

D É C I S I O N

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2020-081

R-4106-2019

30 juin 2020

PRÉSENTS :

Marc Turgeon
François Émond
Esther Falardeau
Régisseurs

Énergir, s.e.c.
Demanderesse

et

Personnes intéressées dont les noms apparaissent ci-après

Décision finale et sur les frais

*Demande de révision de la décision D-2019-107 rendue
dans le dossier R-4008-2017*

Demanderesse :

Énergir, s.e.c.
représentée par M^e Éric Dunberry.

Personnes intéressées :

Fédération canadienne de l'entreprise indépendante (FCEI)
représentée par M^e Jean-Philippe Therriault;

Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROEE)
représenté par M^e Franklin S. Gertler;

**Stratégies énergétiques, Association québécoise de lutte contre la pollution
atmosphérique et Groupe d'Initiatives et de Recherches Appliquées au Milieu
(SÉ-AQLPA-GIRAM)**
représenté par M^e Dominique Neuman.

TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION	5
2. CADRE JURIDIQUE EN MATIÈRE DE RÉVISION.....	7
3. MOTIFS DE RÉVISION	12
3.1 Énergir.....	12
3.2 SÉ-AQLPA-GIRAM.....	21
3.3 FCEI	23
3.4 ROÉÉ	24
4. OPINION DE LA RÉGIE	27
4.1 Décision D-2019-107	27
4.2 Défaut de motiver une décision	41
4.3 Recevabilité de la Demande de révision	44
5. OPINION DISSIDENTE DE LA RÉGISSEUR ESTHER FALARDEAU	57
6. FRAIS DES PERSONNES INTÉRESSÉES	66
DISPOSITIF	67

1. INTRODUCTION

[1] Le 3 octobre 2019, Énergir, s.e.c. (Énergir ou le Distributeur) dépose à la Régie de l'énergie (la Régie) une demande de révision (la Demande de révision) de la décision D-2019-107¹ (la Décision), une décision partielle pour la fixation provisoire d'un tarif de fourniture de gaz naturel renouvelable (GNR) (le Tarif GNR), rendue dans le cadre du dossier R-4008-2017 visant la mise en place de mesures relatives à l'achat et la vente de GNR.

[2] La Demande de révision est présentée en vertu de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*² (la Loi). Énergir demande à la Régie de :

« 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 »³.

[3] Les conclusions contestées (les Conclusions) de la Décision sont identifiées dans la Demande de révision⁴ :

¹ Dossier R-4008-2017, décision [D-2019-107](#).

² [RLRQ, c. R-6.01](#).

³ Pièce [B-0002](#), p. 18.

⁴ Pièce [B-0002](#), p. 1 et 2.

« [...] 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

approvisionnement 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] Les 18 et 21 octobre 2019, la Régie convoque Énergir et les personnes intéressées à une audience, laquelle se tient les 25 et 26 novembre 2019.

[5] Le 15 novembre 2019, Énergir amende sa Demande de révision⁵.

[6] Entre les 15 et 21 novembre 2019, la FCEI, le ROEE et SÉ-AQLPA-GIRAM comparaissent au dossier. Le 21 novembre 2019, la Régie demande aux personnes intéressées de transmettre leur plan d'argumentation et cahier d'autorités au plus tard le 22 novembre 2019.

[7] Lors de l'audience du 26 novembre 2019, Énergir annonce oralement un amendement à sa Demande de révision afin d'en retirer les motifs 6 et 7. À la demande de la Régie, elle dépose, le 27 novembre 2019, une Demande de révision ré-amendée⁶ et un plan d'argumentation amendé⁷, reflétant ces modifications. La Régie entame son délibéré à ce moment.

2. CADRE JURIDIQUE EN MATIÈRE DE RÉVISION

[8] Avant d'entreprendre l'analyse des motifs de révision de la Décision, la Régie rappelle le cadre juridique à l'intérieur duquel elle peut réviser ses propres décisions.

⁵ Pièce [B-0004](#).

⁶ Pièce [B-0056](#).

⁷ Pièce [B-0057](#).

[9] La Demande de révision est fondée sur le troisième paragraphe du premier alinéa de l'article 37 de la Loi :

« 37. La Régie peut d'office ou sur demande réviser ou révoquer toute décision qu'elle a rendue :

1° lorsqu'est découvert un fait nouveau qui, s'il avait été connu en temps utile, aurait pu justifier une décision différente;

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.

Avant de réviser ou de révoquer une décision, la Régie doit permettre aux personnes concernées de présenter leurs observations.

Dans le cas visé au paragraphe 3°, la décision ne peut être révisée ou révoquée par les régisseurs qui l'ont rendue ».

[10] En matière de révision, la Régie doit, pour y donner ouverture, constater l'existence d'un vice sérieux et fondamental de nature à invalider la décision. La demande de révision est une procédure d'exception et les dispositions législatives y donnant droit doivent être interprétées de manière restrictive.

[11] La révision ne consiste pas à reconsidérer le fondement de la décision qui a été prise pour apprécier à nouveau les faits et rendre une décision plus appropriée.

[12] Il est également de jurisprudence constante que la révision ne peut être un moyen déguisé d'appel par lequel la formation en révision substituerait sa propre appréciation des faits à celle de la formation chargée de l'examen en première instance (la Première formation).

[13] La décision de principe de la Cour d'appel du Québec en la matière, *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, est souvent citée par la Régie. Le vice de fond, au sens de l'article 37 de la Loi, doit être sérieux, fondamental et de nature à invalider la décision :

« *The Act does not define the meaning of the term “vice de fond” used in Sec. 37. The English version of Sec. 37 uses the expression “substantive... defect”. In context, I believe that the defect, to constitute a “vice de fond”, must be more than merely “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* »⁸.

[14] Cet énoncé de principe n’a jamais été remis en question. La jurisprudence ultérieure y a cependant apporté des précisions.

[15] Le juge Fish de la Cour d’appel du Québec, dans l’arrêt *Tribunal administratif du Québec c. Godin*⁹, mentionne que :

« [48] *The second panel may only intervene where it can identify a fatal error in the impugned earlier decision. By the very terms of the provision, the error must, on account of its significance, be “of a nature likely to invalidate the decision”, within the meaning of section 154(3).*

[49] *And I would ascribe to the verb “invalidate”, in this context, the meaning given to its corresponding adjective by the Canadian Oxford Dictionary:*

invalid 1. not officially acceptable or usable, esp. having no legal force. 2. not true or logical; not supported by reasoning (an invalid argument).

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

⁸ *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, 1996 CanLII 6263 (QC CA), p. 613 et 614.

⁹ *Tribunal administratif du Québec c. Godin*, 2003 CanLII 47984 (QC CA).

[16] Par ailleurs, le jugement de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Fontaine*¹⁰ précise la raison d'être de la révision pour un vice de fond de cet ordre :

« [50] En ce qui concerne les caractéristiques inhérentes d'une irrégularité susceptible de constituer un vice de fond, le juge Fish note qu'il doit s'agir d'un « defect so fundamental as to render [the decision] invalid », « a fatal error ». Une décision présentant une telle faiblesse, note-t-on dans l'arrêt *Bourassa*, est « entachée d'une erreur manifeste de droit ou de fait qui a un effet déterminant sur le litige ». [...]

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 nature à invalider [une] décision ».

[51] [...] Il s'agit de rectifier les erreurs présentant les caractéristiques qui viennent d'être décrites. Il ne saurait s'agir de substituer à une première opinion ou interprétation des faits ou du droit une seconde opinion ni plus ni moins défendable que la première. Intervenir en révision pour ce motif commande la réformation de la décision par la Cour supérieure car le tribunal administratif “ commits a reviewable error when it revokes or reviews one of its earlier decisions merely because it disagrees with its findings of facts, its interpretation of a statute or regulation, its reasoning or even its conclusions ” ». [les notes de bas de page ont été omises]

[17] La Cour ajoute :

« [51] [...] 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 »¹¹. [les notes de bas de page ont été omises]

[18] Dans cet arrêt, la Cour justifie ces critères exigeants :

« [69] De façon générale, une demande de révision éloigne les administrés de l'atteinte des objectifs de célérité et d'efficacité prévus à la LJA.

¹⁰ Commission de la santé et de la sécurité du travail c. *Fontaine*, C.A. Montréal, 2005 QCCA 775.

¹¹ *Ibid.*

[70] Il est vrai qu'il peut arriver (et je ne dis pas que c'est le cas ici) que de moins bonnes décisions ou des décisions qui divergent du courant majoritaire ou même qui sont erronées en droit ne puissent faire l'objet de révision interne. C'est le prix à payer pour assurer l'indépendance du TAQ comme le législateur l'a prévu et pour assurer une certaine paix d'esprit aux administrés, comme le signalait le juge Fish dans Godin.

[71] La requête en révision n'est pas non plus un outil destiné à assurer la cohérence des décisions administratives. Cet objectif, spécifié dans la LJA, peut être réalisé tout en respectant l'autonomie des décideurs. Comme le souligne le juge Yves-Marie Morissette, la concertation entre les décideurs et la mise en commun de leurs connaissances ou expériences spécialisées peuvent contribuer à aplanir et rectifier les divergences de vues qui surviennent inévitablement dans un système de droit administratif qui admet la théorie du pluralisme interprétatif.

[les notes de bas de page ont été omises]

[19] Par ailleurs, il est également reconnu qu'une partie ne peut, en révision, bonifier sa preuve ou produire une nouvelle preuve, ni présenter de nouveaux arguments. Comme l'a écrit M^e Jean-Pierre Villaggi, la demande de révision ne peut être utilisée :

« [...] pour permettre à une des parties au litige de combler les lacunes de la preuve qu'elle a présentée lors du débat original. La demande de révision (« réexamen ») pour cause ne peut donc être une occasion de présenter de nouveaux arguments de droit »¹².

[20] Si les conditions prévues à l'article 37 de la Loi sont remplies, la formation en révision aura compétence pour réviser ou révoquer toute décision que la Première formation aura rendue et y substituer sa décision, le cas échéant. Toutefois, à l'inverse, si les conditions ne sont pas satisfaites, la formation en révision n'aura pas compétence pour réviser ou révoquer une décision, sous peine de révision judiciaire¹³.

[21] Finalement, le fardeau d'établir l'erreur et son caractère fondamental ou fatal repose sur la demanderesse en révision.

¹² J.-P. Villaggi, *Droit public et administratif*, École du Barreau du Québec, Collection de droit 2016-2017, vol. 7, Éditions Yvon Blais, p. 144.

¹³ *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, [1996] R.J.Q. 608 (C.A.), p. 612 et 613; *Société de l'assurance automobile du Québec c. Hamel et al.*, [2001] R.J.Q. 961 (C.A.), p. 963 et 964.

3. MOTIFS DE RÉVISION

3.1 ÉNERGIR

[22] Énergir demande à la Régie de réviser les Conclusions contenues aux paragraphes 133, 136, 158, 160 et 161 de la Décision ainsi que celles contenues au dispositif final, au quatrième paragraphe de la page 47 et au quatrième paragraphe de la page 48, au motif qu'elles sont grevées de vices de fond de nature à les invalider, au sens de l'article 37 (3°) de la Loi.

[23] De plus, Énergir soumet que les Conclusions visées sont toutes entachées d'un motif susceptible de frapper la Décision de nullité, soit par un excès de compétence ou par un manquement aux règles de justice naturelle et d'équité procédurale. Le Distributeur a notamment invoqué un manquement au droit d'être entendu et d'avoir une audition équitable à l'endroit de chacun des trois sujets autour desquels les motifs de la Demande de révision sont regroupés, lequel est fatal, entache irrémédiablement une décision de nullité absolue et donne, à lui seul, ouverture à la révision¹⁴. Au soutien de sa position, il réfère la présente formation en révision (la Formation en révision) à l'opinion exprimée par la Régie dans une décision antérieure¹⁵.

[24] Selon Énergir, dans un tel cas, la Régie a un pouvoir implicite de révision :

« [L]orsque 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 »¹⁶.

[25] Selon Énergir, dans un cas comme celui-là, ce n'est pas le caractère sérieux, fondamental ou déterminant du vice de fond et de son effet sur la décision qui s'applique, comme dans le cas du 3^e paragraphe de l'article 37 de la Loi, c'est la constatation simple

¹⁴ Pièces [A-0006](#), p. 16, et [A-0007](#), p. 24.

¹⁵ Dossiers R-3959-2016 et R-3961-2016, décision [D-2016-190](#), p. 15, par. 23 et pièce [A-0006](#), p. 11.

¹⁶ Pièce [A-0007](#), p. 23.

d'une violation au droit d'être entendu qui est en soi fatale et qui invalide la décision en toutes circonstances¹⁷.

[26] Elle soumet, par ailleurs, que le droit d'être entendu ne doit pas voir son intensité amoindrie par la qualification d'une décision comme provisoire ou interlocutoire, ni par le contexte d'une ordonnance de sauvegarde.

[27] Notamment, Énergir réfère à une décision antérieure¹⁸ où la Régie a révisé une décision interlocutoire, rendue en cours d'instance, mais qui avait un caractère final pour un intéressé qui s'était vu refuser sa demande d'intervention au dossier. La Régie y concluait que, quel que soit le moyen utilisé, que ce soit par l'application de l'article 37 de la Loi ou par l'exercice de sa compétence implicite, elle était en mesure de réviser ce type de décision.

[28] Selon Énergir, les conclusions de la Régie dans cette décision trouvent application dans la Demande de révision. Elle décrit sa position ainsi :

« 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 »¹⁹.

3.1.1 UTILISATION DU COÛT DU CAPITAL PROSPECTIF (MOTIFS 1 À 3)

[29] Énergir considère que la Première formation a erré dans l'utilisation du coût du capital prospectif (CCP) pour la détermination des intérêts du compte de frais reportés (CFR), pour trois motifs :

- 1) en se fondant sur un syllogisme et une interprétation manifestement erronée de faits relatifs au CCP;

¹⁷ Pièce [A-0007](#), p. 35.

¹⁸ Dossier R-3709-2009, décision [D-2009-157](#).

¹⁹ Pièce [A-0007](#), p. 36 et 37.

- 2) 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;
- 3) en manquant à son obligation de motiver les Conclusions relatives au CCP conformément à l'article 18 de la Loi.

[30] Pour ces motifs, Énergir demande la révocation du paragraphe 161 de la Décision.

[31] Par ailleurs, pour compléter la révision portant sur le CFR, Énergir recherche le remplacement de la 4^e conclusion du dispositif de la Décision par une nouvelle conclusion de la Régie visant à :

« ORDONNER la création d'un compte de frais reportés permettant de cumuler les écarts entre les coûts d'achat réels et les 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 »²⁰.

[32] En premier lieu, Énergir estime que le premier motif exprime l'utilisation d'un syllogisme par la Première formation qui est insoutenable, à moins que certaines prémisses soient véridiques. Ainsi, le recours au CCP pour rémunérer les montants accumulés au CFR devrait permettre d'éviter qu'un rendement soit accordé. Également, le recours au CCP serait approprié uniquement pour des situations ne visant pas l'approbation d'un investissement prospectif²¹.

[33] Le Distributeur fait valoir qu'un imposant corpus de décisions de la Régie est à l'effet que, d'une part, le calcul du CCP comporte un élément de rendement et que, d'autre part, en matière d'approbation d'investissements, la Régie se réfère systématiquement à un instrument de mesure du taux de rendement interne et à l'indice de rentabilité établi, qui tiennent compte du CCP²². Selon Énergir, ces références démontrent que le recours au CCP comporte un élément de rendement sur l'avoir de l'actionnaire, où il s'avère utile pour juger de la rentabilité d'investissements. Ceci implique que le motif sur lequel s'appuie la Régie est entaché d'un vice de fond qui le rend insoutenable.

²⁰ Pièce [B-0056](#), p. 16.

²¹ Pièce [B-0056](#), p. 5, par. 15 et 16.

²² Pièce [B-0057](#), p. 9 et 10.

[34] Le Distributeur est d'avis qu'au mieux ce motif est inintelligible pour justifier le recours au CCP pour rémunérer le CFR. À la lumière des principes et précédents réglementaires auxquels il réfère la Régie, il considère que les conclusions du paragraphe 161 de la Décision sont non seulement inintelligibles, mais également insoutenables et vont à l'encontre du principe de cohérence reconnu par la Régie.

[35] En second lieu, selon Énergir, la Première formation aurait erré en imposant l'utilisation du CCP en invoquant des interrogations « *sur la pertinence de faire porter l'intérêt du CFR selon le coût moyen pondéré du capital* », sans préciser l'objet ou la portée de ses interrogations, en contravention aux règles de justice naturelle et d'équité procédurale²³.

[36] Le Distributeur souligne que rien dans les débats tenus devant la Première formation ne lui permettait d'identifier le fait que cette dernière s'interrogeait sur ces questions. Il précise que le mode de rémunération du CFR proposé n'a fait l'objet d'aucune question de la Première formation ni d'une opposition de la part des intervenants.

[37] Selon Énergir, la Première formation ne pouvait ignorer 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 à son taux de rendement, une dé-allocation de coûts de financement occasionnant une baisse du rendement sur l'ensemble des actifs de l'actionnaire. Au soutien de sa position, elle réfère la Formation en révision aux décisions antérieures de la Régie à cet égard²⁴.

[38] Énergir estime ne pas avoir été entendue en pleine connaissance de cause et avoir été privée de son droit à une audition équitable, notamment pour répondre et, au besoin, présenter des éléments de preuve et une argumentation en droit relativement aux interrogations que la Première formation pouvait avoir à ce sujet. Ce manquement aux règles de justice naturelle et d'équité procédurale invalide nécessairement les Conclusions²⁵.

²³ Pièce [B-0057](#), p. 10.

²⁴ Pièce [B-0051](#), onglets 16 (dossier R-3186-90, décision D-90-75), 17 (dossier R-3351-96, décision D-96-31), 18 (dossier R-3752-2011 Phase 2, décision [D-2011-182](#)) et 19 (dossier R-3879-2014 Phases 3 et 4, décision [D-2015-181](#)).

²⁵ Pièce [B-0057](#), p. 11.

[39] Énergir soutient que 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 se retrouve au paragraphe 161 de la Décision²⁶.

[40] Finalement, les Conclusions relatives au CCP constituent un excès de compétence et un vice de fond, dans la mesure où la Première formation a erré en manquant à son obligation de les motiver, conformément à l'article 18 de la Loi.

[41] 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. Énergir réfère la Formation en révision à un large éventail d'autorités pour étayer les critères qui définissent une décision motivée²⁷.

[42] Énergir soutient que 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 de la Loi entachant de nullité les conclusions non motivées. Cette obligation est d'autant plus importante lorsqu'une formation se distingue de précédents reconnus et déroge au principe de cohérence, comme ce que la Première formation a fait en l'espèce, en fixant un taux inférieur au coût moyen pondéré en capital.

3.1.2 IMPOSITION D'UN SEUIL D'ÉCART (MOTIFS 4, 5 ET 8)

[43] Dans la Décision, la Première formation a établi un seuil d'écart maximal affectant le CFR (le Seuil d'écart) en ces termes :

« [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 [note de bas de page omise] »²⁸.

²⁶ Pièce [B-0057](#), p. 8.

²⁷ Pièce [B-0057](#), p. 12.

²⁸ Décision [D-2019-107](#), p. 39.

[44] La Demande de révision recherche la révocation de ce paragraphe ainsi que du paragraphe 158 de la Décision en lien avec le Seuil d'écart.

[45] Selon Énergir, l'objectif déclaré de cette conclusion est de limiter la possibilité de générer 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. Au soutien de sa position, le Distributeur réfère la Formation en révision aux paragraphes 157 et 158 de la Décision²⁹.

[46] Énergir mentionne que la Première formation savait, ou aurait dû savoir, qu'imposer un tel Seuil d'écart résulterait en des tarifs considérablement inférieurs à ceux proposés par Énergir, en tenant compte de la valeur du GNR et des réalités du marché, ce qui atteste d'un excès de compétence. En imposant un Seuil d'écart pour comptabiliser les coûts réels d'achat de GNR dans le CFR, sans que cette possibilité ne soit jamais débattue en audience, la Première formation a manqué aux règles de justice naturelle et d'équité procédurale qui invalide nécessairement ces conclusions de la Décision³⁰.

[47] Énergir allègue qu'elle ne pouvait anticiper que l'imposition du Seuil d'écart était une modalité envisagée par la Première formation et n'a donc pas été entendue en connaissance de cause. Elle affirme avoir été privée d'une audition équitable, parce qu'elle n'a pas eu l'opportunité de contester l'imposition de ce Seuil d'écart et de faire des représentations quant au caractère inapproprié et aux conséquences préjudiciables de son imposition.

[48] Énergir soumet également que la Première formation aurait manqué à son obligation de motiver les Conclusions relatives au Seuil d'écart, contrairement à l'article 18 de la Loi. Elle soutient que rien dans la Décision ne permet de connaître les éléments de preuve qui ont été pris en considération et de comprendre les raisons qui ont mené à l'imposition d'un Seuil d'écart de 20 %, qu'il soit pris isolément ou en lien avec des circonstances particulières propres au GNR ou aux marchés du GNR³¹.

²⁹ Pièce [B-0057](#), p. 13.

³⁰ Pièces [B-0057](#), p. 15, et [A-0007](#), p. 67.

³¹ Pièce [B-0057](#), p. 16.

[49] Selon Énergir, le Seuil d'écart de 20 % apparaît dans un vide factuel et témoigne de l'exercice arbitraire d'une discrétion. Elle est d'avis que ceci constitue un vice de fond de nature à invalider la Décision.

[50] Le Distributeur soutient également que l'imposition du Seuil d'écart et une dé-allocation de coûts se seraient faites en contravention des règles et des principes jurisprudentiels établissant la norme d'une décision prudente.

[51] Selon Énergir, le paragraphe 158 de la Décision se fondait sur l'application d'un critère de prudence :

« [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. [...] »³².

[52] La Première formation a préjugé dans un vide factuel et a signalé à Énergir et aux marchés que l'achat de GNR générant un écart excédant 20 % du Tarif GNR serait imprudent³³.

[53] Le Distributeur est d'avis que la Première formation l'a placé devant un choix entre se conformer et donner effet au Seuil d'écart ou, dans certains cas, acheter du GNR sous condition d'accepter une dé-allocation de coûts. Ce deuxième choix constitue, selon lui, une dé-allocation de coûts violant les règles de droit applicables.

[54] Selon Énergir, la jurisprudence de la Régie³⁴ a établi des critères de conduite prudente selon lesquels un distributeur, tel qu'Énergir, bénéficie d'une présomption que ses décisions sont prudentes, pouvant être repoussée par une preuve contraire fondée sur des motifs raisonnables. En préjugant de l'imprudence d'un écart excédant 20 %, la Première formation a renversé ce fardeau de preuve et a privé Énergir 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. Énergir soumet donc que la Première formation a

³² Pièce [B-0056](#), p. 9.

³³ Pièce [B-0057](#), p. 18.

³⁴ Pièce [B-0057](#), p. 18.

commis des erreurs de droit constituant un vice de fond de nature à invalider les Conclusions mentionnées plus haut de la Décision.

3.1.3 FONDEMENT DE LA MÉTHODOLOGIE

[55] Énergir est d'avis que la Première formation a erré en la privant de son droit à une audition équitable en lien avec le fondement de sa méthodologie³⁵. Ce motif de révision vise la révocation des paragraphes 133 et 136 qui se trouvent à la section 5 de la Décision.

[56] Énergir déplore « *ce qui semble être une opinion bien arrêtée [de la Première formation] voulant que le Distributeur est légalement tenu de faire approuver tous ses contrats d'approvisionnement* »³⁶. Au soutien de sa position, elle réfère aux « *propos chargés au plan juridique* » des paragraphes 126 et 157 de la Décision :

« [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* »³⁷.

[57] Selon Énergir, ces paragraphes réfèrent à un débat animé tenu durant l'audience devant la Première formation les 7 et 8 mai 2019 à l'égard de questions juridiques, en regard de l'existence, ou non, d'obligations de sa part de faire approuver ses contrats de fourniture par la Régie, questions dont la Première formation s'est saisie d'office.

³⁵ Pièce [B-0057](#), p. 19.

³⁶ Pièce [B-0057](#), p. 19.

³⁷ Pièce [B-0057](#), p. 20.

D’ailleurs, Énergir soumet attendre cette décision susceptible d’affecter significativement sa faculté de conclure des contrats et ses pratiques bien établies.

[58] Considérant qu’il n’y a aucune obligation légale de faire approuver de tels contrats, Énergir soutient que la Première formation a rejeté la méthodologie et le Tarif GNR qu’elle proposait, en se fondant, de façon surprenante, sur l’existence de « *problèmes relatifs aux fondements réglementaires* » de l’action d’Énergir en matière contractuelle, alors que cette question demeurerait en délibéré. À cet égard, Énergir indique ce qui suit :

« 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 »³⁸.

[59] Selon le Distributeur, l’impact tarifaire immédiat du refus de la Première formation de considérer l’entente de 2017 conclue avec la Ville de Saint-Hyacinthe dans la méthodologie établissant le Tarif GNR, lequel refus est fondé sur une décision qui reste à rendre, est manifestement incohérent. L’incohérence est également manifeste dans les motifs de la Première formation, si l’on considère la juxtaposition de la référence à l’entente conclue avec Tidal Energy Marketing inc. (Tidal) pour justifier le rejet de la méthodologie d’Énergir avec la référence à la même entente avec Tidal, afin d’établir le Tarif GNR imposé par la Régie.

[60] En conséquence, en appuyant ses conclusions sur une décision de droit substantif qu’elle n’a pas encore rendue, la Première formation a privé Énergir d’une audition équitable.

[61] Enfin, 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 de la Loi.

³⁸ Pièce [B-0057](#), p. 21.

3.2 SÉ-AQLPA-GIRAM

[62] SÉ-AQLPA-GIRAM appuie la Demande de révision³⁹, tout en apportant des nuances relatives au cadre réglementaire applicable à l'ouverture du recours en révision.

[63] Il établit une différence entre les conditions d'ouverture au recours en révision interne bien connues qui prévalent lorsque le demandeur en révision allègue un vice de fond sérieux et fondamental de nature à invalider la décision⁴⁰ et le motif autonome, découlant du 2^e paragraphe du premier alinéa de l'article 37 de la Loi, « *lorsqu'une personne intéressée à l'affaire n'a pu, pour des raisons jugées suffisantes, présenter ses observations* », en contravention aux règles d'équité procédurale.

[64] Selon SÉ-AQLPA-GIRAM, la contravention elle-même constitue en soi un vice sérieux et fondamental dès que l'erreur empêchant une personne d'être entendue est avérée et donne ouverture à la révision d'une décision. C'est sous cet angle qu'il invite la Formation en révision à considérer la position d'Énergir, lorsque cette dernière réfère à la décision D-2016-190⁴¹ et fait sienne la citation de la Régie, elle-même citant la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Cardinal*⁴², selon laquelle « *la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide* »⁴³.

[65] Notamment, il allègue que la Régie, dans l'exercice de sa fonction générale de régulateur, doit respecter les règles d'équité procédurale, dont les modalités exactes varient selon les circonstances, tel qu'établi dans l'arrêt *Baker*⁴⁴.

[66] Selon SÉ-AQLPA-GIRAM, la Régie est celle qui doit porter un jugement et déterminer l'étendue de l'équité procédurale à laquelle elle est astreinte. En interprétant l'étendue de son obligation d'équité procédurale et en l'appliquant, elle 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* »⁴⁵.

³⁹ Pièce [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0004](#), p. iii.

⁴⁰ En vertu du 3^e par. de l'article 37 de la Loi.

⁴¹ Dossiers R-3959-2016 et R-3961-2016, décision [D-2016-190](#), p. 32, par. 55.

⁴² *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 RCS 643.

⁴³ Pièce [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0004](#), p. 3.

⁴⁴ *Baker c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 817.

⁴⁵ Pièce [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0004](#), p. 5.

[67] Par ailleurs, il affirme que l'insuffisance de motivation peut constituer un vice de fond sérieux et fondamental de nature à invalider une décision, mais que l'étendue de cette obligation statutaire est flexible.

[68] Enfin, SÉ-AQLPA-GIRAM soutient que lorsque la Régie s'écarte de façon marquée de ses décisions antérieures ou opte pour une méthode de tarification « *autre* », au sens de la Loi⁴⁶, elle est tenue à une obligation plus grande d'équité procédurale et de motivation de sa décision.

[69] En référant à l'arrêt *Chandler*⁴⁷, SÉ-AQLPA-GIRAM plaide qu'un recours en révision devant une seconde formation de la Régie ne peut en principe porter que sur une décision finale de la première formation. Si celle-ci n'a rendu qu'une décision interlocutoire et demeure saisie du dossier, il lui est en effet toujours loisible de réviser elle-même sa propre décision interlocutoire, sans l'intervention d'une formation en révision. 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 erreur⁴⁸.

[70] Quant à la possibilité, pour la première formation, de réexaminer une question lorsqu'une décision interlocutoire a été rendue, selon SÉ-AQLPA-GIRAM, il lui est toujours loisible de le faire par elle-même, sans l'intervention d'une formation en révision.

[71] SÉ-AQLPA-GIRAM relève des éléments de la Décision qui ont des effets immédiats pour Énergir⁴⁹ et mentionne :

« [...] 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 »⁵⁰.

⁴⁶ Article 49, al. 4.

⁴⁷ *Chandler c. Alberta Ass. of Architects*, [1989] 2 R.C.S., 848.

⁴⁸ Pièces [C-SÉ-AQLPA-GIRAM-0004](#), p. 7, et [A-0007](#), p. 128.

⁴⁹ Pièce [A-0007](#), p. 134.

⁵⁰ Pièce [A-0007](#), p. 129.

[72] Dans l'évaluation au mérite du caractère sérieux et fondamental du vice reproché à la Première formation, il invite la Formation en révision à tenir compte du caractère « *désincitatif* » de la Décision sur la capacité de la filière du GNR de satisfaire les objectifs du gouvernement ainsi que de son effet restrictif et inéquitable à l'égard des approvisionnements en GNR, comparativement aux approvisionnements en gaz naturel non renouvelable.

3.3 FCEI

[73] Les représentations de la FCEI visent principalement la recevabilité de la Demande de révision pour les motifs liés à la compétence de la Régie d'imposer un Seuil d'écart et s'arriment principalement au sixième motif de révision soumis par Énergir. À la suite du retrait de ce motif de révision, la FCEI réitère néanmoins à la Formation en révision certaines des Conclusions qui demeurent applicables.

[74] En ce qui a trait à la question du Seuil d'écart, la FCEI invite la Formation en révision, dans l'éventualité où elle en viendrait à la conclusion que la Décision est grevée d'un vice de fond de nature à l'invalidier pour un motif d'excès de compétence⁵¹ ou quelque autre motif que ce soit, de ne pas la réviser, mais d'en révoquer le paragraphe 160 et de retourner le dossier à la Première formation, afin qu'elle se penche de nouveau sur cet aspect de la Décision et du dossier, à la lumière de l'ensemble des faits pertinents⁵².

[75] Une telle conclusion serait cohérente avec les motifs 4 et 5 invoqués par Énergir, soit qu'elle n'a pas été en mesure de faire des représentations auprès de la Première formation quant au Seuil d'écart et au taux d'intérêt du CFR. En procédant ainsi, la Première formation pourrait entendre Énergir et serait également en mesure d'étayer ses motifs pour remédier efficacement à l'erreur et rendre une décision éclairée. À plus forte raison, la FCEI est d'avis que la Formation en révision n'a pas devant elle la preuve qui lui permettrait de substituer son opinion à celle de la Première formation.

⁵¹ Pièce [C-FCEI-0002](#), p. 7.

⁵² Pièce [A-0007](#), p. 167.

[76] Au demeurant, la FCEI soumet que les conclusions de la Première formation sur la création du CFR et celles sur l'imposition du Seuil d'écart sont intrinsèquement liées, tel qu'il appert du paragraphe 157 de la Décision :

« [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. 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 conclu ou entend conclure »⁵³.

[77] La FCEI soumet que la Formation en révision ne peut réviser le Seuil d'écart sans se prononcer également sur le CFR et qu'elle n'a pas devant elle la preuve lui permettant de substituer son opinion à celle de la Première formation et de porter un jugement éclairé sur ces questions⁵⁴.

[78] Notamment, la FCEI plaide que l'absence de données concluantes et fiables en lien avec les prix de marché du GNR au Québec pourrait expliquer la décision de la Première formation à l'égard du Seuil d'écart et milite également en faveur d'un renvoi de la question à cette dernière⁵⁵.

3.4 ROÉÉ

[79] Le ROÉÉ s'oppose à la Demande de révision. Il soutient que les conditions d'ouverture d'un recours en révision sous l'article 37 de la Loi ne sont nullement réunies et que la Demande de révision se résume à un appel déguisé de la Décision.

⁵³ Pièce [C-FCEI-0002](#), p. 7 et 8.

⁵⁴ Pièce [C-FCEI-0002](#), p. 7 et 8.

⁵⁵ Pièce [A-0007](#), p. 169.

[80] Il soumet que la Décision a été rendue par un tribunal de régulation économique ultraspécialisé, de manière régulière, au terme du processus habituel, incluant une audience, et permettant une pleine administration de la preuve.

[81] Selon le ROEE, la Décision n'est pas entachée d'erreurs de fait, de droit ou de procédure⁵⁶. Il soumet également que les solutions retenues par la Première formation dans la Décision se situent à l'intérieur du spectre de décisions que la Régie pouvait rendre⁵⁷.

[82] De surcroît, il est plutôt d'avis que le fait de conclure à l'ouverture d'un recours en révision constituerait une erreur de droit grave puisque, bien que le Distributeur soit en désaccord avec certains motifs et conclusions de la Décision, il n'a pas su relever son fardeau de démontrer qu'elle était entachée d'un vice de fond ou de procédure de nature à l'invalider et, conséquemment, n'a pas satisfait les conditions d'ouverture à un recours en révision.

[83] Il rappelle que le fardeau qu'Énergir doit relever pour convaincre la Formation en révision de conclure à l'ouverture d'un recours en révision se mesure à la nature finale et sans appel des décisions de la Régie, au caractère exclusif de la compétence tarifaire qu'elle exerce et à la protection d'une clause privative complète dans la Loi⁵⁸.

[84] En audience, le ROEE mentionne que la Demande de révision équivaut à de la micro gestion à l'égard du fonctionnement de la Régie, en ce qu'elle énonce comment la Régie devrait exercer sa compétence en matière de fixation de tarifs et d'approvisionnements. Le fait de limiter l'exercice de la compétence tarifaire de la Régie, en excluant la possibilité de fixer un Seuil d'écart, équivaldrait à confiner de manière trop contraignante l'exercice des pouvoirs de la Régie⁵⁹.

[85] Le ROEE est aussi d'avis que la position d'Énergir à l'égard de l'ouverture immédiate au droit à la révision en présence de tout manquement aux règles de justice naturelle ou d'équité procédurale est erronée. À cet égard, il réfère aux propos du juge Rothman de la Cour d'appel du Québec⁶⁰ qui affirme que « [a] *mere substantive or*

⁵⁶ Pièce [C-ROEE-0003](#), p. 2.

⁵⁷ Pièce [A-0007](#), p. 239 et 240.

⁵⁸ Pièce [A-0007](#), p. 177.

⁵⁹ Pièce [A-0007](#), p. 174.

⁶⁰ *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. c. Régie des alcools, des courses et des jeux*, 1996 CanLII 6263 (QC CA), p. 11.

procedural defect in a previous decision by the Régie would not, in my view, be sufficient » et évoque le risque de procéder en révision dans un cas où l'existence d'une erreur manifeste et déterminante n'est pas établie, ce qui pourrait par la suite faire l'objet d'une révision⁶¹.

[86] Le ROEE souligne également que le dossier R-4008-2017 ne relève pas de l'exercice de la fonction quasi-judiciaire de la Régie et que les exigences du droit administratif en termes de motivation des décisions et d'équité procédurale, dans l'exercice d'une telle fonction, doivent être ajustées en conséquence.

[87] Au demeurant, il rappelle que la Décision fait suite à une demande expresse d'Énergir pour que la Régie fixe un Tarif GNR d'application provisoire jusqu'à ce qu'une décision au fond soit rendue, de manière à sauvegarder les droits des personnes concernées en vertu de l'article 34 de la Loi⁶².

[88] Selon le ROEE, Énergir a exercé un choix en formulant une demande expresse sollicitant l'établissement d'un tarif provisoire. Elle avait « *l'option d'attendre et de faciliter l'arrivée [de la décision] au fond* »⁶³. Elle devait s'attendre à ce que le processus ne soit pas parfait, vu le caractère relativement sommaire de la procédure.

[89] Le ROEE souligne que la longueur de la Décision témoigne du fait que, malgré le contexte, une décision relativement étoffée a été rendue et que la Première formation y exprime suffisamment de motifs généraux.

[90] Dans l'exercice pragmatique de ses fonctions, afin de rendre la Décision sur un tarif provisoire, en attendant l'audience et la décision sur le fond du dossier, la Première formation avait certainement le droit de faire usage de son expertise et de façonner une solution dans l'intérêt public, assurant que les consommateurs aient des approvisionnements suffisants et paient un juste tarif.

⁶¹ Pièce [A-0007](#), p. 183.

⁶² Pièce [A-0007](#), p. 188 et 189.

⁶³ Pièce [A-0007](#), p. 189.

4. OPINION DE LA RÉGIE

[91] Comme mentionné précédemment⁶⁴, la Formation en révision aura compétence pour réviser la Décision si Énergir présente une preuve prépondérante selon laquelle cette Décision contient une erreur fatale qui entache son essence, sa validité même.

[92] Avant d'examiner les motifs invoqués par Énergir à l'encontre des Conclusions, il importe d'aborder la question de la recevabilité de la Demande de révision, telle qu'elle a été soulevée au cours de l'audience.

[93] La question se pose, plus spécifiquement en ce qui a trait à la nature conservatoire de la Demande de révision et aux caractéristiques inhérentes du tarif provisoire demandé ainsi que de leur impact respectif sur les effets juridiques de la Décision. Pour ce faire, certains éléments contextuels du dossier R-4008-2017, qui ont mené à rendre la Décision visée par la Demande de révision, doivent être rappelés.

[94] **Pour les motifs qui suivent, la Formation en révision juge que la Demande de révision est irrecevable. Considérant ce qui suit, elle ne se prononce pas sur les motifs de révision invoqués par la Demande de révision.**

4.1 LA DÉCISION

[95] Le 3 septembre 2019, la Régie rend la Décision⁶⁵, soit une décision partielle portant sur la demande pour la fixation provisoire d'un Tarif GNR. Après un examen du caractère opportun d'établir un Tarif GNR d'application provisoire, la Régie retient une structure tarifaire pour ce dernier et des modalités d'application. Elle ordonne au Distributeur de produire le calcul permettant la détermination du Tarif GNR d'application provisoire pour la période du 19 juin au 30 septembre 2019, ainsi que pour l'année tarifaire 2019-2020, et demande également au Distributeur de lui soumettre une proposition de codification des changements qu'il propose au paragraphe 11.1.3.5 des Conditions de service et Tarif.

⁶⁴ Voir la section 2 de la présente décision, « Cadre juridique en matière de révision ».

⁶⁵ Décision [D-2019-107](#).

[96] La Décision a été rendue en réponse à une demande expresse d'Énergir⁶⁶, déposée en vertu de l'article 34 de la Loi, demandant désormais à la Régie de fixer le tarif de fourniture de GNR proposé dans sa demande principale pour valoir comme Tarif GNR d'application provisoire jusqu'au moment où la Régie aurait examiné au mérite l'ensemble des éléments du dossier, dont le mode de détermination du prix du GNR, et rendrait sa décision au fond, en établissant le tarif de fourniture GNR.

[97] À cette fin, Énergir demandait à la Régie de :

« APPROUVER provisoirement, jusqu'à ce qu'une décision finale intervienne dans le présent dossier ou que la Régie en décide autrement, la mise en place d'un tarif GNR à son service de fourniture ainsi que les conditions et modalités qui s'y rattachent, incluant la méthodologie de calcul du prix, [...] »

DÉCLARER que le tarif GNR provisoire est applicable rétroactivement aux Contrats qui sont énumérés en annexe [...], et qui auront été conclus au moment de rendre la décision à intervenir;

APPROUVER pour l'année 2017-2018, un prix du GNR de 37,978 ¢/m³;

APPROUVER pour l'année 2018-2019, un prix du GNR de 39,986 ¢/m³;

APPROUVER pour l'année 2019-2020, pour la durée d'application du tarif GNR provisoire, un prix du GNR de 50,744 ¢/m³ »⁶⁷.

[98] Réitérant la méthodologie déjà proposée pour établir le prix du GNR, Énergir rappelait que le tarif de GNR proposé était paramétré de manière à récupérer le coût d'achat du GNR, évitant ainsi d'engendrer un écart.

[99] Le 17 juillet 2019, Énergir ajoutait une conclusion et demandait à la Régie d'approuver provisoirement, jusqu'à ce qu'une décision finale intervienne dans le dossier R-4008-2017 ou que la Régie en décide autrement, la création d'un CFR permettant de cumuler les écarts entre les coûts d'achat réels et le prix de vente du GNR facturé à la clientèle (l'Écart), lequel serait maintenu hors base et portant intérêt selon le coût moyen pondéré en capital. Énergir demandait également à la Régie d'approuver les prix du GNR

⁶⁶ Dossier R-4008-2017, pièce [B-0092](#).

⁶⁷ Dossier R-4008-2017, pièce [B-0092](#), p. 5 et 6.

pour les années 2017-2018, 2018-2019 et 2019-2020, pour la durée d'application du tarif GNR provisoire⁶⁸.

4.1.1 CONTEXTE

[100] Pour bien comprendre la Demande de révision et la Décision qu'elle vise, il importe de rappeler sommairement le déroulement du dossier R-4008-2017 et certains éléments du contexte dans lequel la Décision a été rendue.

[101] La Formation en révision note que la demande à l'origine de la Décision a été déposée en cours d'examen du dossier, deux ans après le dépôt de la demande principale⁶⁹. Énergir demandait à l'origine, notamment, d'approuver la mise en place d'un tarif GNR à son service de fourniture ainsi que les conditions et modalités qui s'y rattachaient. Elle demandait également la création d'un CFR permettant de cumuler les écarts entre les coûts d'achat réel et le prix de vente du GNR facturé à la clientèle, d'autoriser les coûts d'achat du GNR établis au moyen d'un tarif de rachat garanti (TRG) visant à favoriser le développement d'une filière de production de GNR et d'approuver les caractéristiques des contrats d'approvisionnement qu'elle entendait conclure avec des producteurs de GNR subventionnés en leur accordant un TRG.

[102] À la suite de la tenue d'audiences publiques sur des questions préliminaires et des demandes d'approbation de contrat d'approvisionnement en GNR⁷⁰, la demande d'Énergir est venue modifier de façon importante sa position initiale sur certains enjeux déterminants du dossier, liés à l'établissement du tarif de fourniture en GNR et celui du prix d'achat au moyen d'un TRG.

[103] La Régie rappelle qu'initialement, Énergir demandait un examen concurrent des deux enjeux en soulevant que le TRG avait un impact déterminant sur une des caractéristiques des futurs contrats d'approvisionnement en GNR et, conséquemment, avait un impact sur la fixation du tarif du GNR.

⁶⁸ Dossier R-4008-2017, pièce [B-0134](#), p. 5 et 6.

⁶⁹ Le 7 juillet 2017, Énergir dépose à la Régie une demande concernant la mise en place de mesures relatives à l'achat et la vente de GNR, en vertu des articles 31 (5°), 48, 52 et 72 de la Loi.

⁷⁰ La Régie a tenu des audiences les 4 septembre 2018, 7 et 8 mai et 7 juin 2019.

[104] Dans sa décision D-2019-031⁷¹, la Première formation soulignait qu'elle pouvait choisir de procéder à l'examen de la proposition d'un TRG en même temps que l'examen d'un tarif GNR, procéder à l'examen de ces sujets par phases successives ou soustraire l'enjeu du TRG du dossier. Se rendant aux positions du Distributeur et de l'intervenante Association des consommateurs industriels de gaz (ACIG), la Première formation notait « *que si elle procède dans un premier temps à l'établissement d'un tarif pour le GNR sans examiner l'établissement d'un TRG, ce tarif sera, somme toute, académique, puisque le TRG est jugé nécessaire par le Distributeur pour assurer les approvisionnements en GNR liés à ce tarif* ». La Première formation décidait d'étudier les deux enjeux de manière simultanée, l'un étant, à toutes fins pratiques, inutile sans l'autre et fixait le déroulement procédural pour l'examen du dossier dans cette perspective⁷².

[105] Dans la même décision procédurale, elle informait les participants qu'elle avait pris connaissance, en cours de délibéré, d'une décision de la Commission de l'énergie de l'Ontario traitant d'une demande à l'égard d'un programme lié au GNR et qui l'amenait à soulever des questions juridictionnelles préliminaires, notamment sur sa compétence à inclure des coûts favorisant le développement de la production de GNR au Québec dans un tarif.

[106] Elle précisait que :

« [97] La demande d'Énergir visant l'établissement d'un TRG dans le présent dossier soulève donc plusieurs questions de nature juridique qui préoccupent la Régie. Ces dernières n'ont toutefois pas été entièrement examinées et la Régie n'a pas obtenu l'avis des participants sur l'ensemble d'entre elles, soit parce que certaines ont été identifiées ou soulevées à la suite de la rencontre préparatoire ou encore parce qu'en cours de délibéré la Régie a conclu que des commentaires additionnels d'Énergir et des autres participants lui seraient utiles quant à d'autres questions soulevées ou connues au moment de la rencontre préparatoire.

[98] En conséquence, la Régie demande aux participants de lui fournir un complément d'argumentation et de preuve concernant les questions suivantes :

a) Est-ce que la Régie a la compétence nécessaire en vertu de la Loi sur la Régie de l'énergie pour inclure des coûts dans un tarif aux fins de développer

⁷¹ Dossier R-4008-2017, décision [D-2019-031](#).

⁷² Dossier R-4008-2017, décision [D-2019-031](#), p. 12, par. 42.

la production de GNR au Québec? Et, si elle possède une telle compétence, est-il juste et raisonnable de l'exercer?

- b) Un TRG approuvé par la Régie utiliserait-il la position de monopole de distribution de manière à altérer les règles d'accès au libre marché du GNR au Québec?*
- c) Un TRG approuvé par la Régie pourrait-il être considéré comme fixant ou contrôlant le prix de la fourniture d'un produit non réglementé? »⁷³.*

[107] Entretemps, le *Règlement concernant la quantité de gaz naturel renouvelable devant être livrée par le distributeur*⁷⁴ (le Règlement) était publié dans la Gazette officielle du Québec du 4 avril 2019.

[108] Le Distributeur soumettait, à propos de sa capacité à convenir, avec des clients spécifiques, de la vente de GNR, notamment en l'absence d'un tarif de fourniture approuvé par la Régie⁷⁵ :

« Énergir a donc choisi de répondre à leurs demandes, sécurisant du même coup de précieux revenus de distribution, et ce, à l'avantage de l'ensemble de la clientèle.

Ainsi, comme le signalait la correspondance citée précédemment [note de bas de page omise], Énergir a convenu au cours des derniers mois de vendre du GNR aux clients GNR, selon les paramètres proposés dans le cadre du présent dossier. Chacune des ententes conclues avec les clients GNR contient une disposition indiquant que les factures émises avant la décision de la Régie dans le cadre du présent dossier seront ajustées, si requis, pour appliquer de manière rétroactive le prix du gaz naturel renouvelable approuvé par la Régie.

L'article 53 LRE a été invoqué lors de l'audience à huis clos du 8 mai et il a été suggéré que la conclusion des contrats avec les clients GNR ne le respectait pas. Cette disposition précise notamment qu'un « distributeur de gaz naturel ne peut convenir avec un consommateur ou exiger de celui-ci un tarif ou des conditions autres que ceux fixés par la Régie ou par le gouvernement. ». Énergir soumet qu'elle n'a pas contrevenu à cette disposition puisque les contrats conclus avec les clients GNR indiquent précisément que la décision à intervenir dans le présent dossier définira les droits des parties. Ainsi, le tarif qui sera ultimement exigé du

⁷³ Dossier R-4008-2017, décision [D-2019-031](#), p. 25 et 26.

⁷⁴ [RLRQ, c. R-6.01, r. 4.3.](#)

⁷⁵ Pièce [B-0068](#), p. 14.

client, au sens de l'article 53 LRÉ sera celui fixé par la Régie dans le cadre de la décision à intervenir dans le présent dossier. Le sort de ces ententes suivra celui de la proposition soumise à la Régie dans le présent dossier pour approbation et Énergir soumet qu'une telle dynamique devrait être jugée conforme à l'intention du législateur ».

[109] Tout en affirmant ne pas être légalement tenue d'obtenir une approbation de la Régie avant de contracter avec un producteur de GNR, sauf pour les exceptions visées par la Loi⁷⁶, Énergir annonçait son intention de soumettre l'ensemble des contrats d'achat de GNR à conclure, à la pièce et par demandes prioritaires, pour approbation de la Régie, jusqu'à l'approbation par cette dernière des caractéristiques de tels contrats d'approvisionnement en GNR.

[110] Le 7 juin 2019, Énergir déposait auprès de la Régie une demande prioritaire afin d'obtenir l'approbation des caractéristiques d'un contrat d'achat de GNR⁷⁷. Elle souhaitait que cette demande soit traitée prioritairement, puisque l'offre du producteur, qu'elle avait reçue le 6 juin 2019, était valide jusqu'à 16 h le 7 juin 2019, après quoi elle devenait caduque.

[111] Ce même jour, la Régie tenait une audience et approuvait, séance tenante, les caractéristiques du contrat d'approvisionnement en GNR soumis, sous réserve de trois conditions reproduites dans sa décision D-2019-070⁷⁸ :

« [30] [...] Il y aura création d'un compte de frais pour capter l'écart entre le coût d'achat prévu au contrat et celui fixé par la formule d'établissement prévue à la décision D-2015-107.

La détermination quant à la disposition de ce compte de frais sera faite au terme du présent dossier après avoir entendu la preuve au mérite.

En ce qui concerne la vente de gaz naturel renouvelable, avec ce contrat et les autres, à des clients du Distributeur, la Régie considère que cette vente doit se faire en fonction des tarifs déjà autorisés et applicables au moment de la vente ».

⁷⁶ Article 81 de la Loi : « Lorsqu'un distributeur de gaz naturel est approvisionné en gaz naturel par un fournisseur qui a un intérêt direct ou indirect dans son entreprise, il doit soumettre le contrat d'approvisionnement à l'approbation de la Régie. Il en est de même dans le cas où le distributeur de gaz naturel a un intérêt direct ou indirect dans l'entreprise du fournisseur ».

⁷⁷ Dossier R-4008-2017, pièce [B-0081](#).

⁷⁸ Dossier R-4008-2017, décision [D-2019-070](#), p. 12.

[nous soulignons]

[112] Dans la même décision, il est mentionné :

« [16] [...] 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.

[17] Énergir rappelle que, pour sa part, le même principe qui s'applique pour les approvisionnements en général devrait s'appliquer pour les approvisionnements en GNR. Elle considère qu'elle agit comme un bon fiduciaire pour minimiser l'impact sur sa clientèle et pour donner effet à une volonté des clients d'acheter une molécule qui est carboneutre. Le Contrat est une belle opportunité pour les clients et en lien avec son mandat.

[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 »⁷⁹.

[113] Énergir confirmait qu'elle retirait la conclusion de sa demande principale⁸⁰ visant l'approbation du TRG pour fixer le prix du GNR. Elle informait également la Régie qu'elle entendait déposer, en août 2019, une preuve portant sur une nouvelle stratégie d'achat du GNR permettant de sécuriser les volumes nécessaires à l'atteinte du premier seuil de 1 % prévu au Règlement, sans qu'il soit requis d'obtenir des approbations pour chacun des éventuels contrats d'achat de GNR.

⁷⁹ Dossier R-4008-2017, décision [D-2019-070](#), p. 9.

⁸⁰ Dossier R-4008-2017, pièce [B-0050](#).

4.1.2 ORDONNANCE DE SAUVEGARDE

[114] C'est dans ce contexte, dans l'attente d'une décision de la Régie sur sa compétence à intégrer les coûts du TRG dans le tarif de GNR et sur les autres questions préliminaires soulevées, et à la suite des conclusions précitées sur les tarifs admissibles à la vente de GNR, qu'Énergir déposait sa demande visant l'établissement d'un tarif de GNR d'application provisoire, laquelle a mené à la Décision. Plus spécifiquement, elle demandait à la Régie d'approuver l'utilisation du tarif GNR, tel que proposé dans sa preuve principale, comme moyen conservatoire. Le tarif, tel que présenté, comprenait le CFR qui capterait la différence entre le coût réel d'achat du GNR et les revenus générés par le Tarif GNR facturé à la clientèle, parmi ses composantes⁸¹.

[115] Subsidiairement, le Distributeur annonçait son intention de retirer de sa demande initiale la conclusion relative à l'approbation du TRG, alors qu'il envisageait d'amender sa preuve sur la détermination du prix du GNR.

[116] Énergir justifiait sa demande d'exception par l'inadéquation des tarifs en vigueur à la vente du GNR. Selon elle, le seul tarif de fourniture qui répondait à la condition énoncée par la Régie dans sa décision rendue séance tenante le 7 juin 2019, c'est-à-dire qu'il soit « *autorisé et applicable au moment de la vente* », était le tarif de fourniture en gaz de réseau qui ne permettait pas de refléter la valeur et les attributs particuliers du GNR qui, de ce fait, se transigeait à des prix supérieurs au prix du gaz de réseau⁸².

[117] Énergir soumettait qu'elle devait pouvoir vendre aux clients qui le désiraient le GNR qu'elle acquérait sur la base du Tarif GNR proposé, afin de concilier l'intérêt public, la protection des consommateurs et le traitement équitable du Distributeur, jusqu'à ce que la Régie se prononce sur le fond du dossier ou qu'elle en décide autrement. Elle demandait à la Régie d'adopter une telle mesure réglementaire provisoire dans l'intervalle.

[118] Énergir alléguait que, sans cette approche, la livraison de GNR au Québec pourrait être compromise, au détriment de la filière de GNR et, conséquemment, le respect des exigences prévues au Règlement le serait également, considérant que l'Écart accentuerait sensiblement le risque encouru tant par la clientèle que par Énergir.

⁸¹ Dossier R-4008-2017, pièce [B-0096](#), p. 35.

⁸² Dossier R-4008-2017, pièce [B-0092](#), p. 4 et 5.

[119] Énergir faisait valoir que certains de ses clients, reconnaissant la plus grande valeur du GNR, étaient prêts à payer volontairement un prix plus élevé que celui du gaz de réseau, ce qui permettait, par conséquent, de mitiger le risque précité.

[120] La Formation en révision constate que la proposition d'Énergir se voulait une solution interlocutoire, produisant ses effets uniquement au cours d'une période transitoire se terminant par la décision au mérite portant sur l'établissement du tarif de fourniture du GNR et la fixation du prix du GNR afférent. Cette solution avait pour but d'atténuer les risques de préjudice sérieux et sa finalité visait l'absence de conséquences irréremédiables.

[121] Elle constate également que la Décision s'inscrivait clairement dans le cadre d'une démarche d'ordonnance de sauvegarde visant l'établissement d'un Tarif GNR d'application provisoire, à titre de moyen conservatoire.

[122] Ainsi, elle note que la Première formation a d'abord constaté le contenu de la demande expresse d'Énergir visant à obtenir l'établissement d'un Tarif GNR provisoire et d'autres conclusions accessoires et qu'elle a ensuite clairement déterminé le cadre réglementaire applicable, conformément à son pouvoir discrétionnaire à rendre des ordonnances de sauvegarde⁸³.

[123] La Première formation a précisé que, dans l'exercice de sa discrétion et de cette faculté de moduler selon les circonstances, la Régie devait également assurer, notamment, un traitement équitable du Distributeur et la protection de ses clients conformément à l'article 5 de la Loi⁸⁴.

[124] La Formation en révision est d'avis que la formulation retenue pour exprimer l'exercice de la compétence tarifaire de la Régie dans la Décision démontre clairement que la Première formation a, notamment, agi dans la perspective de protéger la clientèle d'un potentiel choc tarifaire.

[125] Référant à une décision récente de la Régie⁸⁵, la Première formation a identifié les fondements de sa compétence tarifaire exclusive et a résumé le cadre applicable dans l'examen d'une demande de tarif provisoire. Elle a, par la suite, procédé à l'examen

⁸³ En vertu de l'article 34 de la Loi.

⁸⁴ Décision [D-2019-107](#), p. 28, par. 115.

⁸⁵ Dossier R-4045-2018, décision [D-2018-073](#), p. 8 à 10, par. 22 à 33.

prima facie des motifs allégués d'Énergir au soutien de l'établissement de ce tarif provisoire.

[126] La Formation en révision note que la Demande de révision vise spécifiquement des éléments traités à la section 5 de la Décision, notamment à la sous-section 5.1.2., et certaines conclusions du dispositif qui sont associées à ces éléments⁸⁶. Dans le cadre de son examen de la Décision, elle a porté une attention particulière à l'objet et à la portée de cette section.

4.1.2.1 Caractère opportun de la demande

[127] Dans son examen *prima facie* de la demande, la Première formation retenait que sans la fixation provisoire du Tarif GNR, Énergir et l'ensemble de ses clients désirant consommer du GNR subiraient un préjudice sérieux ou irréparable et qu'en l'absence d'un Tarif GNR d'application provisoire, le Distributeur ne serait pas en mesure de minimiser immédiatement les impacts financiers potentiels qui découlent de l'application du Règlement pour la clientèle ne désirant pas consommer volontairement du GNR.

[128] La Première formation reconnaissait d'emblée la pertinence qu'Énergir puisse facturer provisoirement un Tarif GNR aux clients qui désiraient consommer volontairement du GNR, afin d'éviter que se matérialisent les préjudices sérieux ou irréparables précités.

[129] La Première formation retenait qu'il n'existait aucun inconvénient pouvant découler d'une fixation provisoire du Tarif GNR. Reflétant la position d'Énergir, elle référait à l'arrêt *Bell Canada*⁸⁷ et indiquait que :

« [75] La balance des inconvénients penche nettement en faveur de la fixation provisoire d'un Tarif GNR. En fait, Énergir soumet qu'il n'existe aucun inconvénient pouvant découler d'une telle fixation provisoire, puisque la décision finale à intervenir pourra, le cas échéant, corriger rétroactivement ce tarif provisoire :

« [...] l'une des différences entre les ordonnances provisoires et définitives doit être que les décisions provisoires peuvent être révisées et modifiées rétroactivement dans une décision finale. Il relève de la

⁸⁶ Pièce [B-0056](#), p. 16.

⁸⁷ *Bell Canada c. CRTC*, [1989] 1 RCS 1722, p. 1752.

nature même des ordonnances provisoires que leur effet ainsi que toute divergence entre une ordonnance provisoire et une ordonnance définitive peuvent être révisées et corrigées dans l'ordonnance définitive » [note de bas de page omise] »⁸⁸.

[130] La Première formation soulignait également que la preuve avait démontré que la fixation provisoire d'un Tarif GNR n'entraînerait aucune conséquence irrémédiable sur un quelconque autre aspect du dossier soumis à son examen⁸⁹ et, qu'inversement, l'absence de fixation provisoire d'un tel tarif engendrerait plusieurs inconvénients, dont celui de freiner la desserte des clients qui désiraient consommer volontairement du GNR. En effet, le prix du gaz de réseau n'étant pas approprié, Énergir avait cessé de conclure de nouveaux contrats de vente de GNR, dans l'attente de l'établissement d'un tarif en permettant la vente.

[131] En cours d'audience, la Première formation s'est questionnée sur l'acceptabilité du principe de rétroactivité par l'autorisation d'un CFR en évaluant quelle clientèle assumerait les coûts reliés au GNR, soit la clientèle désirant en consommer ou la clientèle en général⁹⁰.

[132] Au terme de cet examen du bien-fondé apparent de la demande, la Première formation retenait que la demande satisfaisait les critères développés pour octroyer une telle ordonnance, notamment, que le risque de préjudices sérieux ou irréparables était suffisamment crédible pour favoriser l'établissement, par la Régie, d'un tarif de fourniture de GNR provisoire :

« [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, date de la Demande formulée par Énergir. En effet, dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires, 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 »⁹¹. [nous soulignons]

[133] La Première formation concluait sur la recevabilité du moyen conservatoire en rappelant explicitement que l'établissement provisoire d'un Tarif GNR ne pouvait être

⁸⁸ Décision [D-2019-107](#), p. 20, par. 75.

⁸⁹ Dossier R-4008-2017, pièce [B-0136](#), par. 27 et 28.

⁹⁰ Dossier R-4008-2017, pièce [A-0046](#), p. 204 à 207.

⁹¹ Décision [D-2019-107](#), p. 28, par. 113.

considéré comme une approbation, explicite ou implicite, ni du Tarif GNR dans sa version finale, ni des caractéristiques des contrats d’approvisionnement en GNR qu’Énergir avait conclus ou entendait conclure, ni d’autres éléments, tels que la fonctionnalisation à Dawn.

[134] La Formation en révision considère que la mise en garde de la Première formation visait deux buts. Le premier était de rappeler que, lorsque la Régie établit un tarif provisoire, elle dispose de la discrétion et du pouvoir nécessaire pour le confirmer, l’infirmier et le modifier dans la décision subséquente qui établirait sa version finale, ainsi que des outils réglementaires accessoires liés à ce tarif, comme un CFR afférent ou les Conditions de service qui en permettraient la mise en application provisoire.

[135] Le second but encadrait l’objet de la Décision, pour en clarifier la compréhension, en précisant que cette dernière ne devait pas être interprétée comme fournissant des motifs, au sens de l’article 18 de la Loi, sur le fond ou préjugant un des enjeux à être examinés au mérite, lors des étapes ultérieures du dossier.

4.1.2.2 Établissement du tarif provisoire

[136] Après avoir jugé du caractère opportun de procéder à l’établissement d’un Tarif GNR, la Première formation entreprenait, à la section 5 de la Décision, de faire l’examen *prima facie* du Tarif GNR proposé par Énergir. Elle procédait à cet examen dans l’état d’avancement du dossier tel que constitué, à la lumière des éléments de preuve administrés et des questions juridictionnelles en suspens, pour déterminer si les modalités du tarif proposé et la méthodologie de calcul du prix du GNR satisfaisaient les motifs qu’elle avait retenus pour rendre l’ordonnance de sauvegarde et établir un tarif provisoire, en attendant la décision au mérite⁹².

[137] Pour établir le Tarif GNR provisoire, la Première formation retenait l’objectif principal d’Énergir de récupérer le coût d’achat du GNR à travers le Tarif GNR. Elle constatait *a priori* que l’application de la méthodologie proposée par le Distributeur semblait diverger de cet objectif. Elle relevait des éléments de preuve qui laissaient entendre que le coût réel d’acquisition du GNR serait inférieur au coût projeté pour la période couvrant l’année 2017-2018 et l’année 2018-2019⁹³.

⁹² Décision [D-2019-107](#), p. 32 et suivantes, section 5.

⁹³ Décision [D-2019-107](#), p. 33 et suivantes.

[138] La Première formation observait également trois problèmes relatifs aux fondements réglementaires et aux pratiques liées aux prévisions d’approvisionnement utilisés par le Distributeur pour fixer le prix du GNR au moyen du tarif provisoire :

- les prévisions de coûts d’approvisionnement incluaient des contrats ou des caractéristiques de contrats non approuvés par la Régie;
- les mêmes prévisions n’incluaient pas certains coûts d’approvisionnement, malgré que les contrats sous-jacents aient été approuvés par la Régie ou qu’ils répondaient aux caractéristiques générales des contrats qu’elle avait approuvés;
- plusieurs des prix d’achat utilisés par Énergir pour établir le Tarif GNR provisoire, notamment pour les années 2018-2019 et 2019-2020, étaient basés sur le TRG.

[139] La Première formation concluait de ces constats que les choix méthodologiques effectués par Énergir pour calculer le Tarif GNR d’application provisoire ne permettaient pas d’atteindre 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. Souscrivant à cet objectif, elle élaborait sur les modifications méthodologiques liées au coût d’achat moyen et à l’écart de prix cumulatif qu’elle requérait pour l’approbation de l’établissement du Tarif GNR d’application provisoire comme moyen conservatoire⁹⁴.

[140] À ce stade de l’examen, la Formation en révision constate, à l’instar de la FCEI, que les aspects de la Décision portant sur la création du CFR et sur l’imposition du Seuil d’écart sont intrinsèquement liés et participent ensemble à la solution élaborée par la Première formation pour répondre à la demande de sauvegarde formulée par Énergir.

[141] À la lecture de la Décision, la Formation en révision est convaincue que le Tarif GNR provisoire, le CFR connexe et le seuil qui le qualifie constituent différentes composantes du même moyen conservatoire déployé par la Régie pendant son examen au mérite du dossier, dans l’attente de l’établissement du Tarif GNR final. De plus, elle considère que les deux éléments sont intrinsèquement liés et que la remise en question de l’un ou l’autre élément vaudrait aussi pour l’autre.

[142] En l’absence de vice qui entacherait la Décision, il n’appartiendrait pas à la Formation en révision de substituer sa propre solution à celle de la Première formation,

⁹⁴ Décision [D-2019-107](#), p. 35 à 39, sections 5.1, 5.1.1 et 5.1.2.

car elle ne bénéficie pas de la compréhension approfondie de la preuve déjà présentée et juge qu'il n'est pas opportun de s'écarter de l'esprit de la Décision en révision, sans bénéficier d'une telle connaissance fine du dossier sous examen.

[143] En conséquence, la Formation en révision juge que la Décision, incluant sa section 5, porte exclusivement sur l'ordonnance de sauvegarde rendue pour établir un Tarif GNR provisoire et les différentes composantes qui s'y rapportent.

[144] Les motifs de la Décision portent uniquement sur cet objet et servent à justifier, *prima facie*, la recevabilité de la demande d'ordonnance de sauvegarde et les caractéristiques retenues pour établir un tarif provisoire. Ainsi, ils visent à justifier l'octroi d'un moyen conservatoire adapté aux droits des participants concernés, pour une période se terminant à la publication d'une décision finale sur le tarif de fourniture du GNR, une fois l'examen au mérite du Tarif GNR proposé complété.

[145] Par la Décision, la Première formation a établi un tarif provisoire, bien qu'il soit différent de la proposition du Distributeur dans certaines modalités d'application, visant à répondre aux besoins exprimés par Énergir, soit de la prémunir contre les préjudices irréparables invoqués et de protéger les droits des participants, tout en ordonnant une mesure conservatoire qu'elle jugeait appropriée, dans le cadre réglementaire, pour établir la balance des inconvénients, notamment entre le Distributeur et ses clients.

[146] Ce faisant, les conclusions de la Première formation dans la Décision reflètent uniquement l'examen *prima facie* de la proposition d'Énergir, éclairé par l'administration partielle de certains éléments de preuve, des questions juridictionnelles soulevées et du jugement qu'elle a exercé pour remédier, de manière provisoire et transitoire, à la situation préjudiciable soumise par Énergir.

[147] La Formation en révision considère que la structure de la Décision reflète cette interprétation. En effet, malgré le fait que la Première formation formule des commentaires et des constats pour énumérer ses raisons d'établir le Tarif GNR provisoire retenu, ces derniers ne forment pas son opinion et ne constituent pas des motifs reflétant l'examen au fond des éléments de preuve portant sur la demande principale au dossier. En effet, l'administration de la preuve et son examen au mérite restent à faire lors de la poursuite du dossier et feront l'objet d'une décision subséquente de la Première formation.

[148] Il est d'ailleurs significatif que la Décision ne renferme qu'une seule section « Opinion de la Régie ». Cette section énonce les motifs de la Première formation pour approuver les modifications aux Conditions de service se rattachant au Tarif GNR provisoire, ce qui constitue la seule conclusion à portée finale et irrémédiable de la Décision, bien qu'elle soit limitée dans le temps à la période d'application du Tarif GNR provisoire.

[149] **La Formation en révision juge que seuls les motifs de la Première formation, basés sur l'examen au mérite de certains éléments de preuve administrés au dossier à l'égard desquels elle a énoncé des conclusions, portent sur l'adoption des Conditions de service modifiées et entraînent, comme effet final et irrémédiable, leur entrée en vigueur et l'utilisation du tarif de fourniture GNR d'application provisoire.**

4.2 DÉFAUT DE MOTIVER UNE DÉCISION

[150] Parmi les motifs invoqués dans la Demande de révision, la Formation en révision relève que certains traitent de l'obligation statutaire qui incombe à la Régie de motiver ses décisions et aux importants principes qui découlent de cette obligation.

[151] En référant aux principes de l'arrêt *Baker*, Énergir soumet qu'en présence d'une décision entachée de nullité absolue pour cause de motivation insuffisante, on doit donner ouverture au recours en révision, peu importe qu'elle soit rendue en cours d'instance ou que ses effets soient provisoires, puisque la décision serait manifestement nulle et illégale⁹⁵ :

« 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. [...] 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? Évidemment 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

⁹⁵ Pièce [A-0007](#), p. 12.

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 ».

[152] Le Distributeur infère de cette décision que l'obligation de motivation, telle que prévue à « [...] 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 »⁹⁶.

[153] La Formation en révision convient avec Énergir de l'importance, pour la Régie, de respecter l'obligation qui lui incombe de motiver ses décisions dans tous les cas⁹⁷. Elle considère, comme l'a correctement fait valoir Énergir, qu'une décision qui serait entachée de nullité absolue, qu'elle soit provisoire, interlocutoire ou partielle, ne devrait pas produire d'effets, puisqu'elle serait clairement nulle et illégale.

[154] Toutefois, elle rappelle que la jurisprudence reconnaît un large spectre au niveau de motivation requis en fonction du contexte et du type de décision. D'ailleurs, la jurisprudence ne sanctionne pas de la même façon l'absence et l'insuffisance de motifs. Les tribunaux assimilent généralement l'absence de motivation à un manquement aux principes d'équité procédurale qui, une fois avéré, frapperait la décision de nullité absolue⁹⁸.

[155] Dans le cas de l'insuffisance de motifs, la jurisprudence reconnaît plutôt qu'elle constitue un vice de fond, dont le réexamen viserait à rechercher le caractère raisonnable de la décision dans une approche globale et où la suffisance de la motivation serait analysée pour vérifier si elle rencontre le test de l'intelligibilité⁹⁹.

[156] Tel que souligné par la Régie dans sa décision D-2017-007¹⁰⁰, une décision à laquelle Énergir réfère d'ailleurs¹⁰¹ :

⁹⁶ Pièce [A-0007](#), p. 288.

⁹⁷ En vertu de l'article 18 de la Loi.

⁹⁸ *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

⁹⁹ *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, [2011] 3 R.C.S. 708; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 635; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, C.C. c. Québec (Procureur général), 2015 QCTAQ 12639.

¹⁰⁰ Dossier R-3985-2016, décision D-2017-007, p. 28 et 29.

¹⁰¹ Pièce [B-0057](#), p. 12.

« [119] Dans sa décision D-2006-144, la Régie s'exprime sur le test qui doit être appliqué pour déterminer si l'obligation de motiver est remplie ou non :

« 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 raisonnablement précis en faits et en droit, en plus d'être clairs et intelligibles » [note de bas de page omise]. Cette obligation de motiver doit cependant s'adapter à chaque cas d'espèce » [...].

[120] Également, dans sa décision D-2003-54, la Régie précisait la portée de l'obligation de motiver en ces termes :

« L'obligation de motiver n'impose pas à la Régie de répondre à chacun des arguments de l'intervenant, mais bien d'exprimer les considérations essentielles sur lesquelles la décision se fonde. Les motifs doivent traiter du critère d'utilité prévu par la Loi et il n'est pas nécessaire de commenter et de répéter tous et chacun des arguments avancés par les avocats [note de bas de page omise] » [...].

[121] Ainsi, il n'est pas nécessaire que la Régie se prononce sur chaque argument qui lui est présenté. Elle doit cependant s'exprimer intelligemment, de façon à permettre aux participants de comprendre le processus décisionnel qu'elle a suivi pour en arriver aux résultats de sa décision.

[122] Enfin, même dans le cas où la décision n'est pas suffisamment motivée, l'erreur doit être suffisamment déterminante pour avoir un impact sur l'issue du litige ». [les notes de bas de page ont été omises]

[nous soulignons]

[157] Le type de motifs et le niveau de motivation devraient être adaptés à la nature d'une décision et à l'objet qu'elle vise. Dans le cadre d'un recours en révision, l'identification de l'objet de la décision contestée revêt toute son importance afin que l'examen de la formation en révision puisse circonscrire sur quoi devait porter les motifs de la Régie et les critères appropriés d'une motivation suffisante, intelligible et claire.

[158] Ayant établi précédemment¹⁰² que l'unique objet de la Décision était de rendre l'ordonnance de sauvegarde demandée, en l'occurrence d'établir un tarif provisoire de façon conservatoire, pour la durée de l'examen de la demande principale, **la Formation en révision juge que les défauts de motivation allégués doivent être circonscrits à cet objet et examinés dans ce contexte.**

[159] **En conséquence, elle considère que les motifs de la Première formation portent exclusivement sur l'examen *prima facie* de la demande d'Énergir, soutenus par certains des éléments de preuve préliminaires, tels que constitués. Ils traitent de la recevabilité de cette demande d'ordonnance et justifient l'établissement d'un tel moyen conservatoire.**

[160] Pour cette raison, l'examen des motifs de révision allégués par Énergir portant sur l'absence ou l'insuffisance de motivation de la Décision sera limité, advenant que la Demande de révision soit jugée recevable, à vérifier si la Première formation a satisfait son obligation de motiver suffisamment les éléments de recevabilité de l'ordonnance de sauvegarde et de l'examen *prima facie* des éléments de preuve subséquents pour établir le tarif provisoire.

[161] Par ailleurs, l'examen au mérite de la preuve restant à faire, la Formation en révision juge qu'il est cohérent que les propos tenus par la Première formation ne puissent recevoir une interprétation qui en ferait des motifs intelligibles et explicites traitant au fond des questions soumises à son examen. Il aurait été inapproprié que la Première formation se permette de préjuger du mérite de la preuve et d'en disposer en rendant un jugement sans entendre les participants.

4.3 RECEVABILITÉ DE LA DEMANDE DE RÉVISION

[162] Considérant la nature conservatoire de la Décision, qui accorde un tarif provisoire par l'entremise d'une ordonnance de sauvegarde, et les caractéristiques réglementaires inhérentes du tarif provisoire, la Formation en révision a soulevé d'emblée la question de la recevabilité de la Demande de révision.

¹⁰² Voir la section 4.1.2.2 de la présente décision.

[163] Notamment, elle s'est interrogée sur l'effet d'une décision interlocutoire et provisoire sur l'ouverture du recours en révision, en vertu de l'article 37 de la Loi, notamment en ce qui a trait au caractère final et irrémédiable des effets d'une telle décision¹⁰³.

[164] Énergir a repris les trois axes de motifs de révision qu'elle invoque à l'égard des éléments de la Décision qu'elle conteste et qui vicient les différentes Conclusions visées par la Demande de révision¹⁰⁴ :

« Bien, je dirais, Monsieur... excellente question et je vous répondrais comme ceci. Je résumerais peut-être la question et la référence au paragraphe 34, au fait que cette décision était de nature provisoire, donc que c'était une demande dont la nature était provisoire.

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

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

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

[165] Ainsi, pour évaluer la recevabilité du présent recours en révision, Énergir soutient, dans l'appréciation des effets définitifs de la Décision, que celle-ci comporte une finalité à l'égard de certains des vices qui sont allégués, et affirme :

« [qu'] il y a de certains types de vices, lorsqu'ils touchent à l'exercice fondamental de la compétence d'un tribunal, comme par exemple la règle d'audi

¹⁰³ Pièce [A-0006](#), p. 71.

¹⁰⁴ Pièce [A-0006](#), p. 72.

alteram partem, ne souffrent pas d'exception et une décision interlocutoire peut être révisée [...] parce que le préjudice est immédiat et irrémédiable. Elle est finale, nous n'avons pas été entendus »¹⁰⁵. [nous soulignons]

[166] À l'instar des propos tenus par Énergir, la Formation en révision considère que le caractère interlocutoire ou provisoire qualifiant une décision est un élément décisionnel subsidiaire, mais que la recevabilité d'une demande de révision dépendra plutôt des effets juridiques que produira la décision.

4.3.1 LE RECOURS EN RÉVISION PRÉVU PAR LA LOI

[167] Au soutien de sa position, Énergir soumet que l'article 37 de la Loi prévoit que la Régie peut réviser et révoquer « *toute décision* »¹⁰⁶. Elle fait valoir que le qualificatif attribué à une décision n'empêche pas l'ouverture d'un recours en révision. Selon elle, si c'est une décision, elle est révisable pour autant qu'elle satisfasse les critères de la Loi.

[168] Énergir soumet qu'un excès de compétence ou une erreur de droit ne peut se justifier au motif que les effets qui en découlent sont temporaires. Le manquement aux principes d'équité procédurale ou le défaut de la Régie de s'acquitter de son obligation de motiver ses décisions ne souffre pas d'exception qui serait liée au caractère interlocutoire ou provisoire de la décision.

[169] Selon Énergir, des considérations d'ordre public justifient le respect des obligations imposées à la Régie par la Loi dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, à l'égard de l'obligation de motiver une décision, le caractère provisoire, interlocutoire, final ou définitif d'une décision ne change en rien le fait que l'article 18 de la Loi prévoit le respect de cette exigence.

[170] Bien qu'une bonne part des débats ait accordé une importance particulière au caractère interlocutoire ou provisoire de la Décision, la Formation en révision rappelle que la qualification d'une décision, bien qu'elle soit utile pour établir la chronologie procédurale d'un dossier, n'a que peu d'impact dans l'examen de la recevabilité d'une demande de révision.

¹⁰⁵ Pièce [A-0006](#), p. 79.

¹⁰⁶ Pièce [A-0007](#), p. 6.

[171] Tel qu'élaboré en détails par Énergir, différents types de décision de la Régie, rendues à divers moments en cours d'instance, peuvent être entachées de différents vices de fond ou de procédure ou frappées de nullité absolue pour une variété de motifs. La recevabilité du recours en révision pour cause, sous l'égide de l'article 37 de la Loi, doit être évaluée « *en fonction de son objet et en fonction de ses effets juridiques et du contexte qui a été rendu* »¹⁰⁷.

[172] **La Formation en révision est d'avis que, lorsqu'elle exerce son pouvoir de révision, tel qu'expressément prévu à la Loi, elle juge de la recevabilité de la demande de révision à l'égard des motifs et conclusions de la Régie qui emportent des effets juridiques exécutoires et irrémédiables, leur conférant un caractère définitif.**

4.3.2 LES POUVOIRS IMPLICITES DE RÉVISION

[173] Par ailleurs, en réponse à des questions de la Formation en révision à l'égard de l'incompatibilité apparente entre l'objet de la Décision, qui accorde une ordonnance de sauvegarde, et l'ouverture à un recours en révision tel que prévu par la Loi, qui requiert que les effets juridiques de la Décision aient un certain caractère définitif, Énergir soumet qu'il s'agit d'une question de compétence.

[174] Énergir réfère la Régie aux origines dichotomiques du pouvoir de révision d'un tribunal administratif, à savoir le pouvoir « *expressément reconnu* » et le pouvoir « *implicite* » de révision¹⁰⁸ :

« *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*

¹⁰⁷ Pièce [A-0007](#), p. 17.

¹⁰⁸ Pièce [A-0007](#), p. 17 et 18.

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 ». [nous soulignons]

[175] L'application du principe du dessaisissement ou de *functus officio* en droit commun consacre le caractère irrévocable du jugement, qui ne peut être modifié qu'en cas d'erreur d'écriture ou s'il ne rend pas compte, dans son expression, de ce qui a été décidé. Appliqué aux tribunaux administratifs, le principe veut que leurs décisions ne puissent être modifiées, à moins que le législateur ne l'ait prévu expressément dans leur loi habilitante.

[176] Les dispositions prévoyant que les décisions sont finales ou « *sans appel* »¹⁰⁹ consacrent ce principe en retirant au tribunal la compétence de rendre une seconde décision sur le même objet. Ainsi, ce principe fera en sorte que lorsqu'une formation aura rendu une décision à l'égard d'une question soumise à son attention dans le cadre du traitement d'une demande, elle en sera dessaisie et ne pourra normalement la réexaminer.

[177] La révision implicitement autorisée provient d'une exception dans l'application du principe de *functus officio* aux tribunaux administratifs, que la Cour suprême a retenu dans l'arrêt *Chandler*¹¹⁰ :

« En règle générale, lorsqu'un tribunal administratif a statué définitivement sur une question dont il est saisi conformément à sa loi habilitante, il ne peut revenir sur sa décision simplement parce qu'il a changé d'avis, parce qu'il a commis une erreur dans le cadre de sa compétence, ou parce que les circonstances ont changé. Il ne peut le faire que si la loi le lui permet ou si un lapsus a été commis en rédigeant la décision ou s'il y a eu une erreur dans l'expression de l'intention manifeste du tribunal.

Le principe du functus officio s'applique dans cette mesure. Cependant, il se fonde sur un motif de principe qui favorise le caractère définitif des procédures plutôt que sur la règle énoncée relativement aux jugements officiels d'une cour de

¹⁰⁹ Article 40 de la Loi.

¹¹⁰ *Chandler c. Alberta Ass. of Architects*, [1989] 2 R.C.S., 848, p. 861 et 862.

justice dont la décision peut faire l'objet d'un appel en bonne et due forme. C'est pourquoi j'estime que son application doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décisions rendues par des tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel que sur une question de droit. Il est possible que des procédures administratives doivent être réouvertes, dans l'intérêt de la justice, afin d'offrir un redressement qu'il aurait par ailleurs été possible d'obtenir par voie d'appel ».

[nous soulignons]

[178] L'arrêt *Chandler*, en se penchant sur la question du principe de *functus officio*, reconnaît au tribunal administratif des causes fondant une compétence de révision implicite, qu'elle soit relative au fond ou à la procédure, lorsqu'il est dessaisi de la question ayant fait l'objet de la décision.

[179] Suivant l'arrêt *Chandler*, un tribunal serait autorisé à réviser une décision qui est nulle de nullité absolue, soit parce qu'il aurait commis un excès de juridiction, un déni de justice naturelle ou aurait rendu sa décision sur la base de fausses représentations. Si la décision est nulle de nullité absolue, la Régie pourrait entendre une contestation, même si le législateur a expressément prévu les cas spécifiques où la révision est recevable.

[180] La nullité d'une décision emporte des conséquences juridiques dont, notamment, que la décision nulle est nécessairement une décision qui produit des effets définitifs et irrémédiables, puisque la formation qui l'a rendue est dessaisie de la question. Également, la décision nulle étant réputée n'avoir jamais existée, la compétence implicite de révision vient empêcher que les effets illégaux puissent se produire.

[181] Toutefois, la Formation en révision remarque qu'Énergir semble appuyer sa position à l'égard des pouvoirs implicites de révision sur des principes distincts de ceux qu'elle soumet quant à l'ouverture de l'exercice de la compétence de révision de la Régie expressément prévue par la Loi.

[182] En effet, Énergir affirme que les pouvoirs implicites de révision de la Régie peuvent s'exercer à l'encontre de toutes décisions rendues, dont les décisions interlocutoires, pour peu qu'elles soient frappées de nullité absolue¹¹¹ :

¹¹¹ Pièce [A-0007](#), p. 23 et 24.

« 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. [...]

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 ».

[nous soulignons]

[183] Selon Énergir, la doctrine établit spécifiquement que la compétence implicite de révision d'un tribunal administratif peut s'appliquer à l'égard d'une décision interlocutoire. Pour appuyer sa position, elle réfère aux propos du professeur Garant¹¹² :

« [...] Cependant la Cour suprême en 1989 dans l'arrêt Chandler a ajouté que ce principe, dans son application, « doit être plus souple et moins formaliste dans le cas de décision rendue par les tribunaux administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un appel sur une question de droit.²⁷⁶

La révision est évidemment toujours possible lorsque la décision initiale n'est pas définitive ou n'a qu'un caractère provisoire²⁷⁷. 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 »²⁷⁸.

[...]

²⁷⁶. *Chandler c. Alberta Ass. Of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848, 861, [...].

²⁷⁷. *Bell Canada c. Canada (C.R.T.C.)*, [1989] 1 R.C.S. 1722, [...].

²⁷⁸. *Ibid.*, p. 1756 ».

[nous soulignons]

¹¹² P. Garant, *Droit administratif*, 7^e éd., Éd. Yvon Blais, Montréal, p. 549 in fine, pièce [B-0053](#), p. 4.

[184] La position défendue par d'Énergir sur les pouvoirs implicites de révision comporte une portée très large. La Formation en révision ne peut convenir avec Énergir qu'un pouvoir implicite de révision, conditionnel à la nullité absolue d'une décision, puisse être étendu à l'égard de toute décision.

[185] Il lui apparaît clair que la doctrine de la compétence implicite en matière de révision permet, dans les cas où la décision est frappée de nullité, d'ajouter des causes de révision à celles explicitement prévues dans le recours conféré par la Loi, ou d'attribuer une certaine compétence de révision lorsque la Loi ne le prévoit pas. Cela implique toutefois que les nouvelles causes découlant du pouvoir implicite s'inscrivent dans l'esprit du pouvoir explicite de révision conféré par la Loi. En effet, le pouvoir implicite ne doit pas être compris comme créant de toutes pièces une compétence de révision dérogeant au cadre du pouvoir de révision explicite prévu à la Loi.

[186] Ainsi, la Régie est sensible aux propos du ROEÉ, qui a soutenu cet argument en ces termes¹¹³ :

« 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 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 ».

[187] La Formation en révision remarque que le professeur Garant s'est exprimé en ce sens en conclusion du chapitre sur l'auto-révision exercée par les tribunaux administratifs et reprend à son compte un passage où le professeur Garant juge opportun de rappeler que tout pouvoir de révision, qu'il soit implicite ou expressément prévu, doit s'exercer dans un cadre qui respecte la loi attributive de compétence :

¹¹³ Pièce [A-0007](#), p. 183.

« À notre avis, puisqu'il s'agit d'une juridiction statutaire, la loi seule doit nous servir de guide. Or, le tribunal en auto-révision, doit se demander, premièrement, s'il est en présence d'un vice de procédure c'est-à-dire d'une irrégularité procédurale, ou d'un vice de fond c'est-à-dire d'une erreur de droit ou de fait ou mixte. Deuxièmement, il doit se demander si ces vices sont d'une gravité telle qu'ils atteignent la validité même de la décision. La loi ne parle pas de vices manifestes ou de vices de compétence. On devrait éviter d'importer devant le tribunal administratif des concepts provenant de la surveillance judiciaire exercée par les cours supérieures en vertu de la Constitution, concepts inspirés des principes de retenue judiciaire et de séparation des pouvoirs »¹¹⁴.

[188] Énergir ne peut plaider que la compétence implicite en révision, telle qu'établie dans l'arrêt *Chandler*, peut s'exercer dans les cas de nullité d'une décision et que cette compétence implicite de la Régie peut s'exercer à l'égard de toute décision.

[189] En audience, la Formation en révision a noté la position exprimée par SÉ-AQLPA-GIRAM, qui conclut sur les motifs à retenir de l'arrêt *Chandler* :

« 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 [si] 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? »¹¹⁵. [nous soulignons]

[190] La Formation en révision juge que cette position de SÉ-AQLPA-GIRAM expose clairement le fondement de l'enjeu lié à la recevabilité de la Demande de révision dont elle est saisie. Ainsi, l'arrêt *Chandler* consacre l'existence d'une compétence implicite de révision du tribunal administratif qui origine des effets juridiques engendrés par la décision rendue, plutôt que le qualificatif qui lui est donné ou le moment où elle intervient dans l'instance.

[191] Elle juge que sa compétence implicite de révision s'exerce uniquement à l'encontre de décisions nulles et que cette nullité est nécessairement liée aux effets juridiques immédiats et irrémédiables produits par la décision sur une quelconque question en l'instance.

¹¹⁴ P. Garant, *Droit administratif*, 7^e éd., Éd. Yvon Blais, Montréal, p. 555.

¹¹⁵ Pièce [A-0007](#), p. 129.

[192] La Formation en révision considère que les motifs de l'arrêt *Chandler* s'attachent au caractère de nullité absolue qui peut frapper une décision et qui constitue l'effet principal des causes de la compétence implicite. Inévitablement, pour qu'une décision soit considérée comme nulle de nullité absolue, elle doit produire certains effets définitifs, immédiats et irrémédiables et que la formation qui a rendu la décision soit dessaisie à l'égard de cet aspect de l'instance.

[193] La Formation en révision est donc d'avis que, dans l'arrêt *Chandler*, la Cour s'est exprimée sur les pouvoirs implicites d'un tribunal administratif pour réviser une décision frappée de nullité absolue, lorsque que la formation qui l'a rendue est *functus officio* et ne peut plus s'exprimer sur la question contestée.

[194] Par ailleurs, la Formation en révision remarque que le passage souligné dans l'extrait précité du volume du professeur Garant soumis par Énergir¹¹⁶, dont la lecture isolée peut erronément laisser croire qu'il est lié à l'arrêt *Chandler*, réfère plutôt à une autre décision de la Cour suprême rendue quelques mois plus tôt en 1989, soit l'arrêt *Bell Canada*¹¹⁷, dans laquelle cette cour s'exprimait également sur des pouvoirs implicites de révision d'un tribunal administratif, mais dans un contexte très différent.

[195] La Régie est d'ailleurs très familière avec l'arrêt *Bell Canada*, sur lequel elle s'est fondée dans le passé pour examiner l'exercice du pouvoir positif d'approbation tarifaire dont elle dispose dans le cadre réglementaire établi par sa loi constitutive, sur l'impact de ce dernier à l'égard du principe de non-rétroactivité tarifaire et auquel elle réfère régulièrement pour se prononcer sur les caractéristiques d'un tarif provisoire, sur sa fonction, son utilité et ses avantages pour un régulateur.

[196] Attribuable au juge Gonthier, qui a rendu la version française du jugement dans l'arrêt *Bell Canada*, les propos auxquels réfère le professeur Garant visent plutôt la possibilité qu'une formation ayant rendu une ordonnance tarifaire provisoire, ait la compétence de la réviser, avec portée rétroactive, dans le cadre d'une décision subséquente portant sur le tarif final et disposant de la preuve au mérite, tel qu'il appert du passage suivant de cet arrêt¹¹⁸ :

¹¹⁶ P. Garant, *Droit administratif*, 7^e éd., Éd. Yvon Blais, Montréal, p. 549, pièce [B-0053](#).

¹¹⁷ *Bell Canada c. Canada (C.R.T.C.)*, [1989] 1 R.C.S. 1722.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 1754.

« L'examen de la nature des ordonnances provisoires et des circonstances dans lesquelles elles sont accordées explique et justifie davantage pourquoi elles peuvent, contrairement aux décisions finales, être révisées rétroactivement et faire l'objet d'une ordonnance de redressement. L'appelant peut rendre toute une gamme d'ordonnances provisoires concernant les audiences, les avis et, généralement, les questions relatives à l'administration des procédures devant lui. De toute évidence, ces ordonnances ont un caractère provisoire. Toutefois, cela est moins évident lorsque l'ordonnance provisoire porte sur une question qui doit être traitée dans la décision finale, comme dans le cas de la majoration tarifaire provisoire ordonnée dans la décision 84-28. Si les majorations tarifaires provisoires étaient accordées selon les mêmes critères que ceux qui sont appliqués dans la décision finale, la décision provisoire constituerait une décision préliminaire sur le fond en ce qui concerne la majoration tarifaire. Là n'est cependant pas l'objet des ordonnances tarifaires provisoires.

Traditionnellement, les ordonnances tarifaires provisoires qui traitent de manière interlocutoire de questions devant faire l'objet d'une décision finale sont accordées pour éviter que le requérant ne subisse les effets néfastes de la longueur des procédures. Ces décisions sont prises rapidement à partir d'éléments de preuve qui seraient souvent insuffisants pour rendre une décision finale. Le fait qu'une ordonnance ne porte pas sur le fond d'une question devant être traitée dans une décision finale et le fait qu'elle ait pour objet d'accorder un redressement temporaire contre les effets néfastes de la longueur des procédures constituent des caractéristiques fondamentales d'une ordonnance tarifaire provisoire ».

[197] Ainsi, la Formation en révision constate que, suivant l'arrêt *Bell Canada*, dans l'exercice de l'éventail des pouvoirs implicites qui découlent de sa compétence tarifaire exclusive, la Régie possède le pouvoir de rendre des ordonnances de sauvegarde et d'établir des tarifs provisoires comme mesure conservatoire. Ce pouvoir tarifaire s'accompagne également d'un pouvoir implicite de revisiter les composantes de ce tarif provisoire dans la décision finale, laquelle disposera de la preuve au mérite.

[198] Elle considère par ailleurs que la compétence implicite de révision, au sens de l'arrêt *Chandler*, ne s'applique pas dans le contexte de la Décision et n'est pas appropriée pour recevoir la Demande de révision.

[199] Ainsi, elle est d'avis que la doctrine des pouvoirs implicites de révision des tribunaux administratifs liés au principe du *functus officio* ne permet pas de fonder la

recevabilité d'un recours en révision sans avoir recours à la démonstration de l'existence d'effets juridiques irréversibles et définitifs de la décision attaquée.

[200] Selon la Formation en révision, la distinction entre les deux arrêts porte sur la conséquence de l'exercice du pouvoir implicite de révision pour la formation qui a rendu la décision. Alors que l'arrêt *Chandler* prévaut dans le cas où elle s'est acquittée de son mandat, dans le cas visé par l'arrêt *Bell Canada* et qui prévaut en l'instance, elle demeure saisie de l'examen au mérite de la demande principale.

[201] En ordonnant un tarif provisoire, la formation saisie d'examiner la preuve au mérite visant l'établissement du tarif dans sa version finale recourt à un moyen réglementaire à sa disposition et conserve la compétence pour revoir le tarif d'application provisoire, à la lumière de la preuve, dans l'exercice d'un pouvoir tarifaire accessoire implicite.

[202] Il relève de l'expression la plus fondamentale de la compétence tarifaire discrétionnaire de la Régie de pouvoir compléter l'objet du mandat qui lui a été dévolu en administrant le dossier, à l'aide de tous les moyens réglementaires dont elle dispose et qu'elle a mis en place pour exercer cette compétence.

[203] La capacité de compléter l'examen au mérite du dossier et d'établir le tarif dans sa version finale par une décision au fond constitue l'apanage de la compétence tarifaire discrétionnaire de la Régie et l'exercice de révision implicite au sens de l'arrêt *Bell Canada* est le privilège de la formation chargée d'exercer cette compétence tarifaire.

[204] Lorsqu'Énergir plaide qu'elle n'a pas bénéficié d'une audition équitable et fait valoir que le renvoi de la question à la Première formation n'est pas un remède approprié, elle semble faire abstraction du contexte qui prévaut, alors que la Première formation n'a pas encore complété l'examen au mérite de la preuve et n'a pas rendu de décision définitive.

[205] La Régie est d'avis qu'il est essentiel que les participants utilisent le bon véhicule procédural afin de ne pas alourdir ni retarder l'examen des dossiers.

[206] En conséquence, la Formation en révision juge que la Première formation, qui exerce la compétence tarifaire de la Régie au dossier R-4008-2017 et qui procède à l'examen au fond de la demande visant l'établissement du Tarif GNR, demeure

saisie pour entendre les représentations des participants sur les préjudices qui pourraient découler du tarif établi provisoirement. Au demeurant, elle possède la compétence nécessaire pour y remédier, le cas échéant.

[207] La Formation en révision conclut qu'en l'absence d'effets juridiques persistants à caractère définitif, exécutoires et irrémédiable, la Décision n'est ni frappée de nullité absolue, ni entachée d'un vice de fond susceptible de l'invalidier. Aucune cause de nullité absolue de la Décision ne peut donner ouverture à un recours fondé sur son pouvoir implicite ou expressément prévu de révision.

[208] En effet, une conclusion qui ne produit pas d'effets définitifs ne doit pas être susceptible d'être révisée tant qu'elle n'a pas acquis ce caractère définitif et exécutoire. Que ce soit parce qu'elle en est empêchée par un effet suspensif ou parce qu'elle demeure soumise au pouvoir discrétionnaire de la formation qui l'a rendue de la confirmer, la renverser ou la modifier rétroactivement jusqu'au moment de sa première énonciation dans une décision finale postérieure, il importe qu'elle acquière le caractère exécutoire et définitif au préalable.

[209] La Formation en révision a déjà conclu, lors de l'examen de l'objet de la Décision, que les seuls motifs entraînant des effets juridiques finaux, exécutoires et irrémédiables de cette dernière portaient sur l'adoption des Conditions de service modifiées, lesquelles ne sont pas visées par la Demande de révision.

[210] Tel que mentionné précédemment¹¹⁹, la Formation en révision rappelle qu'Énergir a d'ailleurs soutenu devant la Première formation qu'aucun inconvénient ne peut découler de la fixation provisoire du Tarif GNR et qu'elle n'entraînerait aucune conséquence irrémédiable sur un autre aspect soumis à l'examen de la Régie dans le dossier R-4008-2017. Elle remarque qu'Énergir a également reconnu que la décision finale à intervenir pourrait, le cas échéant, corriger rétroactivement ce tarif provisoire.

[211] Considérant ce qui précède, la Formation en révision juge que la Demande de révision est irrecevable.

¹¹⁹ Voir la section 4.1.2.1 de la présente décision.

5. OPINION DISSIDENTE DE LA RÉGISSEUR ESTHER FALARDEAU

[212] J'ai lu avec attention l'opinion de mes collègues Turgeon et Émond et, avec égard pour l'opinion contraire, je ne partage pas leur conclusion sur la recevabilité de la Demande de révision.

[213] En effet, je juge qu'en ne donnant pas l'opportunité à Énergir et aux autres participants d'administrer une preuve et de présenter leurs observations sur l'imposition d'un seuil qui limite les coûts pouvant être comptabilisés dans le CFR, la Première formation a commis un accroc à l'équité procédurale donnant ouverture à la révision.

[214] Avec respect pour l'opinion contraire, j'estime que lorsque la Régie s'écarte de façon marquée de la demande d'une entreprise assujettie à son pouvoir réglementaire et que cet écart présente le potentiel de causer un préjudice immédiat et non entièrement remédiable pour le Distributeur et/ou sa clientèle, la décision interlocutoire présente alors un caractère final. Le fait de ne pas entendre les parties sur l'ajout envisagé constitue une erreur qui donne ouverture à un recours en révision en vertu de l'article 37 de la Loi.

[215] Dans le cas présent, je suis d'avis que l'ajout d'une limite d'écart de 20 % entre le prix d'achat du GNR par Énergir et le tarif qu'elle charge à ses clients pour ce GNR, aux fins de la comptabilisation du CFR, constituait un écart important par rapport à la demande et présentait un potentiel de causer un préjudice au Distributeur et à sa clientèle qui pourrait ne pas être entièrement remédiable par la décision finale. En effet, je partage l'avis du Distributeur à l'effet que l'ajout d'une limite de 20 % s'apparente à l'établissement d'un prix maximum pour l'achat du GNR et je suis d'avis qu'un tel ajout présentait le potentiel d'avoir des effets finaux, en termes d'opportunités d'affaires perdues ou de manques à gagner, qui pourraient ne pas être entièrement remédiables par la décision finale. Le fait de ne pas avoir entendu les parties sur cette limite de 20 % imposée par la Régie constitue, à mon avis, un manquement aux règles d'équité procédurale.

[216] Pour les motifs détaillés ci-dessous, je donnerais ouverture aux motifs 4 et 5 de la Demande de révision.

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

[217] Au paragraphe 160 de la Décision, la Première formation impose un Seuil d'écart comme suit :

« [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 [note de bas de page omise] »¹²⁰.

[218] La possibilité qu'un Seuil d'écart soit imposé aux fins de la comptabilisation des coûts dans le CFR n'a jamais été débattue durant l'audience tenue les 16 et 17 juillet 2019 devant la Première formation. Énergir fait valoir, dans sa Demande de révision, que ce sujet n'a pas été traité dans sa preuve documentaire, ni dans celle des intervenants, et n'a fait l'objet d'aucune demande de renseignements, d'aucun interrogatoire ou commentaire de la Première formation. Conséquemment, Énergir ignorait et ne pouvait raisonnablement prévoir que l'imposition du Seuil d'écart constituait une solution envisagée par la Première formation :

« La question du seuil d'écart, Énergir en a été informée pour la première fois en lisant le jugement. Ça n'a jamais été débattu, ça n'a jamais fait l'objet d'un débat quel qu'il soit devant la première formation. Que ce soit quant à l'existence d'un seuil d'écart, que ce soit quant au vingt pour cent (20 %) par opposition à trente pour cent (30 %), quinze pour cent (15 %), vingt-cinq pour cent (25 %), cinquante pour cent (50 %), aucun débat en première formation »¹²¹.

[219] Énergir estime ne pas avoir été entendue en pleine connaissance de cause et avoir été privée de son droit à une audition équitable, notamment pour contester l'imposition du Seuil d'écart et, au besoin, présenter des éléments de preuve et une argumentation en droit.

[220] Je suis d'avis que lorsqu'un participant invoque et démontre qu'il n'a pas été entendu sur un enjeu dont l'issue affecte ses droits, il doit y avoir ouverture à la révision.

¹²⁰ Décision [D-2019-107](#), p. 39.

¹²¹ Pièce [A-0006](#), p. 105.

Dans une récente décision¹²² que je cosignais, la Régie s'est exprimée ainsi sur cette question :

« [21] *Le deuxième paragraphe de l'article 37 (1) de la Loi donne ouverture à la révision en cas de manquement au droit d'être entendu, un droit protégé par l'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne :*

« 23. *Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations [...]* ».

[22] Un manquement au droit d'être entendu est fatal, entache irrémédiablement une décision et donne, à lui seul, ouverture à la révision. Comme le souligne la Cour suprême du Canada dans Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent : « la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide ». Dans le même sens, la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt Ménard c. Gardner, 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* ».

[23] Dans l'arrêt Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), la Cour suprême du Canada énonce les valeurs à l'origine de l'équité procédurale :

« 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*

¹²² Dossiers R-4073-2018 et R-4074-2018, décision [D-2020-052](#), p. 11 à 14, par. 21 à 27.

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 ».

[24] Dans l'arrêt *Therrien (Re)*, la Cour suprême du Canada énonce comme suit les facteurs de l'arrêt *Baker* permettant de guider un organisme pour déterminer les exigences de l'équité procédurale dans un contexte donné :

« [...] la jurisprudence reconnaît plusieurs facteurs pour déterminer les exigences de l'équité procédurale dans un contexte donné. Sans en dresser une liste exhaustive, elle mentionne : (1) la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir; (2) la nature du régime législatif et les termes de la loi en vertu de laquelle l'organisme en question agit; (3) l'importance de la décision pour les personnes visées; (4) les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision; et (5) le respect des choix de procédure que l'organisme administratif a lui-même faits, particulièrement quand la loi lui en confie le soin [...] ». [...]

[25] Selon le professeur Lemieux, « [l'] impact de la décision à rendre sur les droits ou privilèges de l'administré est un facteur des plus importants ».

[26] Quant aux exigences de l'équité procédurale à l'égard d'une décision à portée générale, elles requièrent un niveau de protection inférieur à celui d'une décision à portée individuelle. Les auteurs Issalys et Lemieux distinguent ces deux types de décisions comme suit :

« L'acte administratif unilatéral pourra être à portée générale ou individuelle. L'acte à portée générale est celui qui détermine les droits et obligations d'une catégorie de personnes déterminées ou déterminables de manière générale et impersonnelle. Cet acte doit toujours être susceptible d'application générale même s'il pourra survenir que, dans une situation donnée, une seule personne se trouve dans la catégorie visée par l'acte à portée générale. L'acte à portée individuelle est celui qui détermine les droits et obligations de personnes juridiques visées de manière spécifique et individuelle, sans affecter les tiers.

Un règlement sur le camionnage adopté conformément à la Loi sur les propriétaires et exploitants de véhicules lourds est un acte à portée générale. Une autorisation délivrée à un transporteur aux conditions déterminées par ce règlement est un acte à portée individuelle ». [...]

[27] *En ce qui a trait au facteur relatif à « la nature du régime législatif » qui encadre l'organisme appelé à rendre une décision, la Cour suprême du Canada donne l'exemple suivant :*

“ Par exemple, des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d'appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu'il n'est plus possible de présenter d'autres demandes [...] ” ».

[les notes de bas de page ont été omises]

[je souligne]

[221] Dans le présent dossier, à mon avis, le fait de ne pas entendre les participants sur l'opportunité de limiter les montants d'achats de GNR pouvant être cumulés aux CFR a privé la Première formation d'une preuve qui lui aurait permis d'apprécier les préjudices qu'Énergir était en position de subir, dans l'attente de la décision finale au dossier et sur le caractère potentiellement non remédiable de ces préjudices.

[222] En effet, en s'éloignant de façon marquée de la demande, la Première formation devait permettre aux participants de présenter leurs observations afin de s'assurer que la décision interlocutoire à rendre ne portait pas atteinte aux droits immédiats d'Énergir et de sa clientèle et, le cas échéant, que la décision finale pourrait effectivement remédier à cette atteinte. À mon avis, le fait de ne pas avoir agi ainsi constitue un manquement aux règles de l'équité procédurale qui donne ouverture à la révision.

[223] Dans sa décision D-2020-052, la Régie s'exprimait ainsi relativement à sa capacité de rendre une décision en l'absence de preuve :

« [216] À l'instar du Coordonnateur, la Formation en révision constate que cette affirmation ne découle pas d'éléments qui ont été introduits en preuve devant elle. Bien que la Régie soit un organisme spécialisé jouissant d'une connaissance d'office élargie, avant d'utiliser une preuve extrinsèque ou encore sa connaissance élargie pour supplanter la preuve au dossier ou pour ajouter à cette preuve et que cela a un effet déterminant dans son processus décisionnel, la Première formation devait aviser les parties de son intention de ce faire, permettre aux participants de faire valoir leurs prétentions et rendre sa décision en fonction de la preuve soumise »¹²³.

[224] Le Distributeur affirme que s'il avait eu l'occasion de se faire entendre sur cet ajout d'un Seuil d'écart de 20 %, il aurait fait valoir son caractère inapproprié et ses conséquences préjudiciables sur lui et sur sa clientèle. Il est d'avis que la Première formation savait ou aurait dû savoir qu'en toute probabilité, le Seuil d'écart de 20 % aurait, notamment, les conséquences préjudiciables suivantes :

- a) 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) limiter la faculté d'Énergir de saisir des opportunités de marché pour l'acquisition de GNR à des conditions qu'elle 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) 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 CFR¹²⁴.

[225] Je partage l'avis d'Énergir à l'effet que l'établissement d'un seuil de 20 % s'apparente à l'établissement d'un prix maximum pour l'achat du GNR :

« Monsieur le Président, lorsque je lis ces paragraphes-là, essentiellement, c'est qu'on veut établir un seuil, un prix maximum... un prix maximum d'achat de GNR.

¹²³ Dossiers R-4073-2018 et R-4074-2018, décision [D-2020-052](#), p. 70.

¹²⁴ Pièce [B-0002](#), p. 10.

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 »¹²⁵.

[226] En effet, la condition ajoutée par la Première formation fait en sorte qu'au-delà du seuil de 20 %, les coûts de fourniture en GNR ne pourront être récupérés par le Distributeur, puisqu'ils seront exclus du CFR. Ainsi, s'il contracte du GNR à un prix de marché qu'il considère compétitif et avantageux, mais qui se situe au-delà de la limite de 20 %, il se place dans une situation de manque à gagner au service de fourniture. Afin d'éviter les pertes au service de fourniture, le Distributeur pourrait se garder de contracter l'achat de GNR à un prix excédant le seuil de 20 % imposé par la Première formation. Ce seuil s'apparente donc à un prix maximum pour l'achat du GNR.

[227] Je suis d'avis qu'un tel ajout à la demande du Distributeur est matériel et présente un potentiel de conséquences qui pourraient ne pas être entièrement remédiables par la décision finale. En effet, le fait de fixer un tel seuil pour l'achat du GNR plaçait Énergir dans une des deux situations suivantes :

- la possibilité de ne pouvoir récupérer ses pleins coûts de fourniture dans l'éventualité où elle contracterait l'achat de GNR à un prix du marché se situant au-delà du maximum de 20 % et de subir les pertes qui en découlent;
- la possibilité de ne pouvoir saisir des opportunités de marché pour l'acquisition de GNR et possiblement aussi d'en subir les conséquences en termes de perte de ventes de GNR ou de clients GNR.

[228] La Première formation a fait état, dans la Décision, de la demande de GNR par la clientèle du Distributeur et de la possibilité de perte de ventes de GNR ou de clients GNR dans l'éventualité qu'il ne puisse répondre à cette demande. Elle était donc sensibilisée à la possibilité de pertes d'occasions d'affaires, comme en témoigne l'extrait suivant :

« [72] Plusieurs clients se sont déclarés intéressés à acheter du GNR auprès d'Énergir. Certains d'entre eux ont adopté des politiques de carboneutralité et s'imposent l'atteinte de cibles à très court terme. Énergir doit être en mesure de répondre à la demande de ces clients. Dans le cas contraire, Énergir pourrait perdre la distribution de ces volumes au détriment de l'ensemble de la clientèle.

¹²⁵ Pièce [A-0007](#), p. 73.

D'ailleurs, la preuve est à l'effet qu'un client a déjà délaissé une portion de sa consommation en gaz naturel à défaut de pouvoir consommer du GNR »¹²⁶.

[229] Les pertes d'opportunités d'affaires en GNR ou les manques à gagner constituent les préjudices commerciaux et financiers qui pourraient être non remédiables, malgré le fait que la Décision soit provisoire et qu'une décision finale demeure à être produite au dossier. J'estime que, dans le présent cas, la possibilité que certains préjudices ne soient pas entièrement remédiables confère un caractère définitif au paragraphe 160 de la décision interlocutoire qui impose le Seuil de 20 %.

[230] Je partage l'opinion de mes collègues Émond et Turgeon à l'effet que la Première formation demeure saisie pour entendre les parties sur les préjudices qui pourraient découler du tarif établi provisoirement. Cependant, je ne partage pas leur point de vue à l'effet que la décision finale pourra nécessairement remédier à ces préjudices. En effet, les opportunités d'affaires perdues durant la période d'application du tarif provisoire et du Seuil de 20 % pourraient ne pas être entièrement compensables. Aussi, les montants non comptabilisés au CFR durant cette période constitueront des manques à gagner au service de fourniture.

[231] À mon avis, si la Première formation envisageait l'ajout d'un Seuil d'écart de 20 %, soit un ajout présentant un caractère définitif et irrémédiable par son effet sur les prix et la capacité d'Énergir de transiger du GNR, elle devait s'assurer que cet ajout n'aurait pas d'effets préjudiciables sur le Distributeur ainsi que sur sa clientèle. Le fait de ne pas entendre les participants sur cet ajout a privé le Distributeur de son droit d'être entendu, ce qui constitue une erreur qui invalide le paragraphe 160 de la Décision.

Motif 5 : La Première formation a erré en manquant à son obligation de motiver les Conclusions relatives au Seuil d'écart conformément à l'article 18 de la Loi

[232] La Première formation motive ainsi son ajout du Seuil d'écart de 20 % entre le coût d'achat du GNR et le tarif chargé à la clientèle aux paragraphes 157 et 158 de la Décision :

« [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,

¹²⁶ Décision [D-2019-107](#), p. 20.

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] »¹²⁷.

[233] Je suis d'avis que la Première formation avait l'obligation d'indiquer pourquoi elle s'écartait de la proposition d'Énergir relative aux tarifs provisoires ou pourquoi elle ajoutait un critère à cette demande d'approbation de tarifs provisoires. Elle devait s'assurer que les motifs, en soutien de l'ajout de ce Seuil de 20 %, soient suffisants. À mon avis, le caractère provisoire de la Décision n'exemptait pas la Première formation de ses obligations à cet égard.

[234] N'ayant pas examiné les conséquences de l'ajout du Seuil de 20 %, la Première formation ne pouvait conclure que ce dernier aurait un effet de prudence, comme elle l'a fait au paragraphe 158 de la Décision. Aucune preuve au dossier ne permettait de conclure qu'un tel ajout pouvait s'avérer prudent. J'estime que l'imposition d'un Seuil de 20 %, qui s'apparente à un prix maximum pour l'achat du GNR, avait un potentiel de conséquences au niveau financier et commercial tel qu'il ne pouvait être considéré comme prudent à sa face même, sans aucune preuve ou autre analyse au soutien de cet ajout. Pour ces raisons, je suis d'avis que la Première formation a erré en manquant à son obligation de motiver les Conclusions relatives au Seuil d'écart. Cette erreur invalide les paragraphes 157 et 158 de la Décision.

¹²⁷ Pièce [B-0056](#), p. 9.

6. FRAIS DES PERSONNES INTÉRESSÉES

[235] Les 19 et 23 décembre 2019, le ROEE¹²⁸ et la FCEI¹²⁹ déposent leur demande de paiement de frais.

[236] Le 20 janvier 2020, Énergir indique qu'elle n'a aucun commentaire à faire sur les demandes de remboursement de frais déposées au présent dossier.

Cadre juridique et principes applicables

[237] Selon l'article 36 de la Loi, la Régie peut ordonner à Énergir de payer tout ou partie des frais des personnes dont elle juge la participation utile à ses délibérations.

[238] Le *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*¹³⁰ et le *Guide de paiement des frais 2012*¹³¹ (le Guide) encadrent les demandes de paiement de frais que la Régie peut payer ou ordonner de payer.

Frais réclamés, frais admissibles et frais octroyés

[239] La Régie évalue le caractère nécessaire et raisonnable des frais réclamés en tenant compte des critères prévus aux articles 13 et 15 du Guide.

[240] La Régie juge que les demandes de remboursement de frais de la FCEI et du ROEE sont raisonnables et que leur participation lui a été utile. Elle leur octroie donc la totalité des frais admissibles.

¹²⁸ Pièce [C-ROEE-0006](#).

¹²⁹ Pièce [C-FCEI-0004](#).

¹³⁰ [RLRQ, c. R-6.01, r. 4.1](#).

¹³¹ [Guide de paiement des frais 2012](#).

[241] Les frais réclamés par la FCEI et le ROÉÉ correspondent aux frais admissibles et totalisent, avec les taxes, totalisent 21 468,78 \$.

TABLEAU 1
FRAIS RÉCLAMÉS, FRAIS ADMISSIBLES ET FRAIS OCTROYÉS

Personne intéressée	Frais réclamés (\$)	Frais admissibles (\$)	Frais octroyés (\$)
FCEI	9 433,52	9 433,52	9 433,52
ROÉÉ	12 035,26	12 035,26	12 035,26
TOTAL	21 468,78	21 468,78	21 468,78

[242] **Pour ces motifs,**

La Régie de l'énergie :

REJETTE la demande de révision d'Énergir de la décision D-2019-107, la jugeant irrecevable;

OCTROIE à la FCEI et au ROÉÉ les frais admissibles indiqués au tableau 1;

ORDONNE à Énergir de payer à la FCEI et au ROÉÉ, dans un délai de 30 jours, les montants octroyés par la présente décision.

Marc Turgeon
Régisseur

François Émond
Régisseur

Esther Falardeau
Régisseur