CANADA

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

No. : R-4106-2019
(R-4008-2017)

R É G I E D E L ' É N E R G I E

ÉNERGIR, s.e.c., personne morale de droit public légalement constituée, ayant son siège social au 1717, rue du Havre, dans les cité et district de Montréal, province de Québec, H2K 2X3,

Demanderesse

PLAN D'ARGUMENTATION

DEMANDE DE RÉVISION DE LA DÉCISION D-2019-107

(Art. 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*)

AU SOUTIEN DE SA DEMANDE DE RÉVISION DE LA DÉCISION D-2019-107, ÉNERGIR, S.E.C. DÉCLARE CE QUI SUIT :

I. LA DEMANDE DE RÉVISION

1. Le 3 septembre 2019, une formation de trois régisseurs (**Première formation**) de la Régie de l'énergie (**Régie**) rendait la décision D-2019-107 (**Décision**) accueillant en partie la demande (**Demande**) présentée par Énergir, s.e.c. (**Énergir** ou **Distributeur**) pour la fixation d'un tarif provisoire de gaz naturel renouvelable (**Tarif GNR**).

2. Énergir demande à la Régie de réviser certaines conclusions de la Décision (**Conclusion** ou **Conclusions)** concernant :

   a) un compte de frais reportés crée et 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 et les revenus générés par le prix de vente du GNR facturé à la clientèle au cours d'une année tarifaire (**CFR**);

   b) la méthodologie de calcul du Tarif GNR proposée par Énergir (**Méthodologie**).

3. Plus spécifiquement, les Conclusions portées en révision visent:

   a) l'utilisation du coût du capital prospectif (**CCP**) aux fins du calcul des intérêts portant sur les montants accumulés dans le CFR;

      - Décision, par. 161 et le dispositif

   b) l'imposition d'un seuil d'écart maximal de 20 pourcent entre le coût réel d'achat du GNR et le Tarif GNR approuvé par la Régie pour l'année tarifaire en cours (**Seuil d'écart**) aux fins de la comptabilisation des coûts réels d'achat du GNR dans le CFR;

- Décision, pars 158 et 160

c) le fondement du rejet de la Méthodologie lié à des contrats ou des caractéristiques de contrats non approuvés par la Régie.

- Décision, pars 133 et 136

et sont reproduites ci-dessous pour plus de certitude :

Concernant l'utilisation du CCP pour la détermination des intérêts:

- [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**.

- **AUTORISE** provisoirement, tel qu'énoncé à la section 5.1, la création, à compter du 19 juin 2019, d'un compte de frais reportés maintenu hors base portant intérêts au coût du capital prospectif afin d'y capter, par année tarifaire, l'écart de prix cumulatif qui correspond à la différence entre le coût réel d'achat du GNR déboursé et les revenus générés selon le Tarif GNR facturé à la clientèle au cours d'une année tarifaire et **ORDONNE** au Distributeur lors de l'examen au fond de l'établissement 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;[…]

- **ORDONNE** au Distributeur de se conformer à tous les éléments décisionnels de la présente décision.

Concernant l'imposition d'un Seuil d'écart de 20%:

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

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

Concernant le fondement du rejet de la Méthodologie

- [133] 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.

- **[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.

4. Énergir soumet que les Conclusions sont grevées de vices de fond de nature à les invalider au sens de l'article 37(3°) de la *Loi sur la Régie de l'énergie* (**Loi** ou **LRÉ**), considérant que :

a) Concernant l'utilisation du CCP pour la détermination des intérêts, la Première formation a erré :

i) en se fondant sur un syllogisme et une interprétation manifestement erronés de faits relatifs au CCP;

- Argumentation, pars 14 à 24

ii) 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;

- Argumentation, pars 25 à 32

iii) en manquant à son obligation de motiver les Conclusions relatives au CCP conformément à l'article 18 LRÉ.

- Argumentation, pars 33 à 39

b) Concernant l'imposition d'un Seuil d'écart de 20%, la Première formation a erré:

i) en imposant un Seuil d'écart en contravention aux règles de justice naturelle et d'équité procédurale;

- Argumentation, pars 50 à 55

ii) en manquant à son obligation de motiver les Conclusions relatives au Seuil d'écart conformément à l'article 18 LRÉ;

- Argumentation, pars 56 à 60

iii) en intervenant sur les marchés non réglementés du GNR;

- Argumentation, pars 61 à 76

iv) en s'ingérant dans l'exploitation de l'entreprise d'Énergir pour agir comme gestionnaire prudent aux fins de l'achat du GNR;

- Argumentation, pars 77 à 83

v) en imposant le Seuil d'écart et une dé-allocation de coûts en contravention aux règles et aux principes jurisprudentiels établissant la norme de la décision prudente.

- Argumentation, pars 84 à 94

c) Concernant le fondement du rejet de la Méthodologie, la Première formation a erré en privant Énergir de son droit à une audition équitable.

- Argumentation, pars 95 à 113

II. LE CADRE LÉGISLATIF APPLICABLE EN MATIÈRE DE RÉVISION

5. L'article 37(3°) LRÉ prévoit que la Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à l'invalider.

- LRÉ, art. 37

> 37. La Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision […]
>
> 2° lorsqu'une personne intéressée à l'affaire n'a pu, pour des raisons jugées suffisantes, présenter ses observations;
>
> 3° lorsqu'un vice de fond ou de procédure est de nature à invalider la décision

6. Il est bien établi par la Régie et les tribunaux de droit commun qu'une erreur de fait ou de droit sérieuse et fondamentale ayant un caractère déterminant sur l'issue de la décision constitue un vice de fond de nature à invalider une décision de la Régie au sens de l'article 37(3°) LRÉ.

- *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1996] R.J.Q. 608 (C.A.), p. 613 et 614
- *Tribunal Administratif du Québec c. Godin, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.) (Godin)*, par. 37, 48 à 50 et 137 à 140
- *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Jacinthe Fontaine et Commission des lésions professionnelles*, 2005 QCCA 775.
- Décision D-2014-214, par. 39
- Décision D-2005-132, p. 15 à 19
- Décision D-2014-019, par. 53 à 57
- Décision D-2016-190, par. 16 à 24
- Décision D-2017-032, par. 27 à 40

7. De plus, la notion de vice de fond doit être interprétée largement.

- *Tribunal Administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.), par. 140

> [140] […] Elle est suffisamment large pour permettre la révocation d'une décision qui serait *ultra vires* ou qui, plus simplement, ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier. Il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation, d'une erreur manifeste dans

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

8. L'erreur simple de droit suffit dès lors qu'elle soulève une question juridictionnelle.

- Godin, supra, par. 140
- Décision D-2014-214, par. 39
- Décision D-2003-49, p. 8

9. Un manquement au droit d'être entendu et d'avoir une audition équitable dans le respect des règles de justice naturelle est fatal et invalide la décision en toutes circonstances.

- Décision D-2016-190, par. 55

> Comme le souligne la Cour Suprême du Canada dans *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent* : « la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide ». Dans le même sens, la Cour d'appel du Québec mentionne que :
>
> « [55] La question du respect des règles de justice naturelle, et notamment de la règle audi alteram partem, appelle traditionnellement l'application de la norme de la décision correcte, s'agissant ici de garanties constitutionnelles et quasi constitutionnelles qui sont au cœur de l'intégrité du système de justice – celui de la justice administrative en l'occurrence – et qui affectent la compétence du décideur

- *Baker c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration*), [1999] 2 R.C.S. 817, pars 22 et 28

> « 22. Bien que l'obligation d'équité procédurale soit souple et variable et qu'elle repose sur une appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés, il est utile d'examiner les critères à appliquer pour définir les droits procéduraux requis par l'obligation d'équité dans des circonstances données. Je souligne que l'idée sous-jacente à tous ces facteurs est que les droits de participation faisant partie de l'obligation d'équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leurs points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur. […]
>
> 28. Les valeurs qui sous-tendent l'obligation d'équité procédurale relèvent du principe selon lequel les personnes visées doivent avoir la possibilité de présenter entièrement et équitablement leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits, intérêts ou privilèges soient prises à la suite d'un processus équitable, impartial et ouvert, adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision»

10. Lorsque les conditions prévues à l'article 37 LRÉ sont remplies, la Régie a compétence pour réviser ou révoquer la décision et y substituer la sienne, le cas échéant.

III. LA DEMANDE DU DISTRIBUTEUR

11. Le 19 juin 2019, Énergir demande à la Régie d'approuver provisoirement :

a) la mise ne place et l'application rétroactive du Tarif GNR à son service de fourniture ainsi que les conditions et modalités qui s'y rattachent, incluant la Méthodologie de calcul du prix;

b) la création d'un compte de frais reportés permettant de cumuler les écarts entre les coûts d'achat réels et le prix de vente du GNR facturé à la clientèle, lequel sera maintenu hors base et portera intérêt selon le coût moyen pondéré en capital.

- Pièces B-0092

12. Le dépôt de cette demande entendue le 16 et 17 juillet 2019 fait suite à des initiatives gouvernementales en matière de GNR et s'inscrit dans une démarche comprenant les étapes suivantes, notamment :

a) le 10 décembre 2016, la *Loi concernant la mise en œuvre de la Politique énergétique 2030 et modifiant diverses dispositions législative* entrait en vigueur, introduisant du coup la notion de « gaz naturel renouvelable » dans la Loi et octroyant au gouvernement le pouvoir de déterminer par règlement la quantité de GNR devant être livrée par un distributeur;

- 2016, chapitre 35, articles 2 et 15 modifiant les articles 2 et 112 LRÉ

b) le 7 juillet 2017, Énergir ouvre le présent dossier par le dépôt d'une demande concernant la mise ne place de mesures relatives à l'achat et à la vente de gaz naturel renouvelable, laquelle sera amendée à plusieurs reprises;

- Pièces B-0001, B-0002 et B-0003

c) entre juillet 2017 et juin 2019, Énergir informa la Régie de la signature de contrats d'achat et de vente de GNR, procéda à des amendements à sa demande, notamment pour faire approuver des contrats ou caractéristiques de contrats avec une société apparentée[1] et fixer un tarif provisoire, et participera à une rencontre préparatoire convoquer pour discuter l'opportunité de certains volets de la demande;

- Pièce B-0236, liste de pièces révisée en date du 31 octobre 2019

d) le 3 avril 2019, le *Règlement concernant la quantité de gaz naturel renouvelable devant être livrée par le distributeur* (**Règlement**) est publié dans la Gazette officielle du Québec et il entre en vigueur le 18 avril 2019;

- Règlement, R-6.01, r. 4.3, art. 112

e) entre le 13 mars 2019 et le 24 mai 2019, des échanges et débats relatifs à certaines questions de nature juridique et à la conclusion de contrats d'achat de GNR seront tenus, tel que précisé aux paragraphes 92 à 97 de la présente demande de révision;

---

[1] En vertu de l'article 81 LRÉ, un contrat d'achat de GNR conclu avec une société apparentée, en l'occurrence Tidal Énergy Marketing inc, doit être approuvé.

- Argumentation, pars 99 à 105

f) le 7 juin 2019, Énergir dépose une demande prioritaire visant l'approbation des caractéristiques d'un contrat d'achat de GNR auprès d'un fournisseur et la Première formation l'approuvera séance tenante, avec motifs à suivre et livrés le 18 juin 2019, en précisant que la vente du GNR ainsi acquis devait se faire en fonction des tarifs déjà autorisés et applicables au moment de la vente;

- Pièces B-0079 et B-0080

- Décision D-2019-070

g) le 20 juin 2019, la Première formation convoque une audience pour examiner la demande de fixation du Tarif GNR et la création du CFR.

- Pièce A-0035

h) le 7 août 2019, la Première formation précise par lettre procédurale portant sur la planification du dossier que «d'ici la fin de l'Étape B, la Régie pourra, le cas échéant, se prononcer au cas par cas sur des contrats d'approvisionnements en GNR»

- Pièce A-0051

i) le 22 août 2019, Énergir dépose une demande d'approbation des caractéristiques du contrat d'achat de GNR avec la Coop Agri-Énergie Warwick (Contrat Warwick), demande présentée en audience les 30 septembre et 1 octobre 2019 avec plaidoiries et répliques les 2 et 3 octobre 2019;

- Pièce B-0164

j) le 11 septembre 2019, Énergir présente sa demande relative à l'Étape B en vue de l'approbation des caractéristiques des contrats d'achat de GNR correspondant à un pourcent (1%) des volumes totaux distribués et, à cette fin, dépose les éléments de preuve requis pour établir sa stratégie d'achat à court terme en fonction de certains critères de durée, de quantité et de coûts;

- Pièces B-0176 et B-0177

k) le 30 septembre 2019, Énergir avise la Régie de son intention de présenter dans les jours suivant des demandes d'approbation de caractéristiques de nouveaux contrats et lui communique des informations susceptibles de favoriser un traitement efficient de ces demandes, en temps utile;

- Pièces B-0211 et B-0213

l) le 3 octobre 2019, la Première formation invite les participants au dossier R-4008-2017 à soumettre leurs commentaires sur le traitement procédural à suivre en raison du dépôt de la demande de révision d'Énergir de la décision D-2019-107, « particulièrement s'il est opportun de suspendre l'examen du dossier en tout ou en partie».

- Pièce A-0070. La Première formation se sera assurée que tous les participants aient reçu copie de la Demande de révision

m) le 8 octobre 2019, la Première formation approuve les caractéristiques du Contrat Warwick, motifs à suivre, notant, que les «termes des caractéristiques des prix, de volumes et de durée» ont été conclus avec ce fournisseur avant que ne soit rendue sa Décision D-2019-107. Les motifs n'ont pas été communiqués à ce jour;

- Décision D-2019-123

n) le même jour, le 8 octobre 2019, Énergir demande à la Régie d'approuver les caractéristiques d'un contrat d'achat de GNR avec un fournisseur spécifique et, à cette fin, dépose sous pli confidentiel les éléments de preuve requis pour établir les caractéristiques avantageuses de ce contrat, le caractère urgent de la demande et le risque auquel les différentes parties impliquées s'exposent en cas de perte de cette opportunité

- Pièce B-0226

o) Le 10 octobre 2019, la Première formation suspend l'examen de la demande prioritaire présentée par Énergir le 8 octobre 2019 pour l'approbation des caractéristiques d'un contrat d'achat de GNR avec un fournisseur spécifique et, au même moment, suspend l'examen de toute demande d'approbation des caractéristiques de contrats d'approvisionnement en GNR avec un fournisseur spécifique pour une période de durée indéterminée, soit jusqu'à ce qu'une formation siégeant en révision de sa Décision D-2019-107 ait rendu sa décision.

- Décision D-2019-125

p) le 23 octobre 2019, la Première formation convoque les participants à une audience prévue pour le 6 novembre 2019 dans le but «de présenter une proposition […] concernant le traitement réglementaire du GNR», proposition devant suggérer «certaines orientations en regard du cadre règlementaire, des politiques et des incitatifs à poursuivre». Cette audience sera annulée.

- Pièce A-0076

- Pièce A-0077

13. Ce contexte règlementaire et procédural est pertinent aux fins de disposer des motifs de révision énoncés ci-après.

IV. LES MOTIFS DE RÉVISION

A. LA PREMIÈRE FORMATION A ERRÉ EN UTILISANT LE COÛT DU CAPITAL PROSPECTIF AUX FINS DU CALCUL DES INTÉRÊTS PORTANT SUR LES MONTANTS ACCUMULÉS DANS LE CFR

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

14. Le paragraphe 161 de la Décision contient l'entièreté de l'analyse et des motifs de la Première formation pour disposer du calcul de l'intérêt portant sur les montants accumulés dans le CFR :

- Décision, par 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**.

15. Rationnellement, le syllogisme utilisé par la Première formation n'est soutenable que si l'utilisation du CCP en lien avec le CFR:

    a) permet d'éviter qu'un rendement soit accordé;

    b) est approprié pour des situations autres que celle de l'approbation d'un investissement prospectif;

16. En effet, le recours au CCP ne pourrait que témoigner de l'existence de vices de fond s'il devait s'avérer que cette mesure de coûts :

    a) comporte un élément de rendement sur l'avoir de l'actionnaire, ou

    b) est reconnue pour juger de la rentabilité d'investissements.

17. Or, à la lumière d'un imposant *corpus* jurisprudentiel, nul ne peut contester :

    a) que le calcul du CCP comporte un élément de rendement, s'agissant de la moyenne pondérée du taux prospectif de la dette et du rendement autorisé sur les actions ordinaires et privilégiées formant la structure de capital d'Énergir

    b) qu'en matière d'approbation d'investissements, la Régie se réfère systématiquement à un instrument de mesure du taux de rendement interne (**TRI**) et à l'indice de profitabilité (**IP**) établi en tenant compte du CCP.

18. Pour preuve d'un élément de rendement intégré dans le calcul du CCP, la Seconde formation pourra se référer d'office à la pièce déposée annuellement par Énergir dans sa cause tarifaire ou encore à celles systématiquement soumises au soutien de ses demandes d'approbation de projets d'investissements conformément à l'article 73 LRÉ.

    - À titre illustratif, voir la pièce Énergir-M, Document 7 de la cause tarifaire 2019-2010, dossier R-4076-2018

19. Pour preuve de la vocation du CCP en lien avec l'approbation d'investissements, la Seconde formation pourra se référer aux décisions suivantes :

    - Décision D-97-25
    - Décision D-2018-061
    - Décision D-2018-080

20. Au titre de ces précédents pertinents mais non considérés par la Première formation, il est utile de noter la décision D-2015-181, une décision de principe traitant spécifiquement de la rémunération des comptes de frais reportés. Ainsi, au terme d'une analyse détaillée traitant de la nature de ces comptes, des risques qui y sont associés, du principe d'appariement des coûts et des termes de financement ainsi que de la structure de capital d'Énergir, la Régie concluait en des termes clairs :

- Décision D-2015-181, par. 495

> [495] Considérant que Gaz Métro maintient une structure de capital similaire à celle présumée et autorisée, la Régie maintient la rémunération des CFR au taux moyen pondéré du capital.

21. Énergir opère toujours avec une structure de capital réelle correspondant à sa structure présumée et rien en preuve ou en argumentation en l'instance ne modifie la valeur de précédent de la Décision D-2015-181.

- Décision D-2019-141, pars 458 et 462

- Pièce B-0099 (dossier R-4076-2018)

22. En somme, la Première formation affirme «qu'il ne devrait pas y avoir de rendement» sur le CFR, «ne s'agissant pas d'un investissement» pour immédiatement faire l'inverse et accorder un rendement à l'aide d'un instrument reconnu pour sa pertinence en matière d'investissements.

23. Si l'on fait abstraction des principes règlementaire des précédents applicables, le syllogisme avancé par la Première formation pour justifier l'utilisation du CCP est, en soi, inintelligible.

24. Si l'on tient compte, comme il se doit, de ces principes et précédents, les Conclusions visées sont non seulement inintelligibles mais insoutenables et contraires au principe de cohérence reconnu par la Régie.

2. Second motif : 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

25. La Première formation se serait interrogée «sur la pertinence de faire porter l'intérêt du CFR selon le coût moyen pondéré du capital» mais omet de préciser l'objet ou la portée de ses interrogations.

- Décision, par. 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**.

26. Or, rien dans les débats tenus devant la Première formation ne permet à Énergir d'identifier ces interrogations et elle ne peut que spéculer à ce sujet, tout comme la Seconde formation, en l'absence de toute explication ou référence à la preuve.

27. Chose certaine, Énergir n'a pas été entendue en pleine connaissance de cause et a été privée de son droit à une audition équitable, notamment pour répondre à ces interrogations et, au besoin, présenter des éléments de preuve et une argumentation en droit.

28. En fait, et plus largement, le mode de rémunération du CFR n'a fait l'objet d'aucune question de la Première formation ni d'une opposition des intervenants.

29. Par ailleurs, il importe de rappeler, et la Première formation ne pouvait qu'en être informée, que l'utilisation d'un taux d'intérêt inférieur au coût moyen pondéré en capital pour

rémunérer un actif spécifique, tel un CFR, entraîne *de facto* pour Énergir, toute chose étant égale et en l'absence d'un ajustement à sa structure de capital ou de son taux de rendement, une dé-allocation de coûts de financement entraînant une baisse du rendement sur l'ensemble des actifs de l'actionnaire.

- Décision D-90-75
- Décision D-96-31
- Décision D-2011-182
- Décision D-2015-181

30. Cette dé-allocation de coûts est d'autant plus injustifiable qu'elle intervient :

a) en l'absence de toute allégation, de toute preuve et de de toute argumentation concernant l'existence de décisions imprudentes imputables aux gestionnaires d'Énergir dans la conduite de ses activités réglementées, et

b) en l'absence de toute circonstance susceptible d'affecter la valeur de précédent de la décision D-2015-181.

31. Énergir n'a pas davantage été entendue en l'instance sur les faits pouvant justifier une dé-allocation de coûts dans le respect de la norme de la décision prudente discutée ci-après.

32. Un tel manquement aux règles de justice naturelle et de l'équité procédurale invalide nécessairement les Conclusions.

3. Troisième motif : La Première formation a erré en manquant à son obligation de motiver les Conclusions relatives au CCP conformément à l'article 18 LRÉ

33. Les Conclusions de la Première formation devaient être motivées au sens de l'article 18 LRÉ et de la jurisprudence pertinente en semblable matière.

- Article 18 LRÉ

> [18] Une décision de la Régie doit être rendue avec diligence et être motivée; […]

34. Cette obligation statutaire est d'application stricte : l'absence ou l'insuffisance de motivation constitue un excès de compétence et un vice de fond au sens de l'article 37 LRÉ entachant les conclusions non motivées de nullité.

- *Tribunal Administratif du Québec c. Godin*, [2003] R.J.Q. 2490 (C.A.), par. 140 :

> «Notre Cour a reconnu que cette notion doit être interprétée largement. Elle est suffisamment large pour permettre la révocation d'une décision qui serait ultra vires ou qui, plus simplement, ne pourrait contextuellement ou littéralement se justifier. Il peut s'agir, non limitativement, d'une absence de motivation […].»

- *Comité d'appel du Bureau provincial de médecine c. Chèvrefils*, [1974] C.A. 123, p. 127 :

> «Le Collège, dans sa sagesse et pour la protection de ses membres amenés devant un Conseil de discipline, a exigé que celui-ci motive sa décision. Dans l'espèce, le Conseil de discipline n'a pas satisfait à cette exigence et je suis d'avis qu'il s'agit de plus qu'une simple irrégularité et que sa décision était nulle et sans effet»

35. Une conclusion est motivée lorsque ses motifs sont suffisants, intelligibles, et qu'ils permettent de connaître les éléments de preuve et de comprendre les raisons qui ont mené aux conclusions tirées et aux ordonnances rendues par un décideur. La présentation d'un résumé de la preuve ou des représentations des parties ne constituent pas une motivation suffisante.

- *Baker c. Canada* [1999] 2 R.C.S. 817, pars 38 et suivants
- *Dupont c. UQTR*, 2008 QCCA 2205, pars 33 à 44
- *Fédération canadienne de l'entreprise indépendante c. Régie de l'énergie*, 2010 QCCS 6658, pars 85 et ss.
- D-2015-088, pars 59 à 65
- D-2017-007, pars 116 à 131
- *Harvey c. Brasserie Labatt Ltéé* [2007] QCCLP 513
- *Forget c. Terrebonne (Ville de)*, J.E. 2003-982 (C.Q.), pars 113-117
- *Laganière c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, J.E. 92-1363 (C.Q.), p. 14-15
- *Grenier c. Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke*, 2010 QCCQ 9397, pars 76-84
- Y. OUELLETTE, Les Tribunaux administratifs au Canada – Procédure et preuve, Montréal, Thémis, 1997, p. 443-452

36. Cette obligation de motiver est d'autant plus importante lorsqu'une formation, comme en l'instance, se détache d'un principe de cohérence et de précédents bien établis à l'égard de la vocation du CCP et de la rémunération d'un compte de frais reportés :

- Décision D-2006-144, p. 5-6

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

37. Or, en l'espèce, la Première formation n'a pas motivé sa dérogation à ces principes et précédents :

a) en précisant l'objet et la portée des interrogations qu'elle évoque sur la «pertinence de faire porter l'intérêt du CFR selon le coût moyen pondéré en capital»;

- Décision, par. 161

b) en justifiant l'utilisation du CCP dans le contexte particulier du GNR, eu égard à la preuve ou à des considérations réglementaires;

- Décision, par. 161

c) en justifiant la dé-allocation de coûts inhérente à la rémunération d'un actif réglementaire à un taux inférieur au cout moyen pondéré du capital eu égard, notamment, à la décision D-2015-181.

- Décision, par. 161

38. Si la Première formation s'est interrogée privément sur la pertinence de faire porter l'intérêt du CFR selon le coût moyen pondéré du capital, elle n'a pas agi pour qu'Énergir puisse répondre à ces interrogations en temps utile, ni cru nécessaire d'indiquer dans la Décision des motifs déterminants sur l'issue de la Demande du Distributeur.

39. En agissant ainsi, la Première formation a commis des erreurs constituant un excès de compétence et un vice de fond au sens de l'article 37 LRÉ entachant les Conclusions de nullité.

B. LA PREMIÈRE FORMATION A ERRÉ EN IMPOSANT LE SEUIL D'ÉCART DE 20%

40. Au paragraphe 160 de la Décision, la Première formation impose le Seuil d'écart en ces termes :

- Décision, par. 160

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

41. L'imposition du Seuil d'écart a pour objectif déclaré de limiter la possibilité qu'Énergir génére des écarts en raison d'achats de GNR à des prix largement supérieurs au Tarif GNR sans avoir la certitude que le coût de ces achats pourra être entièrement récupéré :

- Décision, pars 157 et 158

> [157] Comme indiqué précédemment, l'autorisation provisoire du Tarif GNR ne signifie pas que la Régie autorise, explicitement ou implicitement, les contrats sous-jacents à l'établissement du Tarif GNR. La création d'un compte d'écart, sans aucune limite ni aucun seuil ou aucune pondération au prix d'achat, tel que requis par Énergir, pourrait avoir pour effet des achats de GNR à des prix largement supérieurs au Tarif GNR qui généreraient d'importants écarts, sans avoir la certitude que ces achats pourront être entièrement récupérés auprès de clients volontaires en raison de la nature provisoire du tarif.
>
> [158] D'ici à ce que les déterminations finales soient effectuées après l'examen au fond, en vertu de l'article 72 de la Loi, la Régie croit qu'il est plus prudent 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.[nous soulignons]

42. La Première formation juge donc «qu'il est plus prudent» d'agir ainsi et d'encadrer l'action des gestionnaires d'Énergir.

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.

- Pièce B-0005

44. Pour preuve, 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'Energir, la Première formation :

a) évalue à 36 ¢/m^3 le Tarif GNR pour la période du 19 juin au 30 septembre 2019, alors que le Tarif GNR proposé par Énergir est de 39.986¢/m^3, soit 11.1% plus élevé;

- Décision, par. 162

b) évalue à 41.022 ¢/m^3 le Tarif GNR pour l'année tarifaire 2019-2020, alors que le Tarif GNR proposé par Énergir est de 50.744 ¢/m^3, soit 23.7% plus élevé.

- Décision, par. 163

45. L'application de la méthodologie imposée par la Première formation s'avérera encore plus problématique suite au calcul des tarifs effectué par Énergir en suivi de la Décision, puis récemment adopté par la Première formation. En effet, il appert maintenant :

a) que le Tarif GNR pour la période du 19 juin au 30 septembre 2019 sera de 31.83 ¢/m^3, alors que le Tarif GNR proposé par Énergir est de 39.986 ¢/m^3, soit 25.6% plus élevé;

- Décision D-2019-120, pars 22 à 24

b) que le Tarif GNR pour l'année tarifaire 2019-2010 sera de 34.13 ¢/m^3 , alors que le Tarif GNR proposé par Énergir est de 50.744 ¢/m^3, soit 48.7% plus élevé.

- Décision D-2019-120, pars 22 à 24

46. En somme, la Première formation sait ou aurait dû savoir qu'en toute probabilité, le Seuil d'écart de 20% aura pour effet :

a) de limiter la faculté d'Énergir de négocier des contrats avec des producteurs ou revendeurs de GNR et d'en acheter à des prix de marché;

b) de limiter la faculté d'Énergir de saisir des opportunités de marché pour l'acquisition de GNR à des conditions qu'Énergir estime favorables, dans l'intérêt de sa clientèle et le respect de ses obligations en vertu du Règlement, notamment sur des horizons à plus long terme;

c) de placer Énergir dans une situation préjudiciable ou, aux fins de rencontrer ses obligations légales, elle est contrainte de consentir des écarts supérieurs à 20% à sa charge, sachant qu'ils ne seront pas comptabilisés dans le CFR;

d) de communiquer aux participants des marchés du GNR, y compris des producteurs, un signal sur les prix maxima susceptibles d'être acceptés par Énergir;

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

47. Or, tant l'objectif que les effets prévisibles du Seuil d'écart attestent d'un excès de compétence, considérant :

a) que les marchés du GNR ne sont pas règlementés;

- Argumentation, pars 61 à 76

b) qu'il n'appartient pas à un régulateur d'agir en gestionnaire, de bloquer des décisions d'affaires de façon préemptive ou encore de substituer son opinion à la discrétion de gestionnaires en poste et bien informés des considérations techniques, commerciales et de marché pertinentes;

- Argumentation, pars 77 à 83

c) que l'imposition d'un Seuil d'écart par «prudence» mène à une dé-allocation de coûts en l'absence de toute allégation, de toute preuve et de toute argumentation concernant l'existence d'une conduite ou de décisions imprudentes imputables à Energir.

- Argumentation, pars 84 à 94

48. Ces trois motifs de révision sont plus amplement énoncés aux paragraphes suivants :

49. D'entrée de jeu cependant, il importe d'insister sur deux vices de fond, chacun suffisant à lui seul pour invalider les Conclusions relatives au Seuil d'écart.

4. Quatrième motif : La Première formation a erré en imposant un Seuil d'écart en contravention aux règles de justice naturelle et d'équité procédurale

50. La possibilité qu'un Seuil d'écart soit imposé aux fins de la comptabilisation des coûts réels d'achat de GNR dans le CFR n'a jamais été débattue en audience devant la Première formation, qu'il s'agisse de l'opportunité d'établir un seuil ou du niveau de ce seuil, en l'occurrence 20%.

51. Ce sujet n'a pas été traité dans la preuve documentaire d'Énergir, ni dans celle des intervenants qui ne s'opposaient pas à la proposition d'Énergir pour le traitement des écarts, et n'a fait l'objet d'aucune demande de renseignements, d'aucun interrogatoire et d'aucun commentaire de la Première formation.

- Décision, par. 155

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

52. Énergir ignorait et ne pouvait raisonnablement prévoir que l'imposition du Seuil d'écart constituait une «modalité» envisagée par la Première formation et cette décision est d'autant plus imprévisible et surprenante qu'elle est sans précédent connu au Québec.

- Décision, par. 160

53. Chose certaine, Énergir n'a pas été entendue en pleine connaissance de cause et a été privée de son droit à une audition équitable, notamment pour contester l'imposition d'un Seuil d'écart et, au besoin, présenter des éléments de preuve et une argumentation en droit.

54. N'eut été de cette privation, Énergir aurait assurément fait voir le caractère inapproprié et les conséquences préjudiciables du Seuil d'écart pour les motifs explicités au paragraphe 46 des présentes.

55. Un tel manquement aux règles de justice naturelle et d'équité procédurale invalide nécessairement les Conclusions.

5. Cinquième motif : La Première formation a erré en manquant à son obligation de motiver les Conclusions relatives au Seuil d'écart conformément à l'article 18 LRÉ

56. Tel qu'énoncé précédemment, l'absence ou l'insuffisance de motivation constitue un excès de compétence et un vice de fond au sens de l'article 37 LRÉ entachant les Conclusions non motivées de nullité.

- Argumentation, pars 34 à 36

57. Or, rien dans la Décision ne permet de connaître les éléments de preuve et de comprendre les raisons qui ont mené à l'imposition d'un Seuil d'écart de 20%, que ce chiffre soit pris isolément ou en lien avec des circonstances particulières propres au GNR ou aux marchés du GNR.

58. Rien dans la Décision ne permet de connaître les éléments de preuve et de comprendre les raisons qui auraient pu mener au rejet d'un Seuil d'écart de 30% ou de 40% au motif qu'un tel seuil n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif recherché, présumant même que cet objectif soit défendable, ce qui est nié, en mitigeant les effets néfastes qui en découle.

59. En fait, le chiffre de 20% apparait dans un vide factuel et témoigne de l'exercice arbitraire d'une discrétion.

60. Un tel exercice d'une discrétion constitue également un vice de fond de nature à invalider les Conclusions.

6. Sixième motif : La Première formation a erré en intervenant sur les marchés non réglementés du GNR

61. La production et la commercialisation du GNR ne sont pas assujetties à une règlementation relevant des pouvoirs d'attribution de la Régie.

62. Contrairement à ce que législateur a prévu pour les marchés de l'essence et du carburant diesel, la Régie n'a pas de pouvoir de surveillance du marché du GNR ni de pouvoir pour établir des seuils de prix, intervenir sur les marchés ou communiquer de l'information relative au prix «raisonnable» ou «efficace» du GNR.

- Articles 55 à 59 LRÉ, plus particulièrement l'article 59 concernant la détermination de coûts raisonnables pour faire le commerce au détail d'essence de façon efficace aux fins du calcul d'un prix plancher

63. S'il est vrai que la Régie est compétente pour fixer des tarifs de fourniture du GNR, ou encore, pour juger de la conduite prudente d'une entité assujettie lorsqu'elle s'approvisionne en gaz pour satisfaire les besoins de sa clientèle, elle ne peut chercher à intervenir directement ou par effet ricochet dans les marchés non réglementés du GNR.

- Articles 48 et 49 LRÉ

64. Or, en voulant elle-même agir en gestionnaire «prudent», limiter la faculté de contracter de son assujetti, en l'occurrence un acheteur dominant de GNR au Québec, et lui dicter une forme de prix d'achat maximal de GNR susceptible d'être inférieur au prix de marché, la Première formation est intervenue sur le marché du GNR, avec les effets décrits au paragraphe 46 dont celui d'affecter le processus transactionnel et le rapport de force entre négociants.

65. À ce sujet, il importe de distinguer cette intervention de l'exercice des pouvoirs de surveillance de la Régie à l'égard d'un distributeur et de préciser les conditions d'une intervention ayant des effets réels dans les marchés non réglementés du GNR.

66. La Régie a compétence pour surveiller les opérations d'Énergir afin de s'assurer que les consommateurs «aient des approvisionnements suffisants» et «paient selon un juste tarif», notamment en examinant les caractéristiques de contrats d'achat de GNR.

- Articles 31(2°) et 31(2.1°) LRÉ

67. Cette compétence n'est pas remise en cause par le Sixième Motif de la Demande de révision.

68. L'excès de compétence dénoncé par ce Sixième Motif résulte plutôt de l'imposition d'un Seuil d'écart arbitraire et de l'ingérence du régulateur dans l'exploitation de l'entreprise d'Énergir pour lui dicter ou fixer, de façon prospective et préemptive, le prix d'achat maximum de GNR qui lui semble «prudent» aux fins de transactions à négocier sur les marchés non règlementés du GNR.

69. En ce sens, la Première formation a excédé la compétence qu'elle détient en matière de surveillance et d'approbation en raison de cette «modalité» dont la durée «temporaire» n'atténue pas l'illégalité.

- Décision, par. 160

70. Concernant les conditions d'une intervention susceptible d'affecter les marchés non réglementés du GNR, il appert du paragraphe 64 de la demande de révision qu'elles visent :

a) l'importance de la position de son assujetti dans les marchés concernés;

b) l'action du régulateur en lieu et place des gestionnaires de son assujetti;

c) un prix d'achat maximal lié au Seuil d'écart susceptible d'affecter des prix de marché autrement supérieurs.

71. L'examen de ces conditions implique l'analyse d'une preuve de faits particuliers propres à une transaction spécifique dans un marché donné pour déterminer si l'imposition du Seuil d'écart a affecté le processus transactionnel et le rapport de force entre négociants et, à terme, le prix convenu.

72. En effet, on comprendra que sera sans effet réel :

a) un Seuil d'écart établissant un prix maximal «prudent» supérieur au prix du marché concerné;

b) un Seuil d'écart sans pertinence ni signification aux yeux de fournisseurs étrangers transigeant sur des marchés liquides où la demande de GNR excède l'offre et où Énergir ne bénéficie d'aucune position dominante ou suffisante pour à elle seule influer sur les prix;

c) un Seuil d'écart dont l'existence n'est pas ou ne peut être évoqué par Énergir en cours de négociation.

73. À titre illustratif, l'achat de GNR auprès de fournisseurs américains œuvrant sur des marchés hors-Québec en présence d'acheteurs concurrents prêts à payer des prix largement supérieurs au Tarif GNR majoré de 20% présente un risque faible, voire nul, d'intervention ayant des effets réels dans ce marché de GNR.

74. En somme, le risque d'intervention sur le marché non règlementé du GNR évoqué par la Première formation dans ses décisions D-2019-123 et D-2019-125 n'est pas un motif de suspension de «toutes les demandes d'approbation des caractéristiques des contrats d'approvisionnement en GNR.

- Décision D-2019-123, pars 25 à 30
- Décision D-2019-125, pars 25 à 29
- Pièce A-0051

75. Une intervention de la Première formation sur des marchés non règlementés sous couvert de l'action de son distributeur ne masque pas l'objectif recherché par la Première formation et les effets prévisibles de cette intervention.

76. En agissant comme elle l'a fait, la Première formation a commis des erreurs constituant un excès de compétence et un vice de fond au sens de l'article 37 LRÉ entachant les Conclusions de nullité.

7. Septième motif : La Première formation a erré en s'ingérant dans l'exploitation de l'entreprise d'Énergir pour agir comme gestionnaire prudent aux fins de l'achat de GNR

77. La Cour suprême du Canada a établi que la réglementation et les pouvoirs qu'exerce un organisme de réglementation ne suppriment pas le caractère privé de l'entreprise réglementée.

- *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, pars 64 et 78

> [64] Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'interpréter les vastes pouvoirs de la Commission, on ne peut faire abstraction de ce subtil compromis servant de toile de fond à l'interprétation contextuelle. L'objet de la législation est de protéger le client et l'investisseur (Milner, p. 101). Le pacte ne supprime pas le caractère privé de l'entreprise. La Commission a essentiellement pour mandat d'établir une tarification qui accroît les avantages financiers des consommateurs et des investisseurs. […]
>
> [78] […] Au risque de me répéter, une entreprise de services publics est avant tout une entreprise privée dont l'objectif est de réaliser des profits. Cela n'est pas contraire au régime législatif, même si le pacte réglementaire modifie les principes économiques habituellement applicables, les lois habilitantes prévoyant explicitement différentes limitations. Aucune des trois lois pertinentes en l'espèce ne confère à la Commission le pouvoir d'attribuer le produit de la vente d'un bien et d'empiéter de la sorte sur le droit de propriété de l'entreprise de services publics.

78. Or, dans le cours normal de l'exploitation de son entreprise, un distributeur règlementé est appelé à prendre des décisions. À cette fin, il jouit d'un pouvoir de conclure des contrats pour l'exploitation de son réseau mais a le devoir d'agir avec prudence.

79. Les organismes de régulation, dont la Régie, et les tribunaux judiciaires canadiens ont reconnu ce pouvoir et ce devoir lors de la formulation ou de l'application de la norme de la décision prudente.

- Décision D-2006-111
- Décision D-2007-24, p. 8-9, 14-18
- Décision D-2015-088, pars 103 à 121
- *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc*., [2015] 3 RCS 147 (OPG), pars 87 à 105

80. L'existence et l'application de la décision prudente sont parfaitement cohérentes avec la reconnaissance d'une large discrétion dans les décisions qui relèvent de la gestion quotidienne de l'entreprise réglementée, comme le soulignait d'ailleurs la Cour d'appel de l'Alberta, citant avec approbation un jugement de principe en matière de réglementation de la Cour suprême des États-Unis:

- *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2005 ABCA 122, par. 67

> [67] In determining whether a company had exercised proper discretion in matters requiring business judgment, the U.S. Supreme Court in State of Missouri ex re, Southwestern Bell Telephone Company v. Public Service Commission of Missouri 262 U.S. 276, 289 (1923), stated:
>
> The Commission is not the financial manager of the corporation and it is not empowered to substitute its judgment for that of the directors of the corporation; nor can it ignore items charged by the utility as operating expenses unless there is an abuse of discretion in that regard by the corporate officers»

81. Ainsi, le régulateur est en mesure d'exercer un contrôle de la prudence des décisions d'un distributeur règlementé au moment de la détermination des tarifs, il ne lui appartient pas d'agir en gestionnaire, de bloquer des décisions d'affaires de façon préemptive ou encore de substituer son opinion à la discrétion des gestionnaires en poste bien informés des considérations techniques, commerciales et de marché pertinentes;

- *Section 101 of the Public Utilities Act (Newfoundland) (Re)*, 1998 CanLII 18064 (NL CA), pars 117 et 118

> [117] The level of operating costs is obviously an important factor in fixing rates. It is generally accepted that Board supervision as to reasonableness of such costs is therefore essential to effective regulation […]
>
> [118] In defining the parameters of such supervisory power, however, the Board must account for a competing principle, namely, that the Board is not the manager of the utility and should not as a general rule substitute its judgment on managerial and business issues for that of the officers of the enterprise.

82. La doctrine se fonde sur des considérations d'efficacité économique et d'expertise relative pour conclure qu'il n'est pas approprié pour un régulateur de s'ingérer dans la gestion de l'entreprise réglementée :

- C.F. PHILLIPS, The Regulation of Public Utilities, Arlington, Public Utilities Reports, 1993, p. 291-292

> But when a commission does substitute its judgment for that of management, two issues arise. First, the process may be costly. […] The result is a major contribution to regulatory lag, since rate cases are extended. Second, an underlying assumption in the process may be incorrect. Wilcox put it this way:
>
> The regulated industry comes, in the end, to have two masters: its own management and the regulatory agency. Essential functions of management are duplicated. Managerial decisions are reviewed. Where the regulatory agency finds them to be wise, it allows them to stand. Where it finds them to be unwise, it exercises a veto power. It thus acts to protect management against the consequences of its own mistakes.
>
> If there were assurances that the business judgment of commissioners would be superior to that of managers in more than half of the cases (weighed by their importance), we might conclude that duality of management would produce a net gain. But commissioners, in fact, are unlikely to be the better businessmen. And even if they were, there would be offsetting costs.
>
> The broad issue becomes even more important as commissions have extended their challenges into areas other than the reasonableness of operating expenses such as innovation, capacity additions and so forth. "Commissioners," a former one has warned, "have neither the training, nor the skills nor the incentives to manage."
>
> The dilemma is clear. A commission has the authority to overrule management if the latter abuses of its discretion. But an abuse of discretion is a matter of judgment. Moreover, failing to draw a line between regulatory and managerial discretion results in serious consequences, including a heavier administrative burden, delay, a diversion of effort and the loss of managerial incentives. The dilemma has led some to propose that commissions must develop an incentive system of regulation – one that would demand high performance, but which would let management decide the ways in which service is to be provided. […]

83. En imposant le Seuil d'écart, la Première formation s'est ingérée dans l'exploitation de l'entreprise d'Énergir et a commis un excès de compétence, au préjudice d'Énergir et de sa clientèle.

8. Huitième motif : La Première formation a erré en imposant le Seuil d'écart et une dé-allocation de coûts en contravention des règles et des principes jurisprudentiels établissant la norme de la décision prudente

84. Tel qu'il appert du paragraphe 158 de la Décision, l'imposition du Seuil d'écart se fondait sur l'application d'un critère de prudence, la Première formation affirmant «qu'il est plus prudent» d'agir comme elle le souhaite.

- Décision, par. 158

> [158] D'ici à ce que les déterminations finales soient effectuées après l'examen au fond, en vertu de l'article 72 de la Loi, la Régie croit qu'il est plus prudent 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.

85. Rationnellement, on doit conclure qu'aux yeux de la Première formation, il serait imprudent d'agir autrement.

86. Ainsi, la Première formation préjuge dans un vide factuel et signale à son distributeur et aux marchés que l'achat de GNR générant un écart excédant 20% du Tarif GNR qu'elle lui impose par ailleurs serait imprudent.

87. En somme, Énergir :

a) se conforme et donne effet au Seuil d'écart ou, alternativement,

b) dans les cas qui le justifient, achète du GNR sous condition d'accepter une dé-allocation de coûts correspondant à la somme :(1) d'un premier montant égal à la différence entre le prix contractuel négocié et le Tarif GNR majoré de 20% et (2) d'un second montant égal à la rémunération perdue sur le premier montant non comptabilisé dans le CFR**.**

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

89. Dans le second cas, une dé-allocation de coûts intervient en violation des règles de droit applicables.

90. En effet, il importe de rappeler que la prudence d'une décision s'évalue par la Régie lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif, en tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes que le distributeur connaissait ou aurait dû connaître au moment de prendre une décision, donc sans recul, sauf stipulation législative à l'effet contraire.

- Articles 25 et 49 (1) LRÉ

91. Aux fins de l'exercice de ce pouvoir d'ordre tarifaire, et à l'instar d'autres régulateurs canadiens, la Régie s'est dotée de règles et principes jurisprudentiels établissant une norme ou critère de la conduite prudente en fonction de sa loi habilitante. Énergir était fondée de s'attendre à ce que la Première formation donne effet à ces règles et principes.

- Décision D-2006-111
- Décision D-2007-24, p. 8-9, 14-18

- Décision D-2015-088, pars 103-121

92. Ainsi, selon la jurisprudence de la Régie fondée sur sa loi habilitante, un distributeur tel Énergir :

a) bénéficie d'une présomption que ses décisions sont prudentes, cette présomption pouvant être repoussée par une preuve contraire fondée sur des motifs raisonnables;

b) lorsque requis, 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

93. Or, en l'instance, en imposant le Seuil d'écart de 20%, la Première formation :

a) a renversé le fardeau de preuve en préjugeant de l'imprudence d'un écart excédant 20%;

b) a privé Energir de son droit d'être entendue et de présenter une preuve relative à l'ensemble des faits et circonstances établissant la prudence de ses achats.

94. La Première formation a commis des erreurs de droit constituant un vice de fond au sens de nature à invalider les Conclusions.

C. LA PREMIÈRE FORMATION A ERRÉ EN PRIVANT ÉNERGIR DE SON DROIT À UNE AUDITION ÉQUITABLE CONCERNANT LE FONDEMENT DE SA MÉTHODOLOGIE

95. Au paragraphe 136 de sa Décision, la Première formation justifie le rejet de la Méthodologie d'Énergir en ces termes :

- Décision, par. 136

> **[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**.

96. L'un de ces constats déterminants concerne le recours à des prévisions de coûts d'approvisionnement basées sur des contrats ou des caractéristiques de contrats non préalablement approuvés par la Régie. Les contrats plus particulièrement visés sont ceux conclues

a) avec la société apparentée Tidal Energy Marketing Inc pour l'approvisionnement de GNR en provenance du biométhanisateur de la Ville de Hamilton (**Entente Tidal**);

- Décision, par. 133

> [133] 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.

- Décision, par. 134

b) avec la Ville de Saint-Hyacinthe (2017) pour l'approvisionnement de GNR en provenance de son site d'enfouissement.

97. La Première formation y voit la manifestation de «problèmes relatifs aux fondements règlementaires et aux pratiques liées aux prévisions d'approvisionnement utilisées par le Distributeur».

- Décision, par. 132

98. Ces 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 :

- Décision, pars 126 et 157

> [126] 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.
>
> [157] Comme indiqué précédemment, l'autorisation provisoire du Tarif GNR ne signifie pas que la Régie autorise, explicitement ou implicitement, les contrats sous-jacents à l'établissement du Tarif GNR. La création d'un compte d'écart, sans aucune limite ni aucun seuil ou aucune pondération au prix d'achat, tel que requis par Énergir, pourrait avoir pour effet des achats de GNR à des prix largement supérieurs au Tarif GNR qui généreraient d'importants écarts, sans avoir la certitude que ces achats pourront être entièrement récupérés auprès de clients volontaires en raison de la nature provisoire du tarif.

99. Ces propos chargés au plan juridique ne peuvent être considérés isolement puisqu'ils renvoient nécessairement à un débat animé tenu en l'instance les 7 et 8 mai 2019, à l'égard de questions juridiques dont la Première formation s'est saisie, d'office, et qui demeurent toujours en délibéré.

100. En effet, le 13 mars 2019, la Première formation rend la décision procédurale D-2019-031 et convoque les participants à une audience les 7 et 8 mai 2019 pour les entendre sur des questions de nature juridique en lien avec une proposition d'Énergir de juillet 2017 portant sur un tarif d'achat garanti.

- Décision D-2019-031, par. 98

101. Les plans d'argumentations exigés étaient déposés préalablement à l'audience, dont celui d'Énergir en date du 17 avril 2019.

- Pièce B-0048

102. Par lettre communiquée dès le lendemain, la Première formation demande à Energir d'assurer la présence d'un témoin afin de répondre à des questions concernant l'Entente Tidal.

- Pièce A-0017

103. Le 2 mai 2019, la Première formation précise que l'audience des 7 et 8 mai 2019 portera uniquement sur ces questions de nature juridique et sur l'Entente Tidal, ajoutant que « selon la décision qui sera rendue au terme de l'audience sur les questions de compétence, l'examen du dossier poursuivra son cours»

- Pièce A-0021

104. Lors de l'audience tenue à huis clos le 8 mai 2019 mai, la Première formation interrogeait Énergir quant à la formation et l'approbation de l'Entente Tidal, soulevant de nouvelles questions juridiques auxquelles le témoin de fait ne pourra répondre, tout en en formulant un bon nombre de commentaires critiques à l'endroit du Distributeur.

- Notes sténographiques du 8 mai 2019, Vol. 3, p. 57 et 58

105. Par lettre datée du 24 mai 2019, Énergir répondait à ces nouvelles questions juridiques en soumettant une argumentation détaillée traitant de dispositions de la Loi centrales à ses activités d'approvisionnement, dont l'article 72 LRÉ, en regard de l'existence ou la non existence d'obligations de la part du Distributeur de faire approuver ses contrats de fourniture par la Régie.

- Pièce B-0068

106. À ce jour, la Première formation n'a pas rendu de décision disposant des questions juridiques abordées les 7 et 8 mai 2019 et ce volet du dossier R-4008-2017 demeure donc en délibéré.

107. Énergir attend toujours cette décision susceptible d'affecter significativement sa faculté de conclure des contrats et des pratiques bien établies.

108. Dans ce contexte, 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 proposé sur l'existence de «problèmes relatifs aux fondements règlementaires» de l'action du Distributeur en matière contractuelle, alors même que cette question juridique demeure en délibéré.

- Décision, par. 136

109. 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, y compris en vertu de l'article 37 LRÉ, le cas échéant, pour disposer du Tarif GNR proposé par Énergir et, à terme, imposer sa propre méthodologie et un Tarif GNR considérablement inférieur à celui proposé à l'origine.

110. L'impact tarifaire immédiat de cette décision non encore rendue est particulièrement visible si l'on considère l'effet du refus de considérer l'entente de 2017 conclue avec la Ville de Saint-Hyacinthe, tel qu'il appert de la lettre d'Énergir du 11 septembre 2019.

- Pièce B-0177

111. L'incohérence est également manifeste dans les motifs de la Première formation si l'on considère la juxtaposition de la référence à l'Entente Tidal pour justifier le rejet de la Méthodologie d'Énergir avec la référence à la même Entente Tidal afin d'établir le Tarif GNR imposé par la Régie.

- Décision, pars 133 et 142

> [133] 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. […]
>
> [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 n° 1 de la Régie, pour 2018-2019 et 2019-2020. 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.

112. En somme, dans les circonstances spécifiques de ce dossier, en appuyant ses Conclusions sur une décision de droit substantif qu'elle n'a pas encore rendu, la Première formation a privé Énergir d'une audition équitable.

113. De plus, dans l'hypothèse où la décision finale d'un tribunal devait faire droit aux prétentions d'Énergir quant à l'absence d'une obligation légale de faire approuver ses contrats, les constats et Conclusions visés aux paragraphes 133, 135 et 136 de la Décision seraient entachés d'une erreur de droit constituant un vice de fond au sens de l'article 37 LRÉ.

POUR CES MOTIFS, PLAISE À LA SECONDE FORMATION DE LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE :

ACCUEILLIR la présente demande de révision, suivant ses conclusions;

RÉVISER et RÉVOQUER les Conclusions identifiées au paragraphe 3 de la présente demande de révision, soit celles contenues aux paragraphes 133, 136, 158, 160, 161 de la Décision, et celles contenues à son dispositif final, au quatrième paragraphe de la page 47 et au quatrième paragraphe de la page 48;

ORDONNER la création d'un compte de frais reportés permettant de cumuler les écarts entre les coûts d'achat réels et le prix de vente du GNR facturé à la clientèle, lequel sera maintenu hors base et portera intérêt selon le coût moyen pondéré en capital, en précisant que ce compte de frais reportés pourra comptabiliser les coûts d'achat réels du GNR déboursés sans limitations relatives à ces écarts;

RÉSERVER les droits d'Énergir de présenter à la Régie, pour adjudication, tout moyen et recours pour préserver ses droits ou satisfaire à ses obligations, y compris une demande de sursis d'exécution des Conclusions dans l'attente d'une décision finale.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS

Montréal, le 15 novembre 2019

(s) Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l.

NORTON ROSE FULBRIGHT CANADA S.E.N.C.R.L., S.R.L.
Procureurs de la Demanderesse Énergir
Me Éric Dunberry
Bureau 2500,1 Place Ville-Marie
Montréal (Québec) H3B 1R1
Tél. : (514) 847-4492
Téléc. : (514) 286-5474
eric.dunberry@nortonrosefulbright.com