (such notice having been amply given) and notice of what in particular would be required in that respect as a condition [...]
> An applicant seeking a statutory privilege has no right to know in advance of a probable decision unless the statute commands it or the administering tribunal wishes to disclose it. It cannot be said that CTV was being misled here and not the slightest reason to apprehend the likelihood of a condition such as that attached here to the licence renewal.

Conditions had been attached before, although not relating to content and CTV was well aware of this power of CRTC when renewing licences.

Alors, je pense que, évidemment il y a des différences de contexte puis aussi de contexte statutaire puis aussi de la nature de qu'est-ce qui était connu avant ou pas connu avant. Mais, je pense que dans un contexte provisoire, on ne peut pas dire, puis ça c'est très important qu'est-ce que le juge Laskin dit parce que c'est un grand expert en droit administratif, c'est lui qui a décidé Nicholson, entre autres, que le fait de ne pas avoir averti, donné avis à Énergir d'avance sur exactement le libellé d'une condition temporaire provisoire par rapport à un compte de frais reportés est une erreur.

Mais, moi, je ne pense pas que c'est une erreur du tout, et je pense, c'est très clair. Non, mais quand je dis que j'étais d'accord, mais c'est pas ce que je veux dire. Je veux dire, je ne pense pas que c'est une erreur de droit, point, ou un accroc à l'équité procédurale ou la justice naturelle.

Puis c'est certainement pas sa... ça

n’atteint pas le niveau d’une erreur juridictionnelle ou une erreur qui ouvre la porte à une contestation, une révision en vertu de 37 comme j’ai dit au tout début là. C’est seulement dans certaines conditions. Puis vous ne voulez pas aller là à moins d’être vraiment dans une des conditions de 37.

Maintenant, je voulais parler également... Mon confrère a parlé beaucoup de la décision D-2016-190 qui portait sur... c’était l’affaire avec les deux Hydro qui ont fait des demandes de révision, Hydro Transporteur puis Hydro Producteur. Et deux choses, à moins d’erreur, puis là il est tard, je ne veux pas aller trop dans le détail, mais dans ce cas-là, on a fait un changement par rapport à un aspect des conditions. Attendez, je vais trouver un...

Et mon confrère était là, enfin... alors... C’est ça, il y a eu une abrogation de l’article 12A.2i) des Tarifs et conditions puis c’était une question à savoir qui était pour profiter de certaines ressources qui étaient disponibles à la suite de construction de... ou certains investissements.

(15 h 00)

Et bien que, si je comprends bien la décision, il y a eu révision, mais c'était pas sur cet aspect-là, c'était sur... c'était sur le fait de toucher des droits acquis. Mais, le fait pour prospectif d'abroger n'était pas... n'a pas fait sujet d'une révision. Dans le contexte justement, puis c'est très intéressant à lire, parce qu'on conclut essentiellement que ceux qui demandaient la révision savaient très bien que c'était un enjeu. C'est essentiellement ça qui est arrivé.

Mais je voulais m'arrêter dans cette décision-là pour une autre raison, parce qu'on reproduit là-dedans... parce qu'on parle maintenant d'équité procédurale, le choix de... puis ça reproduit, quelque chose vient de Therrien, qui est très intéressant. Un instant.

Alors, Madame la Greffière, je suis dans la décision D-2016-190 qui était une des autorités. C'est le septième onglet de mon confrère. À la page 43, paragraphe 89. Alors, là, c'est Therrien qui fait un peu... Therrien, si je me souviens bien, c'est le juge qui avait été membre du FLQ, je pense, si je me souviens bien, qui a dit deux fois ses antécédents, puis une troisième fois, il n'a pas révélé ses antécédents puis, finalement, il a

été nommé juge.

43, on reprend dans Therrien, des facteurs qui déterminaient les exigences de l'équité procédurale. C'est quand même intéressant. Alors, le premier, c'est la nature de la décision recherchée. Alors, moi, je vous dirai que, ici, notamment c'est le fait que ce soit une demande provisoire, que c'est très, très important.

Deuxième chose, que c'est la nature du régime législatif. Bien, ici, devant la Régie, on a un certain formalisme, mais il n'y a pas de lis inter partes. On détermine les questions polycentriques, comme on dit dans le jargon. Et justement ça demande l'article 5, on témoigne, ça demande des intrants intellectuels et conceptuels et des solutions qui ne sont pas nécessairement toujours exactement celles qui sont proposées.

On parle aussi, troisième, l'importance de la décision. C'est sûr que... On n'a pas eu la preuve... Moi, je ne sais pas exactement qu'est-ce que ça représente, par exemple, le fait d'utiliser un test plutôt que d'autres pour calculer la rémunération du compte de frais reportés. On n'a pas idée de l'ampleur, de l'importance des sommes que ça représente. Mais c'est sûr qu'elle demeure

provisoire cette décision-là. Provisoire à la demande... c'est à la demande d'Énergir.

Les attentes légitimes. Moi, je pense que, dans le contexte, comme j'ai illustré, je pense que Énergir était au courant du fait que la Régie s'inquiétait de qui était pour porter ces coûts-là si jamais il y avait des différences importantes. Puis le respect des choix de procédure que l'organisme administratif a lui-même faits, particulièrement quand la loi lui en confie le soin. Bon. Il devrait y avoir une audience publique. Je ne suis pas sûr que ça demande une audience publique pour le provisoire. Ce serait une bonne question, par rapport à l'article 26, 25, 26 de la Loi.

(15 h 05)

Est-ce que le provisoire, à l'intérieur d'un plus grand dossier tarifaire demande nécessairement une audience. Puis de toute manière, une audience, ça, c'est un petit débat qui aura lieu un jour, mais la règle des procédures actuelle semble parler d'une audience comme étant de vive voix, mais je ne pense pas que la Loi parle que ça soit nécessairement fait de vive voix. Moi, je suis ravi là, mais je ne pense pas que ça soit le cas.

Bon. Alors, je dis simplement que ce passage-là, de Therrien, vous donne des indices de est-ce qu'il y a vraiment eu accroc dans ce cas-ci? Point à la ligne. Et est-ce qu'un accroc au point d'être... de constituer, dans le contexte, un excès de compétence qui donne lieu automatiquement, sans examen, à la révision? Moi, je vous soumets que non.

Puis comme je l'ai dit, la décision est très intéressante. Aussi, par le fait qu'on a jugé qu'il y a eu une connaissance suffisante avant d'abroger la disposition en question.

Bon. Je voulais vous parler très brièvement, aussi...

LE PRÉSIDENT :

Oui, mais je vous inviterais à être le plus bref que vous pouvez.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Oui, oui...

LE PRÉSIDENT :

Le temps avance, Maître Gertler, je suis désolé...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

O.K., excusez-moi.

LE PRÉSIDENT :

... puis j'aurais une question après pour vous.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

O.K. Euh... je voulais juste mentionner, parce que j'ai soumis aujourd'hui, aussi, Cardinal contre Director of Kent Institution, c'était l'autre des autorités que j'ai soumises ce matin. Alors, je n'irai pas dedans du tout, simplement pour vous dire qu'on y réfère souvent pour un passage sur l'obligation de l'équité procédurale générale en common law.

C'est très bon, mais il faut quand même regarder le contexte aussi. Un contexte où il n'y a pas eu d'audience, le contexte est carcéral et on parle des individus qui vont être dans le trou pour l'été, pour quatre mois, à peu près là. Et puis on a décidé de leur sort sans les avertir et sans leur donner des droits procéduraux.

Alors, on ne peut pas simplement dire, parce que c'est mentionné dans un ouvrage de Garant comme étant intéressant que ça devient tout de suite... Ce n'est pas le Code civil, il faut regarder le contexte et les faits, la loi, pas juste dire : Bien, c'est général puis c'est fatal puis il y a toujours révision dans ces cas-là.

Même chose, un petit peu, pour Baker. La grande affaire... Puis ça, c'était l'onglet 10,

Madame la Greffière, de mon confrère. Alors, ça, c'est un peu... Évidemment, c'est une grande révolution là-dedans, c'était par rapport au droit international, prise en compte du droit international.

Mais au niveau des procédures et des motifs parce que mon confrère a beaucoup parlé des motifs, la nature inadéquate considérant l'article 18 de votre Loi, des motifs, des quarante-huit (48) pages de motifs de la première formation.

Mais dans ce cas-ci, dans Baker, deux choses. D'abord, on a dit que ça n'a pas besoin de toujours être une audience orale. Puis les motifs qu'on a dit adéquats, c'était simplement les notes de l'officier. Il n'y avait pas de motif formel.

Alors, je pense que c'est très important, Lorsqu'on essaie de monter ça en autorité pour le fait qu'on doit avoir des syllogismes parfaitement ficelés pour ça soit satisfaisant. Je pense que c'est motivé ici.

Puis là, je vais finir simplement en mentionnant les autorités 20 et 21 de mon confrère. Le 20, c'est le Comité d'appel du Bureau provincial de médecine contre Chèvrefils. Et l'autre c'est Dupont contre l'Université du Québec à Trois-

Rivières. Deux décisions de la Cour d'appel.

(15 h 10)

Je mentionne simplement que dans les deux cas, il y a des problèmes de motivation, mais dans les deux cas, c'est très instructif de regarder les motifs que de les juger comme inadéquats. C'était des motifs simplement, bien, que de nature, bien, j'ai décidé, donc c'est ça. Évidemment c'est dit avec plus de fleurs, mais c'est essentiellement ça. Ce n'est pas, on est tellement loin du compte dans ce cas-ci.

Si vous permettez juste, je vais regarder mes notes. Juste quelques items de mon plan, parce que je vois que, évidemment, je me suis éloigné pas mal pour ainsi dire. Je pense que c'est très important, je pointe le paragraphe 11 où j'ai mentionné dans mon plan : les solutions retenues par la formation dans la Décision se situent certainement à l'intérieur du spectre de décisions auxquelles la Régie pouvait conclure. Je pense que c'est très important. C'est peut-être pas parfait, peut-être pas celles qu'Énergir aurait souhaité, peut-être pas celles que vous, si vous avez entendu depuis maintenant deux ans plus le dossier, auriez rendues. Ce n'est pas ça la question. Est-ce que

c’est tellement vicié que c’est de nature à être des erreurs, de nature à invalider?

Je mentionne aussi, puis là je n’ai pas la référence devant moi, puis ça c’est un débat, il va falloir le faire à un moment donné, mais dans l’exercice tarifaire, par exemple, on n’est pas en contexte quasi judiciaire. C’est très important. Quand vous faites des plaintes, vous êtes en contexte quasi judiciaire. Mais vous n’êtes pas... Alors, malgré le formalisme qu’avoir ici, on n’a pas les protections ou les expectatives au niveau procédural qu’il y aurait dans un contexte quasi judiciaire.

Puis je sais qu’à chaque année, je pense que c’est le... je ne sais pas si c’est l’institut ou le conseil de la justice administrative qui émet une liste d’organismes qui sont... qui exercent des pouvoirs juridictionnels aux fins de la Loi sur la justice administrative, la majeure partie de la Loi. Puis, vous, vous n’êtes pas dedans. Puis, ça, c’est très, très important. Équité procédurale, oui, mais pas d’un formalisme et d’une exigence au point de ne pas permettre l’exercice de votre fonction réglementaire.

Comme j’ai dit, j’ai dit au paragraphe 16

que : La Régie n’est pas tenue d’expliquer tous les aspects de son raisonnement ni de traiter de tous les éléments de preuve. Ça, c’est quand même important également, parce que, puis là je n’ai pas mis les autorités qui vont avec, mais c’est très connu en matière de motif, de motivation, ce n’est pas toutes les choses qui doivent être explicitées en long et en large pour que la décision demeure valide.

LE PRÉSIDENT :

Comme vous avez dit précédemment, la Régie n’est pas soumise de la Loi sur la justice administrative. Elle est soumise à l’équité procédurale, certes, à la justice naturelle.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Mais le législateur a décidé de ne pas soumettre la Régie. Commission des transports est soumise à la Loi sur la justice administrative. Nous ne le sommes pas. Alors, il y a certainement des raisons que... Le législateur, il ne fait rien pour rien. Il ne parle pas pour rien, puis il ne fait rien pour rien. On verra aussi tout ce qu’il peut faire, le législateur. Mais cela étant dit, jusqu’à preuve

du contraire, on n’est pas soumis à la Loi sur la justice administrative. Tout à fait, les gens doivent assumer ce qu’ils sont. Mais jusqu’à preuve du contraire, on n’est pas soumis. J’aimerais ça vous entendre là-dessus par ailleurs, vous le ferez en réplique.

(15 h 15)

Me FRANKLIN S. GERTLER :

C’est sûr qu’il y a une obligation de...

LE PRÉSIDENT :

J’ai une collègue qui a une question pour vous.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Hum... obligation de motivation, une obligation de tenir dans certaines circonstances, une audience, mais ce n’est pas tous les aspects. Puis je ne suis pas sûr que ça soit justice naturelle, justement, parce que justice naturelle, normalement, est quelque chose qui, dans l’ancienne nomenclature, courait avec le quasi judiciaire.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Maître Gertler, vous semblez nuancer le droit d’être entendu.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Vous ne le voyez pas comme un droit absolu d'être entendu sur une question sur laquelle... J'ai bien compris que vous le nuancez. Donc, dans certaines conditions, le fait de ne pas avoir été entendu. Dans certains contextes, le fait de ne pas avoir été entendu, ne constituerait pas une erreur suffisamment grave pour donner ouverture à une demande de révision. C'est ce que j'ai compris?

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Bien, en tout cas là, ce n'est pas là... ça devient un cas un peu hypothétique ici parce que, comme je l'ai dit, on était dans une série de décisions avec... entre parties...

Mme ESTHER FALARDEAU :

Cette décision-ci là...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... ce que je comprends là, si j'essaie de faire...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... de synthétiser ce que vous avez dit là, c'est qu'il y a une nuance à faire au droit d'être

entendu, ce n’est pas un droit absolu. Quand je lis... Moi, comme vous le savez, je le répète souvent là, je ne suis pas avocate, j’ai fait quelques cours de droit, mais...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

On ne peut pas tous avoir les mêmes défauts là.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... je ne suis pas rendue là. C’est ça. J’ai ni cette qualité... Donc, ça dit, lorsqu’une personne... La Régie peut, d’office ou sur demande, réviser ou révoquer toute décision, notamment Lorsqu’une personne intéressée n’a pu présenter ses observations.

Donc, ça, ce que vous dites, c’est que c’est nuancé, vous le nuancez...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Mais là...

Mme ESTHER FALARDEAU :

... ça ne donne pas droit à cette erreur-là, ça dépend du contexte.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Mais je pense que... En tout cas, là, on entre dans une autre discussion sur certains points. Puis 37.2 que vous venez de mentionner, n’est pas évoqué ici par... mais... euh...

Mme ESTHER FALARDEAU :

O.K. Vous dites que le droit d'être entendu, que le fait...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Mais... mais... moi...

Mme ESTHER FALARDEAU :

... que le fait qu'il y ait des points de décision qu'Énergir n'a pu être entendu sur ces points de décision-là, ça n'est pas un motif de révision.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Mais je pense qu'ils ont été entendus...

Mme ESTHER FALARDEAU :

O.K.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

... mais on n'est pas tenu à la perfection.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Donc, vous... Excusez-moi, c'est juste que je veux être certaine...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... de comprendre. Vous dites qu'à votre avis, Énergir a été suffisamment entendu...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... sur ces points de décisions-là.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Absolument.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Notamment, le CCP, la marge de vingt pour cent (20 %).

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Bien, non... mais je ne le dirai pas comme ça...

Mme ESTHER FALARDEAU :

O.K.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

... parce que... parce que... ils ont été suffisamment entendus sur leurs demandes.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Euh... globalement? Généralement?

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Leurs demandes et de...

Mme ESTHER FALARDEAU :

Mais sur ces points de précision-là...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

... GNR... un tarif de GNR provisoire. Ils savaient qu’on était pour traiter de la question de CFR, mais maintenant, la Régie n’avait pas à revérifier avec eux...

Mme ESTHER FALARDEAU :

Excusez...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

... pour chacune des...

Mme ESTHER FALARDEAU :

... excusez... Vous savez, l'extrait de décision que vous nous avez identifié tout à l'heure, avec le CRTC. J'ai noté que la décision faisait l'observation... Dans la décision, on disait que l'entreprise devait s'attendre...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... à ce que des conditions soient imposées puisque des questions avaient été posées à cet effet-là. Même si on n'avait pas demandé spécifiquement à l'entreprise de se prononcer, il y avait quand même eu des échanges de questions sur ce sujet-là.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Mais là, comme je l'ai...

Mme ESTHER FALARDEAU :

Là, ici...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Excusez-moi.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... ce n’est pas le cas.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Bien, moi, je pense que c’est le cas.

Mme ESTHER FALARDEAU :

C’est...

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Ils savaient que la question de qui était pour... Puis et à quel point... à quelle hauteur on devait supporter les risques associés... Une différence entre le prix d’achat puis le prix de vente qui était... La question était dans l’air à savoir qui devait puis comment le supporter. Le mécanisme exact, peut-être pas, mais je pense que la question était...

D’ailleurs, ça a fait l’objet de la preuve de Gaz Métro ou d’Énergir. Ils ont proposé une certaine façon de rémunérer. La Formation, dans un contexte provisoire, a choisi d’autres choses, mais c’est un... L’équité procédurale est une affaire pratique, ce n’est pas une... parce qu’on n’arriverait jamais à être parfait, parfait, parfait, sur ça, surtout dans un contexte provisoire. Il serait impossible d’avancer et c’est pour ça que vous avez une compétence.

(15 h 20)

Mme ESTHER FALARDEAU :

Une dernière nuance que vous faites. Je comprends de ce que vous dites, que le fait qu'on soit dans un contexte provisoire, ça relève la Régie de son obligation d'entendre ou de motiver suffisamment. Vous semblez dire le fait que ça soit dans un contexte provisoire, la Régie a moins l'obligation d'entendre. Est-ce que je comprends bien?

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Non, mais, je dis pas ça. Je dis simplement que... C'est parce que c'est pas ça la question. La question est à savoir s'il y a eu un degré de respect du droit à l'équité procédurale moins que parfaite ou différente de celle qu'Énergir aurait voulu ou différente de celle que la formation ici aurait choisie si celle-là donne ouverture à une révision en vertu de l'article 37.

C'est pas un appel. C'est : est-ce qu'ils ont retenu une solution qui n'est pas fatalement viciée? Il n'y a pas de vice de fond de nature à invalider, puis moi, je ne pense pas qu'on soit en mesure de le... Je pense pas qu'Énergir en a fait la démonstration. C'est ça mon point, parce que je pense que c'est pas la bonne question. La bonne

question c'est pas si est-ce... Je réponds à votre question dans un certain sens. Je dis que les droits qu'Énergir a eus dans ce cas-ci, surtout dans un contexte provisoire, se situent à l'intérieur de la gamme, l'éventail de solutions possibles, puis ne donnent pas lieu à une révision. C'est ça que je dis. C'est un peu un exercice intellectuel. Faut être curé ou quelque chose comme ça pour faire les distinctions.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Faut être curé! Je suis mal parti dans ce cas-là.

Me FRANKLIN S. GERTLER :

Merci beaucoup. Est-ce qu’il y a d’autre chose là?

LE PRÉSIDENT :

Merci, Maître Gertler. Maître Dunberry? Combien de temps avez-vous besoin pour vous préparer?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Dix ou moins.

LE PRÉSIDENT :

Dix. Je vais vous accorder dix. Avec plaisir, Maître Dunberry. Merci.

Me ÉRIC DUNBERRY :

À trente-deux.

LE PRÉSIDENT :

Parfait. Merci.

PAUSE

RÉPLIQUE PAR Me ÉRIC DUNBERRY :

Monsieur le Président, rebonjour, Madame, Messieurs les Régisseurs. Alors, nous en sommes rendus à la réplique qui ne sera pas très longue, ce qui pourrait vous permettre de nous poser toutes les questions qui pourraient présenter un intérêt.

Alors, je vais débuter en répondant aux questions de la formation qui ont été posées au procureur du ROEÉ pour ensuite revenir aux commentaires faits par ces différents intervenants.

Alors, une des premières questions qui a été posée en deux temps c'est est-ce qu'il y avait une obligation ou une nécessité pour la première formation de revenir vers les participants au dossier pour faire et je n'ai pas les notes exactes des mots mentionnés, mais pour faire valider une idée ou une décision à venir ou une modalité susceptible d'être considérée?

Modalité relative au compte de frais reportés et qu'il s'agisse de l'utilisation du taux d'intérêts ou qu'il s'agisse de l'imposition d'un seuil d'écart et il a également été mentionné, en référence à la décision D-2016-190, s'il y avait ou non une obligation de donner un avis formel, écrit

ou non, pour permettre à Énergir de se faire pleinement entendre. Alors, deux éléments qui sont sensiblement sur le même thème, est-ce que la première formation devait revenir vers nous et est-ce qu'un avis avait ou aurait dû être donné.

Alors, deux questions, à savoir, ce qui était requis. Je vous dirais que la réponse est beaucoup plus simple. La réponse est la suivante. Ce qui est requis, c'est que la première formation donne effet à la règle de droit et se fonde sur des faits. Je pense que personne ne peut contester cela. La première formation devait se conformer à la règle de droit et rendre une décision fondée sur les faits.

(15 h 36)

Si la formation est devant un vide factuel, elle a deux choix, elle peut ignorer ce vide factuel et rendre sa décision en l’absence de fait ou la première formation peut faire le choix de revenir vers les parties et de demander un complément factuel pour lui permettre de rendre une décision fondée sur les faits.

Alors, la modalité formelle, ce n’est pas tant de savoir comment la première formation y arrive, mais la question c’est de savoir : est-ce

que la formation s'est fondée sur les faits?

Et si elle n'était pas saisie de faits, elle devait se poser la question, et je me répète, considérer que ce vide factuel n'était pas un obstacle ou rechercher des faits additionnels.

Maintenant, quant au droit, bien le droit n'a pas... en fait, la formation n'avait pas à revenir vers nous sur des questions de droit parce que la première formation est outillée pour faire ses recherches en droit, pour s'instruire en droit et pour juger sur la base de la règle de droit.

Les décideurs vont souvent demander aux procureurs, en cours de délibéré, de fournir des notes et autorités et des notes et autorités sur un point de droit particulier pour justement leur donner l'opportunité de se faire entendre sur un point de droit, mais théoriquement la première formation peut s'instruire des règles de droit qu'elle doit connaître pour est présumée connaître.

Évidemment, si elle ne s'instruit pas correctement sur la règle de droit, elle commet une erreur de droit et cette erreur de droit rend sa décision susceptible de révision.

Alors, est-ce que la première formation a bien agi? Pour revenir sur ce point-là, et c'est

très important, j'ai, et mon équipe, révisé l'ensemble du dossier de preuve. J'ai, et mon équipe, révisé l'ensemble du dossier de preuve et l'avantage d'avoir des échanges avec mon client sur le contenu du dossier de preuve.

Le procureur du ROEÉ n'a pas fait cet exercice parce que s'il l'avait fait, il n'aurait pas affirmé devant vous qu'il y avait dans le dossier des éléments de preuve suffisants. Il n'y en a pas. Moi, je vous invite à faire le même exercice. C'est un peu long, mais c'est hautement utile. Il n'y a pas au dossier de preuve documentaire sur l'imposition d'un prix maximum d'un seuil d'écarts.

Il n'y a pas au dossier de preuve testimoniale sur cette question-là il n'y a pas au dossier d'argumentation, de débat juridique, de débat économique, de débat commercial, de débat stratégique, de débat documentaire ou testimonial sur cette question-là.

Même chose pour l'imposition d'un coût en capital prospectif. D'autant plus que personne ne peut prévoir qu'un régulateur va ignorer ses décisions depuis vingt-deux (22) ans, y compris la décision D-2015-181, pour imposer un taux d'intérêt

qui n'est pas le taux d'intérêt prescrit depuis plus de vingt (20) ans pour rémunérer un compte de frais reportés.

Alors, quand le procureur du ROEÉ prétend qu'il y avait une preuve suffisante, c'est faux et je vous invite à vous satisfaire de ma représentation, c'est faux. Il n'y a pas de preuve à ce sujet.

Deuxièmement, est-ce qu'on aurait pu anticiper que la formation allait ignorer vingt (20) ans de jurisprudence? Je vous soumets que c'est à tout le moins déraisonnable de croire qu'on va renverser ces précédents sans aucune idée, sans aucune justification et sans aucun motif.

Est-ce qu'il est surprenant qu'on ignore le droit? Oui. On peut s'attendre à ce qu'une formation soit cohérente avec le droit qu'elle a elle-même établi depuis vingt-deux (22) ans.

Et sur le seuil d'écarts, personne ne pouvait prévoir ça parce qu'il n'y a aucun précédent connu au Québec devant vous quant à l'imposition d'un prix maximum comme modalité de contrainte sur un compte de frais reportés. Il n'y a aucun précédent, ça n'existe pas.

Alors, revenons sur les choses très

simples. Nous n'avons pas requis un avis écrit formel préalable. Nous n'avons pas plaidé l'absence d'un avis écrit formel préalable. Nous n'avons pas représenté qu'il y a eu défaut d'une obligation de revenir vers nous. Ce que nous avons représenté, c'est que la première formation doit rendre une décision fondée sur le droit, cohérente avec ses précédents et qui tient compte d'une preuve. En l'espèce, il y a qu'un vide factuel et le droit n'a pas été appliqué et les principes jurisprudentiels que la Régie a elle-même adoptés depuis vingt (20) ans, notamment quant à la norme de conduite raisonnable, quant à la rémunération des comptes de frais reportés, n'a (sic) pas été suivis. Et, ça, c'est le contexte auquel on doit se référer. C'est ça le contexte. C'est un changement radical de direction.

(15 h 41)

Et quand le procureur du ROEÉ nous dit, vous auriez dû le savoir, les éléments étaient présents, il y avait une question de risque et de partage d'un risque. Bien, les gens d'Énergir ont fait une preuve sur la demande relative à l'approbation d'un tarif. Ils ont fait une preuve aux fins d'établir le caractère important,

l'urgence de la situation d'intervenir. Ils ont fait une preuve au soutien de la demande qu'ils ont présentée. Mais ils n'ont pas anticipé ni ne pouvaient anticiper le genre de modalité qui a été adopté par la première formation. Et, ça, c'est mon premier point.

Le deuxième point, c'est, Madame le Régisseur Falardeau, vous avez posé une excellente question. Est-ce que le fait qu'il s'agissait d'un dossier provisoire relevait, la première formation, de son obligation de se conformer à la règle de droit ou nuançait la règle de droit au point où Énergir ne pouvait exiger d'être entendue? La réponse courte, c'est non. La réponse élaborée est la suivante : il faut distinguer entre... Parce que j'ai entendu le mot « provisoire » près d'une centaine de fois, j'exagère, mais ça fait effet, j'ai entendu le mot « provisoire » des dizaines de fois. Et je pense que tant le procureur de la ROEÉ que d'autres intervenants, et des questions de la Régie, semble attacher une importance déterminante au fait que la demande était dite provisoire.

Revenons sur les faits! Cette demande date du dix-neuf (19) juin deux mille dix-neuf (2019). Elle a été entendue trente (30) jours plus tard,

les seize (16) et dix-sept (17) juillet deux mille dix-neuf (2019), et la décision est venue huit ou six semaines plus tard, le trois (3) septembre.

Une demande d'urgence devant d'autres tribunaux, c'est moins de quarante-huit (48) heures et la décision tient pour dix jours et est renouvelable. Et la décision est rendue séance tenante.

Alors, vous aviez une demande présentée sous l'article 34 pour un tarif. Le tarif était provisoire pour une durée, comme on l'a dit, qui était indéterminée. Et la distinction à faire, c'est, est-ce qu'une demande qui recherche l'approbation, la fixation d'un tarif provisoire veut dire que la décision qui en dispose peut être bâclée? Est-ce que le fait qu'une demande soit provisoire relève la Régie de son obligation d'agir avec rigueur conformément à la règle de droit sur la base des faits?

Là, on ne parle pas d'une décision qui doit être rendue séance tenante où un régisseur ou un juge est appelé à formuler des motifs de vive voix confirmé par écrit. Et on comprend tous dans ce contexte-là que les barres sur les t, les points sur les i peuvent être absents. Mais ce n'est pas

ça du tout ici. C'est une demande du dix-neuf (19) juin qui a fait l'objet d'un jugement le trois (3) septembre.

Et entre les deux, il y a eu presque trois mois. Et durant cette période-là, la Régie était en mesure d'appliquer la règle de droit et de se conformer aux principes jurisprudentiels et à ses propres décisions et également de se fonder sur les faits.

Alors, ce n'est pas parce que c'était une décision provisoire ou une demande d'approbation d'un tarif provisoire que l'obligation d'être entendu disparaissait pour autant. Et, Madame le Régisseur, vous le savez instinctivement. On n'appelle pas ça uniquement des règles de justice naturelle parce que c'est un mot intéressant. La règle de justice naturelle, c'est parce qu'elle s'impose naturellement.

L'origine de ces expressions-là date d'une décision de la Chambre des Lords de dix-huit cent quelque chose, dont je ne me rappelle pas, mais c'est une décision de la Chambre des Lords qui disait : cette justice naturelle, elle s'impose naturellement parce qu'elle vous vient naturellement. C'est aussi simple que ça. Et si

vous n'êtes pas entendu, quelle que soit la nature de la procédure, le seuil peut être modulé.

(15 h 46)

Quelqu'un d'accusé en matière criminelle est protégé de bien des façons, y compris par la décision récente de la Cour suprême dans l'Affaire Jordan.

En matière administrative, les seuils sont nuancés, le contexte est adapté, le critère est interprété avec souplesse. Mais quel que soit le plus bas dénominateur commun que l'on trouve, en toute circonstance, y compris pour les tribunaux administratifs, la règle établie par l'article 23 de la Charte québécoise s'applique.

À l'article 23, vous retrouvez le droit d'être entendu. Et la règle de base en matière d'équité procédurale, qui est un concept applicable devant les tribunaux administratifs, prévoit qu'on a le droit d'être entendu.

Et dans ce cas-ci, et à nouveau, Énergir n'a pas dit un mot sur ces deux sujets-là à l'origine de notre demande de révision, soit le CCP et le seuil d'écart. Aucun mot, aucune phrase et aucune question n'a été posée et aucune demande de renseignement n'a été formulée.

Et lorsque saisi d'un vide, lorsque dans son délibéré, la Première formation de dire : « On va leur imposer un seuil d'écart ou on va déroger de la règle de base et on va utiliser le CCP. »

La Première formation pouvait se dire : « Écoutez, ça c'est un départ assez fondamental de la règle. Est-ce qu'on a besoin de retourner vers les parties? » Ils ont décidé de dire non, c'est leur choix, mais le risque c'est de rendre une décision qui n'est pas fondée sur le droit ou qui ne tient pas compte des faits.

Alors, une décision de la Régie n'a pas à être parfaite, dans le cadre d'un débat de révision. Mais une décision de la Régie doit se conformer aux règles de base les plus fondamentales y compris celles que l'on retrouve à l'article 18 de la Loi sur la Régie de l'énergie.

Alors, voilà pour deux points plus particuliers que je voulais traiter, d'entrée de jeu. Plus particulièrement le fait que par cette décision-là, les droits d'Énergir sont affectés. Ce n'est pas un débat théorique, c'est un débat où, dans les deux cas que j'ai mentionnés, il y a une désallocation de coûts de financement, dans les deux cas.

Mais quand maître Gertler... quand le procureur du ROEÉ vient dire : « Bien, écoutez, ils ont pris un taux d'intérêts plus bas, c'est bien raisonnable, c'est bien correct parce qu'ils voulaient, finalement, ne pas être généreux. » Mais ça... Je vais simplement dire que ce n'est pas une base rationnelle et soutenable pour imposer un taux de rendement.

La Régie, dans ses décisions, dans les causes tarifaires, s'efforce pour motiver, avec experts, des taux de rendement qui tiennent compte de règles fort sophistiquées et on se rappelle des règles du MÉAF et de toutes ces règles-là.

Alors, je veux dire, si on passe d'analyses macroéconomiques, statistiques et comptables à : Je vais vous donner quelque chose, mais moins généreux. On va mettre ça à... Tiens pourquoi pas deux pour cent (2 %)? Pourquoi pas cinq pour cent (5 %)?

Monsieur le Juge... Monsieur le Président, par contre... pardon... on est rendu à une approche surprenante, si c'est la position du procureur de la ROEÉ pour ne pas dire autre chose.

À l'écoute du procureur du ROEÉ, je me suis posé la question finalement : Bien, que reproche-t-

il à la formation? Rien du tout, manifestement. Ce qu'il a dit, c'est remarquable et vous avez tous constaté avec moi qu'il a lu à peu près toute la décision, en fait, tout le dispositif de la décision, vous offrant, pour chacun des paragraphes, un commentaire personnel à l'effet : « Bien, ce n'est pas mauvais. C'est normal. Ce n'est pas si pire. Ce n'est pas parfait, j'ai pris quelques notes. Ce n'est pas nécessaire d'être parfait. C'est un contexte sommaire, on est juste dans une provisoire. C'est une première, il ne fallait pas trop être exigeant, hein? C'était une première. »

Écoutez, on a quand même quarante-huit (48) pages de décision. Hein? C'est bon, quarante-huit (48) pages de décision. Sur un paragraphe, il a dit : « Bien, écoutez, c'est... » Qu'il ne voyait, lui, personnellement, rien de mal là-dedans puis à nouveau : « Euh... Bien, vous savez, c'est juste un contexte provisoire, il ne faut pas être trop exigeant. »

Et il a fait cette lecture avec ses commentaires personnels pour dire : « Bien, écoutez, je vous la lis, je vous l'impose. Je vais vous la lire puis à chaque paragraphe, je vais vous

offrir un commentaire personnel. » Mais il n'a pas répondu à nos motifs de révision, en aucune circonstance.

Il vous a dit que ce n'était pas si pire, que ce n'était pas mal, que ce n'était pas parfait, mais que dans l'ensemble, là, il est content, il est satisfait de cette décision-là.

(15 h 51)

Est-ce qu'il a répondu à nos motifs? Non. Est-ce qu'il a traité de la jurisprudence? Oui, mais simplement à un niveau très élevé en disant : « Bien, écoutez, vous avez des pouvoirs, donc, c'est une bonne décision. Soyez prudents, parce qu'on est peut-être en appel, puis vous savez, la notion de vice de fond, faut pas y voir tout et rien. C'est interprété de façon restrictive. ». Mais en aucun cas il a fait une application concrète de ces principes au débat dont la première formation était saisie et les questions qui vous sont posées.

Alors, il vous a dit : « Écoutez, l'article 37 prévoit l'ensemble de la compétence. ». Ouellet, Garant, Baker, Cour suprême du Canada, la trilogie de la Cour d'appel, la Régie de l'énergie dans au moins quinze (15) décisions a dit : « Bien vous

savez, on a une compétence sous l'article 37. Cette notion doit être interprétée de façon libérale et par ailleurs, on a une compétence implicite qui nous permet même d'aller en révision de décisions interlocutoires. ».

Alors, il vous a donné sa lecture personnelle de passages sélectionnés de décisions de la Cour d'appel que la Régie cite depuis vingt (20) ans, au soutien de sa position qui était encadrée strictement dans les décisions qu'elle a rendues et on nous a reproché d'avoir produit quarante (40) autorités. Évidemment, on ne les a pas toutes citées, mais les autorités auxquelles il réfère, il les a à peu près toutes trouvées dans notre cahier d'autorités. Alors, il avait sans doute pas besoin de les citer lui-même.

Et par ailleurs, nous avons cité ces autorités-là, parce qu'elles fondent les décisions de la Régie et on a pris vingt trente minutes pour revoir la décision D-2016-190 dans laquelle on trouve une synthèse du droit sur la matière. Alors, encore une fois, il faut bien voir que sur ces questions purement juridiques, la Régie a bien énoncé la règle de droit applicable et ce n'est pas la relecture de la décision du Juge Rothman, en

mille neuf cent quatre-vingt-seize (1996), qui va faire évoluer la position de la Régie sur ce qu'elle a considéré comme étant l'état de droit depuis plus de vingt (20) ans sur ces questions-là.

L'autre point utilisé par le procureur du ROEÉ, je dirais, c'est la banalisation de ce qui est allégué. On vous a dit et j'ai noté, que finalement, les motifs sont pas si graves que ça. On fait un plat avec peu. Une tempête dans un verre d'eau et qu'il y a ici davantage un appel déguisé et que nous nous retrouvons tous à l'intérieur du spectre des décisions possibles, mais encore une fois, il n'a pas traité particulièrement du fait que, par exemple, vous êtes saisis d'une demande fondée sur l'absence d'une motivation au sens de l'article 18 de la loi. Ça c'est une obligation statutaire. Ce n'est pas l'article 37 ça. Ce n'est pas l'interprétation libérale ou stricte de l'article 37.3 et de la notion de vice de fond. C'est une simple obligation légale.

Vous êtes tenus de motiver vos décisions y compris pour des décisions provisoires. Et quand il a référé aux deux arrêts de la Cour d'appel dans Chèvrefils et dans Dupont, je pense, il a dit, il vous a invité d'aller voir ces décisions-là comme

si nous étions aux antipodes de ces cas où des décisions auraient été rendues sans aucun motif. Bien, je vous soumets bien humblement que dans le cas du CCP, le motif tient sur une ligne à l'intérieur d'un paragraphe et que ce motif est un syllogisme qui ne se comprend pas, que le choix d'un vingt pour cent (20 %) pour le seuil d'écart n'est absolument pas motivé.

Alors, il n'y a... Oui, nous sommes dans des cas qui se comparent à Chèvrefils et Dupont, parce qu'il n'y a aucune motivation dans la décision et d'aller chercher un passage dans la décision D-2019-123 pour expliquer ce qu'on devrait comprendre dans la D-2019-107, alors que la 107 est antérieure, faut le faire. Faut le faire de justifier une décision antérieure par un passage dans une décision postérieure et c'est aussi difficile de justifier une décision postérieure en disant : « Bien écoutez, voici une décision un peu difficile à lire, un peu difficile à comprendre, mais ne vous inquiétez pas, parce qu'elle se comprend bien à la lecture d'une autre décision. ».

L'article 18 ne dit pas motiver une décision dans l'autre décision. Elle dit bien de décider, motiver dans une décision et justifier

dans la décision. Donc, c'est à l'intérieur de la décision qu'on doit retrouver les motifs et c'est ça l'article 18 et c'est également des questions du principe d'être entendu. Alors, quand on banalise, Monsieur le Président, et quand on dit : « Écoutez là, c'était du provisoire. Ça n'a pas besoin d'être rigoureux. C'est une première. Ça n'a pas besoin d'être rigoureux. C'était finalement pas si pire et personnellement, il est face?? satisfait de la décision. ». C'est pas ça le test. Le test c'est pas ça. Vous le connaissez, je ne vais pas le répéter. Le droit d'être entendu.

(15 h 56)

Monsieur le Président, vous avez évoqué la Loi sur la justice administrative, vous avez évoqué... j'ai évoqué la Charte, je n'ai pas pu m'en empêcher, vous m'en excuserez. C'est pas opportun pour un procureur de répondre indirectement. Mais, je veux simplement, à cet égard-là, rappeler les professeurs Garant et Ouellet, tous les tribunaux administratifs du Québec, tous sans exception sont tenus par l'article 23 de la Charte canadienne... pardon, de l'article 23 de la Charte québécoise. Tous les tribunaux administratifs du Québec sont tenus par

des principes d'équité procédurale.

La Régie a rendu des dizaines de décisions dans lesquelles elle reconnaît cette exigence procédurale, cette exigence de droit substantif, le droit d'être entendu.

Et dans la Loi sur la justice administrative, son application n'est pas déterminante quant à l'existence de ses obligations d'agir en conformité avec la Charte, avec les principes de droit reconnus dans l'affaire Baker, mais reconnus aussi par la Cour suprême dans bien d'autres, dans bien d'autres décisions.

Un point particulier. Et là on rentre dans des choses qui sont peut-être un petit peu plus pointues. La Régie rend des conclusions dans son dispositif et dans ses motifs. Alors, l'article 37 s'applique à des demandes de révision de conclusions contenues dans des décisions. Et quand on demande à invalider une conclusion, bien on la prend là où elle se trouve. Et la Régie, et c'est bien légitime de sa part, ne résume pas dans son dispositif la totalité de ses conclusions.

Alors, quand une conclusion est à l'extérieur du dispositif, bien cette conclusion n'en demeure pas moins une conclusion à valeur de

précédent. Et la Régie a fait le choix d'inclure une conclusion dans son dispositif à l'effet qu'elle donne effet à toutes les conclusions hors dispositif, sans doute parce qu'il est arrivé qu'on lui reproche que des conclusions hors dispositifs pouvaient être ou ne pas être exécutoires.

Et on ajoute une clause pour s'assurer de clore, clore le sujet en disant « bien, écoutez, les conclusions sont dans le dispositif. » Et si tant est qu'elles étaient à l'extérieur, bien elles sont exécutoires et elles sont effectivement exécutoires en raison du caractère contraignant de la dernière conclusion de vos décisions, à l'effet que tout autre élément décisionnel doit être respecté.

Alors, les conclusions qui sont portées en révision, elles se trouvent là où elles se trouvent et il y en a dans les paragraphes à l'extérieur du dispositif.

Maintenant, simplement pour préciser que le procureur du ROEÉ a également traité d'un certain nombre de sujets qui ne font pas l'objet de la demande de révision. Lorsqu'il vous a relu la quasi-totalité des paragraphes de la décision, plusieurs d'entre eux traitaient du tarif GNR, de

la création du compte de frais reportés, un appariement entre les coûts et les revenus, du fardeau de la preuve et des questions relatives.

Alors, il n'y a rien de ça en révision là, il n'y a rien de ça en révision. Les conclusions sont bien identifiées.

Rapidement, à l'égard de la FCEI. La FCEI ne vous a présenté qu'un seul motif, en fait, une seule demande qui est subsidiaire. C'est celle de vous demander, dans l'hypothèse où vous deviez révoquer le paragraphe 160, de retourner le tout à la première formation pour qu'elle puisse en disposer.

La FCEI a par ailleurs été silencieuse et c'est quand même pas un silence sans intérêt, sur tous les autres motifs de révision, y compris le dernier motif. Et la FCEI ne conteste pas la demande de révision à l'heure actuelle, telle qu'amendée, sauf pour vous demander de retourner le dossier à la première formation.

Alors, si on résume la position de la FCEI là, elle ne conteste pas la demande de révision. Elle demande que le dossier soit retourné à la première formation dans l'hypothèse où vous révoquiez un seul paragraphe parce qu'elle n'a

aucune position sur les autres paragraphes portés en révision.

Alors, dans la synthèse de la position de la FCEI là, elle ne conteste plus la demande de révision. Elle ne contestait qu'un motif qui n'est plus devant vous. Alors, elle ne l'appuie pas, elle ne la conteste pas, mais dans l'hypothèse où elle devait être accordée, elle vous demande une chose qui ne peut pas être faite.

(16 h 01)

Et ce n'est pas parce que vous n'avez pas la compétence de retourner le dossier en première instance, vous l'avez, mais c'est parce que l'exercice est juridiquement une impasse. Et je vous explique pourquoi. Si vous deviez conclure que le seuil d'écart visé au paragraphe 160 ne peut être retenu, parce qu'il viole la règle de droit sur la décision prudente, bien, on ne peut plus imposer un seuil d'écart. On ne peut pas en imposer un autre meilleur. On ne peut pas imposer un seuil d'écart de trente pour cent (30 %). On ne peut pas en imposer un de quinze pour cent (15 %). Il est contraire à la règle de droit.

Et donc, la première formation, si vous retourniez le dossier, je leur dirais à la première

opportunité, il y a une décision de la formation en révision qui a déclaré qu'il y avait là violation d'une règle de droit qui constitue un vice de fond de nature à invalider la décision, donc un vice de fond sérieux et déterminant. On ne va reparler de l'imposition d'une créature qui a été déclarée contraire au droit applicable. On ne va pas en reparler. C'est terminé. Alors, ça sert à rien de retourner le dossier en première formation, parce qu'on va remonter en révision le lendemain pour vous demander de recasser à nouveau une décision qui viole la norme de prudence.

Maintenant, si vous deviez conclure plutôt que ce seuil doit être rejeté en vertu des motifs 4 et 5, c'est-à-dire que nous n'avons pas été entendu et que le dossier n'est pas assez motivé. Alors, dans le fond, vous allez donner à la première formation une deuxième chance. Vous allez dire à la première formation, vous vous êtes planté, parce que vous avez rendu une décision dans un vide factuel, et ça aurait été une bonne idée de la motiver, alors recommencez. Ça, c'est essentiellement demander une réouverture d'enquête ou la tenue de novo d'une nouvelle audition sur un sujet parce que la décision est nulle.

Je vous soumets bien humblement que ce n'est pas là l'exercice utile de votre compétence dans la mesure où nous vous demandons de rendre la décision conforme au droit, c'est-à-dire l'absence d'un seuil. Et que donc, en l'absence d'un seuil, il n'est pas utile de faire un débat de fait à nouveau sur, est-ce que ce seuil devrait être à vingt (20 %) ou trente pour cent (30 %).

Et si vous deviez juger que le seuil n'est pas en soi illégal, mais que ça pourrait être une bonne idée d'avoir un seuil, bien, à ce moment-là, vous nous retournez en première formation, vous donnez essentiellement le message à la première formation que ce seuil pourrait être imposé sur la base d'une nouvelle preuve. Parce que, présentement, le procureur de la FCEI vous dit, écoutez, retournez le dossier pour qu'il puisse réévaluer le dossier sur la base de la preuve. Mais il n'y a aucune preuve.

Vous n'êtes pas en mesure de juger de ce vingt pour cent (20 %) parce qu'il n'y a aucune preuve. Mais la première formation est également dans l'impossibilité d'évaluer le caractère raisonnable de ce vingt pour cent (20 %) parce qu'il n'y a aucune preuve. Alors, le procureur de

FCEI vous présente une trappe. Retournez le dossier pour qu'elle puisse reconsidérer la preuve et mieux en juger. Il n'y a aucune preuve.

Si la FCEI veut être cohérente avec sa position, essentiellement ce qu'ils demandent, c'est la tenue d'une nouvelle audition. On va refaire un deuxième débat conforme à la règle de droit; Énergir sera entendue sur le caractère inapproprié d'un seuil. Mais, ça, c'est autre chose. Ça, c'est essentiellement dire, on redébute l'audience, on la recommence.

On est en révision. Dans le cadre de la révision ce qu'on demande habituellement, c'est de déclarer les conclusions invalides et rendre la décision qui aurait due être rendue. Ce n'est pas de dire, la conclusion est invalide, mais vous allez retourner refaire le débat pour que ce débat mène à une conclusion qui pourrait de nouveau être invalide selon nos prétentions. Et ça ne serait pas un exercice utile, nous vous le soumettons bien humblement. D'autant plus qu'il y a déjà un certain nombre de semaines qui ont passé et que les circonstances font en sorte qu'il y a des sujets beaucoup plus pertinents à débattre en première formation.

Nous espérons bien que la première formation va se saisir de demandes d'approbation dans lesquelles elle pourra juger du risque des contrats qui sont proposés beaucoup plus efficacement qu'en imposant un seuil arbitraire en l'absence de preuve. Parce que si tant est que la première formation voulait véritablement gérer un risque, bien, le processus d'approbation des contrats, donc des prix présentés, est un outil assez efficace, je vous le soumets, pour juger du risque associé à un contrat dont le prix est présenté pour fins d'approbation. Et si la Première formation jugeait que cinquante sous le mètre cube (50 ¢/m3) est un prix approprié sur un marché américain ou un autre prix... et c'est un chiffre que je lance en l'air.

(16 h 06)

Puis à ce moment-là, je présume qu'elle serait également d'accord pour dire qu'un écart qui découle de ce prix, par ailleurs raisonnable, n'est pas déraisonnable parce que l'écart résulte d'un prix qu'elle aurait, par ailleurs, vu, analysé et sans doute accepté dans les circonstances, tenant compte de l'ensemble des circonstances. Vous avez là une mesure beaucoup plus efficace de gestion de

ce risque qui est évoqué par le procureur de la FCEI.

J'écoutais maître Neuman et j'ai quelques commentaires. J'avais compris qu'il était favorable à notre position, mais à l'occasion je me posais la question et il a semblé vouloir dire que la Première formation aurait pu se réviser elle-même et que, dans le cadre d'une décision interlocutoire, bien, finalement, on ne devrait peut-être pas se présenter en révision, que la Première formation aurait pu se réviser elle-même.

Je dirais simplement que ça aurait pu être une idée si l'article 37 ne disait pas l'inverse. Et l'article 37 de la Loi... je l'ai quelque part... voilà... L'article 37 de la Loi dit ceci, dans le cas visé au paragraphe 3, 37.3 :

> La Régie doit permettre[...]

Pardon...

> La décision ne peut être révisée ou révoquée par les régisseurs qui l'on entendue.

Alors, nous alléguons l'article 37.3. Nous ne pouvions demander à la Première formation de se réviser elle-même parce que la Loi l'interdit.

Alors, je comprends que dans certaines

circonstances, on peut demander à la Première formation de se reconsidérer, de se réviser. Sauf que l'article 37.3 étant celui qui est invoqué eu égard à la nature des motifs, bien, il faut aller devant trois nouveaux régisseurs pour la simple et bonne raison que nous sommes en révision d'une décision rendue en vertu de l'article 37.3.

Deuxième point. Monsieur le Président, vous le savez, vous êtes saisi de toute la preuve au dossier R-4008-2017. La preuve en révision est celle de la première instance. Il y a un transfert de facto parce que nous sommes en processus de juger de la légalité d'une décision, eu égard à la preuve et au dossier.

Donc, vous avez accès à toute la preuve du dossier R... je n'ai pas à la produire. Il n'y a pas d'ambiguïté quant au fait que vous êtes en mesure de demander et de consulter toute la preuve au dossier R-4008-2017, elle est devant vous, y compris toute la preuve déposée sous pli confidentiel.

Vous pouvez tout relire. Alors, aucune ambiguïté à cet égard-là. Si vous voulez vous intéresser à l'écart entre les prix de marché et les tarifs GNR retenus ou proposés, vous êtes bien

à l'aise et vous allez voir que nos représentations étaient pleinement fondées.

Troisième point et le dernier. Les demandes d'approbation d'Énergir déposées sous toute réserve de ses droits ont été déposées dans un contexte bien particulier. Énergir a déposé, à compter du huit (8) mai deux mille dix-neuf (2019), des demandes d'approbation de certains contrats.

Il n'y a pas là une incohérence entre ses positions et son action. Il y a le contexte qui est le suivant, les sept (7) et huit (8) mai jusqu'au vingt-quatre (24) mai, la Première formation fait comprendre, en termes clairs, qu'elle est assez insatisfaite du fait que des contrats ont été signés sans autorisation ou autorisation préalable. (16 h 11)

Et Énergir au terme de cet épisode est bien consciente de deux choses : d'une part, que cette décision-là est en délibéré depuis le huit (8) mai dernier ou le vingt-quatre (24) mai dernier; et, d'autre part, que tant dans sa lettre procédurale du dix-sept (17) août deux mille dix-neuf (2019) que dans sa décision D-2019-120, la Régie informe son assujetti qu'elle évaluera les demandes au cas par cas.

Alors, Énergir a fait le choix pragmatique dans le respect du délibéré, engagé depuis le huit (8) mai dernier, et dans le respect des directives et des attentes de la première formation de déposer des demandes sous toute réserve de ses droits en raison des attentes de la première formation et de la décision. Alors, il n'y a pas ici d'incohérence ou de surprise dans cette approche qui a été adoptée étant entendu que les positions juridiques d'Énergir sont bien connues tant dans ses écrits que dans ses demandes d'approbation formulées sous réserve.

Alors, Monsieur le Président, je vais, je pense, arrêter ici. Et je sens toujours une interrogation ou deux peut-être de la part de la formation, en partie dû au fait qu'il s'agissait d'une demande de sauvegarde menant à un jugement qui a une application dans le temps que l'on a qualifié de provisoire. J'aimerais avoir l'opportunité de répondre à toutes vos questions à ce sujet-là. Moi, je suis ici jusqu'à aussi longtemps que vous voulez.

Et je vous invite à me poser toutes vos questions. Et si vous êtes en désaccord avec une des affirmations que j'ai faites en termes de droit

ou de lecture des faits, je vous invite à me demander de préciser notre position autant que faire se peut. Et il n'y a que de bonnes questions pour moi à cette étape-ci. Et si vous avez un doute, Monsieur le Président, donnez-moi l'opportunité de vous convaincre.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Maître Dunberry, il y a un élément sur lequel j'aurais besoin d'explications additionnelles.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Si on accueille votre demande telle quelle, et donc, par exemple, qu'on a à se prononcer sur la marge de vingt pour cent (20 %), vous l'avez dit vous-même, il n'y a pas de preuve au dossier, il n'y a pas d'échange dans le dossier lors des audiences de la première formation, il n'y a pas de DDR, il y a une absence de faits, en fait.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Il y a une absence de preuve. Nous ne pourrons pas nous prononcer sur cette marge-là sans entendre une preuve.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Donc, quelle est la différence entre le fait de retourner à la première formation, qui est déjà saisie d'un sujet très connexe puis de l'univers des questions qui entourent cette question-là...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... elle aura elle aussi à monter une preuve, entendre une preuve et débattre et délibérer pour produire une nouvelle décision. Donc, au niveau d'une administration de la justice qui est efficiente, est-ce que... quel est l'avantage que nous conservions au sein de cette formation?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Bien, le point de départ, l'hypothèse sous-jacente à votre question... D'abord merci pour la question. Deuxièmement, l'hypothèse sous-jacente à votre question, c'est que l'imposition d'un seuil d'écart, c'est quelque chose qui est légal. Je pense que votre question, c'est de savoir si on veut déterminer un seuil autre que vingt pour cent (20 %), disons trente pour cent (30 %). L'hypothèse

derrière ça, c'est que l'imposition d'un seuil est légal.

Hier, je vous aurais dit, il y a trois problèmes avec ça. C'est de l'ingérence dans un marché non réglementé, puis ça viole la règle de la norme de la décision prudente. Aujourd'hui, je viens vous dire qu'une seule chose. Je vais vous dire que d'imposer de façon prospective et préemptive un seuil au motif que, en bas du seuil, c'est une décision prudente, en haut du seuil, c'est une décision imprudente, je vous soumets que, ça, c'est en contradiction avec toute la jurisprudence de la Régie sur la norme de la décision prudente. Je vous soumets que c'est une décision qui est en droit, sans égard au seuil. Un pour cent (1 %) ou quatre-vingt-dix-neuf pour cent (99 %), cest une décision illégale parce que vous jugez sur la base de situations hypothétiques pour l'avenir.

(16 h 16)

Alors, je ne vous demande pas d'évaluer un seuil autre que vingt pour cent (20 %). Je vous demande de déclarer que ce seuil-là est grevé d'un vice de fond parce qu'il ne peut être toléré en vertu de toute votre jurisprudence, sur la norme de

la division prudente.

Maintenant, si vous êtes en désaccord avec moi et vous dites : « Écoutez, on ne croit pas que c'est en violation de la norme de la décision prudente, mais on va vous concéder que ce chiffre sort d'un chapeau et que ce chiffre n'a aucune base factuelle. »

Vous ne pouvez pas en juger, ni d'ailleurs la Première formation. Alors, la seule façon d'en juger, c'est de tenir une nouvelle audience et de dire : « Bien, écoutez, c'est peut-être une bonne idée, peut-être pas... » Mais même là, je ne suis pas sûr que vous êtes en mesure de juger, de savoir si c'est une bonne ou une mauvaise idée, à cette étape-ci, parce que vous n'avez pas vécu tout le dossier 4008-2017.

Mais la seule façon de tenir un débat correct sur cette question-là, c'est de le faire selon la règle de droit en donnant aux parties l'opportunité d'être entendues. Alors, essentiellement, c'est d'ordonner la tenue... ce qu'on ne demande vraiment pas là, mais d'ordonner la tenue d'une nouvelle audience pour en débattre. Et ça pourra se faire à l'Étape B, à l'Étape C, à l'Étape D, ou ça pourrait se faire lors de demandes

d'approbation.

Évidemment, si nos prochaines demandes sont toutes gelées sur place et que nonobstant nos efforts... Bien, la prochaine demande d'approbation qui sera déposée, si ce n'est pas déjà fait, soit suspendue de nouveau.

Bien, ça va être difficile d'aller très loin. Mais si tant est que la nouvelle demande déposée était jugée recevable pour fins d'examen, bien peut-être que dans ce cadre-là, on pourrait simplement dire : « Bien, écoutez, dans l'étude de vos considérations, bien, le prix..., les caractéristiques de prix sont connues. »

Et la question du seuil d'écart devient purement inutile et théorique parce que les dossiers seront approuvés pour les prochaines demandes, sur une base individuelle, au cas par cas. Puis à ce moment-là, le seuil d'écart... On ne peut pas, à la fois, approuver un contrat pour ensuite déclarer qu'il est imprudent.

Alors, je pense que concrètement là, votre problème va se résoudre. Ou bien, on va avoir un débat utile dans le cadre de demandes d'approbation, ce qui rend le seuil d'écart inutile. Ou bien, demain matin, on va se faire dire

à nouveau que tant et aussi longtemps que vous n'ayez pas rendu votre décision, bien, la porte est fermée, le Tribunal est fermé. « As no business », c'est ça, on attend.

Puis la pression va être sur vous, Monsieur le Président, vous allez peut-être devoir délibérer sous cette pression qui vous sera, non pas causée par Énergir, mais causée par le dossier tel que constitué.

Mais je veux juste répondre à votre question là. Si c'est illégal, ça n'a pas besoin de retourner en Première formation. Si c'est légal, selon vous, la seule façon de le faire c'est d'une audience de novo et en pratique, je pense que le problème va disparaître si nous pouvons présenter des demandes d'approbation.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Donc, ce que vous dites, si je comprends bien, c'est que si la Première formation est re-saisie de cette question-là, bien elle n'en est pas dessaisie, si je comprends, mais si elle doit tenir une audience sur cette question-là. La preuve qui accompagnerait, incluant des exemples de contrats qui auraient été envisagés, pourrait la convaincre qu'une marge n'est pas appliquée, donc...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Ce qu'on leur dirait... puis je n'ai pas de mandat, alors là, je parle en mon nom personnel là : Je ne lie pas Énergir à cet égard-là, mais je commencerait en leur disant : Pensez-vous vraiment que conclure à un prix de marché...

Mme ESTHER FALARDEAU :

Hum.

Me ÉRIC DUNBERRY :

... c'est, en soi, imprudent? Hein? La pinte de lait à deux piastres et vingt-cinq (2,25 $) là... Pensez-vous vraiment que c'est imprudent de payer deux piastres et vingt-cinq (2,25 $)? Croyez-vous que c'est imprudent de payer une piastre et onze (1,11 $) pour une pinte de lait de deux piastres et cinquante (2,50 $)?

Je veux dire... on ne va juste pas l'acheter. Le risque, c'est qu'on ne nous la vende pas. Alors, en ayant un prix trop bas, on perd le contrat.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Hum.

(16 h 21)

Me ÉRIC DUNBERRY :

Alors, est-ce qu'il est imprudent d'acheter à un prix de marché négocié? Je pense que poser la question, c'est y répondre. Alors, le débat qui va se faire devant la Première formation, ça va être de dire : Écoutez, selon nous, c'est illégal. Mais la Première formation a jugé... la Deuxième formation a jugé que c'était légal. Alors, on n'est pas allé en révision devant la Cour supérieure, on retourne devant vous. Et là, on va faire un débat de fond sur le caractère prudent ou imprudent transigé à des prix de marché, mais dans un cadre très spécifique, je l'espère, d'une demande d'approbation, parce que dans une demande d'approbation, on peut voir l'ensemble de l'oeuvre et des considérants pertinents pour juger des caractéristiques d'un contrat et la Régie a des pouvoirs de surveillance, sous l'article 31, qu'on n'a jamais contestés et ces pouvoirs de surveillance-là peuvent s'exercer au moment où la Régie est en mesure de les exercer. Habituellement, soit lors d'une cause tarifaire, dans le cas de Ste-Sophie, c'était lors du dépôt du rapport annuel ou lors de l'approbation du plan d'approvisionnement ou dans des cas où elle jugera opportun de le faire avec l'ensemble de l'oeuvre et

des pièces et des dossiers qui nous permettent de l'évaluer.

Alors, moi, je pense que vous avez des solutions très concrètes et très pratiques ici, mais retourner ça en première formation, je vous soumets bien humblement que ça ne va qu'ajouter une couche additionnelle de ressources consommées à des fins qui, pour nous, ne desservent pas ce genre d'investissement-là de temps et de ressources. Allez-y, Madame la Régisseure.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Oui. Bien écoutez, sur votre dernière affirmation, j'ai entendu les mots, je comprends la phrase, je ne suis pas sûre que je vous suis dans la logique qu'on investisse des ressources ici dans l'investigation du bien-fondé d'imposer une marge ou qu'on investisse dans une autre formation au niveau de la Régie dans son ensemble. De toute façon, c'est un travail qui devra être fait, puis ici, bien évidemment qu'on n'a pas le dossier avec nous. C'était juste dans votre affirmation que...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui. Non, je n'étais peut-être pas clair. Ce que je voulais dire c'est tenir une audience de novo...

Mme ESTHER FALARDEAU :

Oui.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Sur le caractère légal opportun d'un seuil d'écart de vingt (20 %), trente (30 %), quarante (40 %) ou cinquante pour cent (50 %). Je vous soumets que de tenir une nouvelle audience sur ce seuil d'écart, présume que vous jugiez que c'est légal, que ce n'est peut-être pas une priorité. Quant à nous, la priorité c'est de permettre l'approbation de contrats qui sont à risque d'être perdus, à moins d'être approuvés. Ça c'est la priorité.

Maintenant, si on doit avoir un nouveau débat sur l'imposition d'un seuil d'écart, bien, ça sera la résultante de la décision de la Régie, mais quant à nous, ce n'est pas un investissement optimal des ressources de la Régie. C'est un débat qui, quant à nous, est illégal, puis s'il doit être tenu, bien, c'est certainement pas prioritaire, parce que la Régie a d'autres opportunités pour désallouer des coûts. Habituellement, elle ne le fait pas de façon prospective.

Je vous désalloue des coûts que vous pourriez encourir plus tard. Habituellement, elle dit : « Écoutez, venez m'expliquer pourquoi vous avez dépensé ça, puis on va en juger. ». Alors,

c'est maître Neuman qui disait, à juste titre, que ce processus-là se fait dans un continuum pour reprendre son expression. Il y a des causes tarifaires, il y a des dépôts de plans d'approvisionnement, il y a le dépôt du rapport annuel. Cette idée de préempter une décision, plutôt que d'en juger au moment venu, pour nous, je pense que c'est un exercice qui double et dédouble les ressources de la Régie, parce que même si je comprends bien, elle n'a pas l'intention de se lier. Alors, si elle déclarait prudent ou imprudent quelque chose, de façon prospective, est-ce qu'elle va épuiser sa compétence plus tard en disant, bien là, qu'elle n'est plus en mesure de défaire ce qu'elle aurait fait? Et de dire que le contrat à vingt-deux pour cent (22 %) d'écart, plutôt que vingt (20 %) qui a été jugé imprudent de façon prospective, mais lorsqu'on est informés des circonstances deviendrait prudent ou imprudent.

Alors, on va refaire le débat deux fois. C'est à ça que je pensais quand j'ai parlé de doublement de ressources.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Ici, question de droit. Enseignez-moi. Est-ce qu'on a à se prononcer sur le fait que ce soit prudent ou

non ou simplement si jamais on reconnaissait qu'Énergir n'a pas été entendue sur un point de décision ou sur ce point de décision-là, sommes-nous requis, puis là, je pose une question que je sais que ma procureure me dit : « Bien, c'est à moi que tu devrais la poser, parce qu'on ne pose pas des questions naïves et... », mais je vous la pose quand même.

(16 h 26)

Me ÉRIC DUNBERRY :

Bien, écoutez, si vous me donnez un choix, je vais vous donner mes préférences et vous en discuterez avec votre procureure. Moi, j'aimerais bien que ça soit rejeté sur la base du motif 8, parce que c'est rejeté sur une base juridique et légale et c'est la fin du débat. Maintenant, si vous ne retenez pas le motif 8, je vous demanderais simplement de le rejeter sur les bases des motifs 4 et 5, donc absence d'avoir été entendu et absence de motivation, mais ne retournez pas ça en première instance. Faites simplement révoquer la décision et n'en faites pas plus et vous n'avez pas à en faire plus.

Et de toute façon, la première formation va être saisie de demande d'approbation, il y aura des

causes tarifaires, il y aura un rapport annuel, il y a un plan d'approvisionnement. Vous n'avez pas à ordonner la tenue d'une audition sur l'opportunité ou non d'un écart. Si vous constatez que cet écart a été imposé de façon qui viole la loi parce qu'on n'a pas été entendu, vous pouvez vous arrêter là.

Et c'est une excellente décision quant à ses effets parce qu'on peut à ce moment-là retourner dans ses marchés.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Maître Gertler a parlé de l'importance du contexte.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Disant qu'il faut tenir compte du contexte, de la matérialité de l'impact peut-être aussi de la décision...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... dans notre appréciation des motifs...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... du droit d'être entendu et tout ça là.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Donc ici, concernant effectivement ou il faut que l'impact, je ne sais pas quel est votre point de vue là-dessus. Il faut que l'impact de la décision soit effectivement matériel ou ne soit pas marginal...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... pour que ça mène à une révision d'une décision.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Bien, je vais vous donner, je vais dire la liste...

Mme ESTHER FALARDEAU :

Est-ce que, vous, le contexte...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... si le contexte est marginal, pas le contexte...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Bien, je vais vous donner l'impact.

Mme ESTHER FALARDEAU :

... l'impact est marginal. Oui.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Je vais vous donner l'impact par ordre. À l'heure actuelle, toute la filière GNR est paralysée à cause du seuil d'écarts parce que la décision D-2019-123, la décision D-2019-125 et la décision D-2019-159, trois décisions de la même formation qui refusent de recevoir quelque demande d'approbation que ce soit jusqu'à temps que la question du seuil d'écarts n'ait pas été tranchée. On a retiré deux motifs, mais on en a gardé un, mais le seuil d'écarts est toujours là.

Alors, si demain vous déclarez le seuil d'écarts illégal, il n'y en a plus de problème parce que la seule et unique cause de suspension à l'heure actuelle, c'est la présence du seuil d'écarts. C'est le motif allégué à nouveau hier dans la D-2019-159.

Alors, si vous voulez un élément de contexte là, à l'heure actuelle, le seuil d'écarts est la raison pour laquelle la première formation refuse de recevoir des demandes d'approbation. Ça ne peut pas être plus matériel que ça là. On est à... on est à risque de perdre des contrats.

Vous avez entendu maître Neuman là, je ne

lui ai pas demandé de venir dire ce qu'il a dit, mais ce qu'il a dit fait voir l'urgence de la situation. Et à l'heure actuelle...

Alors, mon client me corrige, à juste titre. Avec le retrait des motifs 6 et 7, effectivement j'étais encore dans mon plan d'hier là en répondant à votre question. Les motifs 6 et 7 étant retirés, les arguments d'ingérence et d'intervention dans un marché non réglementé étant retiré, le seuil d'écarts lui-même n'empêche plus l'approbation. Alors, c'est très très important là. J'ai... j'ai erré en vous faisant cette représentation-là, c'était... j'étais dans mon plan là.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Oui.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Mais, les motifs 6 et 7 ont été retirés. Alors, je reviens à votre question et je vais lui répondre. J'avais quelques éléments, ça, c'était le premier. La matérialité du seuil d'écarts jusqu'à ce matin était au niveau des suspensions.

Maintenant, ce seuil d'écarts là constitue à lui seul une désallocation de coûts qui a été expliquée en relation avec la norme de prudence,

dans un contexte où... Et ça, c'est l'analyse contextuelle, c'est de savoir quel est le degré au niveau, par exemple, du droit d'être entendu, hein! Parce que ça provient de l'analyse de l'arrêt Baker dans l'affaire Therrien auquel le procureur du ROEÉ a discuté.

(16 h 31)

Le contexte, le contexte dans lequel nous nous trouvons, c'est une décision rendue sur le fond des demandes provisoires, l'adoption d'un tarif et d'une méthodologie et aussi d'une faculté de contracter sans être à risque de désallocation de coûts de financement. Alors, ça, c'est le contexte. Ce n'est pas une décision purement de gestion d'instance. Ce n'est pas une décision purement théorique, il y a un impact immédiat. Et les droits substantifs d'Énergir sont affectés.

Alors, ce n'est pas comparable à un accusé susceptible de se retrouver en prison. Et je référais tantôt à l'arrêt Jordan. Mais on est dans un contexte où les droits économiques et les droits substantifs ont été ignorés. Donc, c'est un contexte quand même important. Parce que, là, j'étais dans le contexte plus commercial, là, mais, là, dans le contexte, je pense que ce que vous

aviez en tête quand vous avez posé la question, c'est le contexte qui doit moduler l'importance du droit d'être entendu. Et c'est les critères de l'arrêt Baker et de l'arrêt Therrien.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Bien, si l'impact de la décision est marginal, est-ce que ce n'est pas une considération à prendre en compte? Parce que je comprends que, comme disait maître Gertler, bon, l'obligation de motiver. Mais c'est sûr que si l'impact de la décision est marginal, CCP ou coût moyen en capital prospectif, bon, il y a juste quelques points de différence. Alors, bon on pourra toujours motiver...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Bien, ça, je veux dire, je ne veux pas reprendre ce que j'ai déjà dit, mais l'article 18 de la Loi, ce n'est pas marginal. C'est-à-dire que c'est une obligation stricte, statutaire. Et elle n'est pas modulable. Le débat relatif à l'arrêt Baker et l'arrêt Therrien, c'est de savoir si les garanties procédurales et substantives quant au droit à être entendu doivent être modulées entre, à une extrémité, l'accusé est susceptible de perdre la jouissance de sa liberté et une question, par exemple, à l'autre extrémité, je ne sais pas, moi,

sur le temps qu'on me donne pour faire des représentations devant la Régie.

On me dit, Maître Dunberry, vous allez avoir une heure puis vous allez passer le dernier. Bon. Alors, ça, c'est relativement faible dans le spectre des droits affectés. Alors qu'on parle dans l'arrêt Baker d'affaires de droit criminel notamment.

Alors, moi ce que je vous dis, c'est que, dans ce spectre-là, on se retrouve dans une situation où nos droits les plus importants ont été affectés. Alors, on est assez haut dans le spectre, là. On n'est pas en matière criminelle, mais à l'intérieur d'un processus qu'on appelle réglementaire, quand vous n'êtes pas entendu, quand la décision n'est pas motivée et quand la règle de droit n'est pas respectée.

Puis, là, je reviens encore à la décision sur la norme de prudence, mais également sur la décision D-2015-181 sur la rémunération des comptes de frais reportés. Lorsqu'on se retrouve dans cette situation-là, on est assez haut dans le spectre des droits affectés par une décision. Alors, on n'est pas à l'extrémité du spectre, mais on est dans une zone où des droits substantifs sont affectés et non

pas uniquement ce que j'appellerais, moi, des questions de gestion d'instance, là, par exemple.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Merci. Dernière question. Vous semblez assez ferme sur l'idée que ça ne serait pas... votre opinion est à l'effet que ce n'est pas une bonne idée de retourner une question ou deux à la première formation. Puis est-ce que j'ai compris que c'est parce que la première formation a un agenda chargé? Pour quelle raison est-ce que ça ne serait pas pertinent à ce que la première formation réévalue une question ou réentende, c'est-à-dire entende?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Bien, c'est-à-dire que si vous jugez que c'est illégal, ça n'a pas à retourner, parce qu'on ne va pas s'engager dans un exercice qui mène à un résultat que vous auriez considéré illégal. Alors, ça, c'est mon point de départ. Maintenant, je reviens à la position subsidiaire. Si vous êtes d'avis que ce n'est pas illégal, mais que vous êtes d'avis que le débat n'a pas eu lieu et vous dites, bien, écoutez, vous allez faire le débat, on vous retourne en première formation faire le débat, je pense que la réponse que je vais vous dire, c'est que ce débat n'est pas nécessaire parce qu'il y a

des alternatives, il y a des alternatives déjà prévues dans le cadre et le calendrier annuel qui est incontournable, que ce soit la cause tarifaire, que ce soit le rapport annuel, que ce soit les plans d'approvisionnement à terme. Il y a des périodes. Il y a des modalités. Et il y a également des demandes d'approbation. Alors, il y a des alternatives. Ce débat-là, si vous le retournez devant la première formation, je vous soumets, va se faire au moins deux fois.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Parce qu'il se ferait aussi, par exemple, dans le cadre de la prochaine cause tarifaire.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Bien, c'est parce que je... C'est maître Neuman qui vous posait ou qui évoquait la situation. On retourne devant la première formation. Il y a un débat complet sur le sujet. Et la première formation fixe un prix maximal à trente pour cent (30 %) après avoir entendu une preuve et dit : « Écoutez, votre compte de frais reportés, on va inclure, dans ce compte-là, uniquement les contrats dont les prix sont de tarifs plus trente (+30 %). »

(16 h 36)

Et là, on va dire : « Bien, écoutez, qu'est-ce que ça veut dire, ça? Est-ce que vous vouliez à cette détermination-là? » Et si la réponse vient par la suite en disant : « Bien, écoutez, oui, on a déclaré qu'il serait présumément imprudent de conclure un contrat au-delà de trente pour cent (30 %), mais vous pourrez, lors de la prochaine cause tarifaire, contester cette présomption-là. Ou, vous pourrez, lors d'un prochain débat, lors du dépôt du rapport annuel - comme dans le dossier de Sainte-Sophie Tremblay...

Mme ESTHER FALARDEAU :

Hum, hum.

Me ÉRIC DUNBERRY :

... remettre à niveau la Régie sur finalement les caractéristiques. » Alors, le débat va se faire, probablement à plus d'une reprise, et si le débat ne pouvait se faire, là, vous avez un problème de droit majeur parce que si on retourne devant la formation qui vous dit : « Écoutez là, je déclare que tous les contrats à venir, sans que j'en sois même tenue informée, en haut d'un prix de trente pour cent (30 %) du TRG... du tarif de GNR, c'est imprudent. »

Moi, je vais vous poser la

question : Comment pouvez-vous... Comment pouvez-vous, première formation, juger qu'il est imprudent? Ça, ça viole carrément la règle de la norme de la décision prudente, de prévoir aujourd'hui qu'un contrat signé dans un an, à TRG plus trente et un pour cent (31 %), est un contrat imprudent?

De deux choses l'une, ou bien elle va se désaisir de la décision, elle épuise sa compétence et elle rend une décision qui va la lier, elle-même pour l'avenir, dans lequel cas la décision est illégale et viole la règle de la décision prudente. Ou bien, elle va vous dire : « Écoutez, on va vous empêcher d'en signer. Si jamais vous en signer un ou non, on va tout revoir la question lors de la cause tarifaire. »

Et on va se reposer la question : bien, écoutez, on a présumé que ce n'était pas une bonne idée. Dans les cas où vous ne nous avez pas écoutés, on va vous désallouer ou pas des coûts. Dans les cas où vous allez écouter ce qu'on vous dit, bien, vous allez perdre des contrats puis peut-être qu'il y a bien des fournisseurs qui vont vous dire : « Les prix sont trop bas. Je vais vendre chez le voisin parce que votre prix est en

bas du prix de marché. » On va perdre des contrats, puis à un moment donné, on se dira : « Bien, écoutez, vous n'avez pas atteint vos objectifs réglementaires. » Puis on dira : « Bien, écoutez, on a fait ce qu'on a pu, dans les cadres réglementaires qu'on nous a imposés. »

Alors, je pense que ce débat-là, c'est un débat illégal, mais c'est surtout... c'est un débat qui va être... qui va consommer des ressources sans aucune utilité réelle parce qu'il se faire, au moins, à plusieurs reprises.

Mme ESTHER FALARDEAU :

Je comprends, merci.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui?

M. FRANÇOIS ÉMOND :

Bonjour, Maître Dunberry.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui?

M. FRANÇOIS ÉMOND :

J'essaie de comprendre, suivant la discussion que vous avez avec ma collègue, sur le CFR par rapport au tarif provisoire. Si je comprends bien, puis corrigez-moi là si ma compréhension n'est pas la bonne. Vous nous demandez de révoquer le CFR qui a

été approuvé par la première formation en le rendant soit illégal en prenant votre huitième motif, ou les quatrième et cinquième.

Est-ce qu'à ce moment-là, si on acceptait cette demande-là, on se rendrait... on se retrouverait avec un tarif GNR provisoire sans CFR? C'est ce qui arriverait?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Très, très important que je sois clair. Si je ne l'ai pas été, je m'en excuse. On ne touche pas au CFR. La conclusion, c'est d'ordonner... Le CFR existe. La seule chose qu'on demande, c'est que le taux d'intérêts pour fins de rémunération du CFR, soit le coût moyen pondéré ou le coût pondéré moyen en capital là, et non pas le coût prospectif.

Alors, si vous regardez la conclusion de notre demande de révision, c'est simplement d'ordonner ce CFR avec le taux d'intérêts, mais on ne demande pas de révoquer la création d'un CFR. Le CFR n'est pas créé au paragraphe 160 là. Le CFR existe et je vais...

M. FRANÇOIS ÉMOND :

Ce que vous nous demandez, c'est de révoquer les modalités du CFR qui a été créé par la première formation?

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui, mais soyons précis là. Si vous allez dans notre demande de révision ou dans le plan d'argumentation, le titre c'est bien concernant l'utilisation du CCP pour la détermination des intérêts. Et dans la conclusion de la demande, on reprend la conclusion parce qu'on ne peut pas déclarer illégale une ligne sur deux ou trois lignes. Alors, il faut aller par conclusion puis c'est comme ça que c'est écrit.

Et dans la conclusion de la demande de révision, on demande à la Régie d'ordonner la création d'un... pas la création, mais en fait, on reprend la modalité qui est celle de... Parce que je vais... au lieu de paraphraser, je vais simplement me rendre à la conclusion. C'est : Ordonner la création d'un compte... c'est parce qu'on ne peut pas défaire la conclusion là, mais soyons précis là. On ne demande pas et on n'a jamais demandé la révocation d'un CFR. Ce qu'on demande, c'est simplement, puis vous avez dans le texte là « et portera intérêt selon le coût moyen pondéré en capital » dans nos conclusions.

(16 h 41)

Donc, on a substitué la référence au coût

en capital prospectif par la référence au coût moyen pondéré en capital. Mais, il n'y a aucun doute, nous avons demandé un CFR, nous voulons un CFR. Nous croyons que c'est important d'avoir un CFR et la Régie est d'accord. Il n'y a aucun débat sur ça.

La création d'un CFR n'est pas en cause. Il n'y a aucune demande de révision et il n'y a aucun désaccord, y compris avec l'ensemble des participants. Je pense que tous reconnaissent, sauf erreur, qu'un CFR peut être utile pour comptabiliser ces sommes qui sont inconnues parce qu'il y a une incertitude effectivement à cet égard-là. Mais, que le taux d'intérêt sera celui qui est conforme à la jurisprudence de la Régie et notamment à la décision D-2015-181.

Alors, mon client me réfère là, pour être encore plus pointu. La conclusion qui vise la création du CFR, c'est le paragraphe 159 et, lui, il ne fait pas l'objet de la demande de révision.

La question du taux d'intérêt apparaît à d'autres paragraphes. Et je vous réfère notamment là au paragraphe, c'est 161... oui, c'est ça, 161. Ma lunette est serrée là. C'est le coût moyen pondéré en capital, c'est 161 et c'est ces deux

paragraphes-là qui sont visés pour la demande... pardon, c'est 161 qui est visé, 160 et 161.

Alors, merci pour la question là.

M. FRANÇOIS ÉMOND :

C'est une question de précision, j'essayais de...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Non, non. Ça, c'est comme où est la quatrième roue du véhicule là. C'est toujours bon de voir les quatre roues.

M. FRANÇOIS ÉMOND :

C'est bon. Merci beaucoup.

LE PRÉSIDENT :

Et parfois en avoir une dans sa...

Me ÉRIC DUNBERRY :

Oui.

LE PRÉSIDENT :

Oui. Écoutez, ça va mettre fin aux questions de la Régie. Je vous remercie de votre disponibilité. Je remercie maître Gariépy, maître Lefrançois, madame Alary, madame Lebuis, le personnel de la Régie et aussi naturellement nos vaillants sténographes. Alors, je pense qu'on a fait le tour. On prend le tout... on prend le tout sur nos épaules en délibéré et nous allons sortir de cette salle.

Alors, je vous souhaite tous une bonne fin

de journée.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Merci.

LE PRÉSIDENT :

Et à la prochaine. Merci.

Me ÉRIC DUNBERRY :

Merci beaucoup.

AJOURNEMENT

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 SIGNE:

_____

Sténographe officiel. 200569-7