

**RÉGIE DE L'ÉNERGIE
(« RÉGIE »)**

**R-4208-2022, Phase 2
Demande d'ordonnance de sauvegarde relativement au
maintien de la GDP Affaires pour l'hiver 2022-2023
suivant le jugement du 4 octobre 2022 de la Cour supérieure
dans le dossier 500-17-113361-201**

**MÉMOIRE
DU REGROUPEMENT NATIONAL DES
CONSEILS RÉGIONAUX DE L'ENVIRONNEMENT DU QUÉBEC
(« RNCREQ »)**



Préparé par :
M. Martin Vaillancourt, directeur général du RNCREQ

Avec la participation de :
M. Philip Raphals, analyste externe du Centre Hélios

Procureur : M^e Jocelyn Ouellette

19 juillet 2023

COORDONNÉES

Regroupement national des conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ)

Maison du développement durable, bureau 380.A
50, rue Sainte-Catherine Ouest
Montréal (Québec) H2X 3V4

<https://rncreq.org/>

Tél. : 514-861-7022

info@rncreq.org

Centre Hélios

326, boul. St-Joseph est, bureau 100
Montréal (Québec) H2T 1J2

<https://centrehelios.org/en/>

Tél. : 514-849-7091

Fax : 206-984-9421

philip@centrehelios.org

Me Jocelyn Ouellette

6217, rue Laurendeau
Montréal (Québec) H4E 3X8

Tél. : 514-436-0759

Fax : 450-823-2326

jo.ouellette@gmail.com

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES	0
1 Introduction.....	1
2 Coûts récurrents vs. Coûts d'implantation.....	1
3 Le recours aux énergies fossiles	3
4 Les conséquences pour les adhérents 2020-2021 et 2021-2022	7
4.1 Parcours de la GDP Affaires et décisions antérieures	7
4.2 Les conclusions du Jugement Harvie et son renvoi devant la Régie	12
4.3 La nullité contractuelle et la restitution des prestations	15
4.3.1 La nullité des contrats de GDP Affaires	15
4.3.2 La restitution des prestations	16
4.4 Le remède : refuser entièrement la restitution ou modifier plutôt son étendue ?	19

1 Introduction

La décision [D-2022-125](#) identifiait deux sujets pour la présente phase 2 du dossier R-4208-2022 :

- la situation des clients ayant bénéficié du Tarif GDP Affaires au cours des hivers 2020-2021 et 2021-2022;
- la fixation d'un nouveau tarif GDP Affaires à la suite de l'émission d'un décret par le Gouvernement. »

Dans le cadre des présentes, le RNCREQ abordera tout d'abord le sujet de la fixation du nouveau tarif GDP Affaires (Sections 2 et 3) et traitera ensuite de la situation des clients ayant bénéficié de l'ancien tarif GDP Affaires en 2020-2021 et 2021-2022 (Section 4).

Les recommandations du RNCREQ se retrouvent à la fin de chacune de ces sections.

2 Coûts récurrents vs. Coûts d'implantation

Dans sa décision [D-2019-164](#), la Régie a clairement indiqué que la GDP Affaires devrait distinguer les coûts récurrents des coûts d'implantation et que ces derniers ne devraient pas être récupérés à travers un appui financier récurrent :

« [267] La Régie juge qu'il est essentiel de justifier l'appui financier du Programme de façon distincte, selon qu'il s'agit de compenser les coûts annuels récurrents de participation de ceux visant l'installation d'équipements chez les participants. Ces investissements non récurrents ne devraient pas être récupérés à travers un appui financier récurrent, mais plutôt faire l'objet, par exemple, d'une subvention distincte en efficacité énergétique. »

Il est cependant clair que le crédit proposé dépasse largement les coûts récurrents associés à la participation à l'option.

Dans sa preuve au dossier R-4041-2018, phase 2, l'analyste externe du RNCREQ avait démontré que :

« Prises ensemble, ces données indiquent que les coûts récurrents pour les groupes électrogènes se trouvent entre 8\$ et 16\$/kW. Les données disponibles ne suggèrent pas que ces coûts récurrents varient en fonction du nombre de kW d'effacement offerts par le client. »¹

Il a ensuite conclu comme suit :

¹ R-4041-2018, phase 2, [C-RNCREQ-0035](#), p. 36 du pdf.

« Soulignons que l'appui financier moyen proposé de 60\$/kW par le Distributeur dépasse par 4 ou 6 fois les valeurs maximales mentionnées ici [les coûts récurrents], et dépasse les valeurs moyennes par un facteur de 6 à 15. »²

Son rapport inclut également une analyse des moyennes de coûts récurrents et des coûts d'implantation des quatre principales technologies utilisées³ :

Moyen	Moyenne des coûts récurrents	Moyenne des coûts d'implantation
Groupes électrogènes	10.2	57.7
Chaudières	4.0	43.6
CVCA	4.4	34.6
Gestion	0	4.5

Tableau 1. Coûts récurrents et d'implantation, par moyen

Or, il est évident dans tous les cas que les coûts d'implantation sont de loin plus importants que les coûts récurrents.

Reproduisons ici les propos de l'analyste externe du RNCREQ dans le dossier R-4041-2018 :

« Le Distributeur soutient que le crédit moyen qu'il propose est justifié surtout pour convaincre les non-participants à adhérer à l'Option.

[L]e Distributeur soutient que l'appui financier moyen proposé au montant de 60 \$/kW est adéquat et centré, d'autant plus que ce sont surtout les non-participants qu'il cherche à convaincre d'adhérer à l'Option pour faire croître l'effacement tiré de ce moyen aux fins de son équilibre énergétique. (nos soulignements)

Il réitère qu'il est essentiel de fixer un niveau de rémunération compétitif pour la dernière strate de réduction de puissance afin de maintenir l'incitatif à participer à des niveaux de réduction de puissance importants, pour les clients ayant des abonnements à fort potentiel d'effacement. Ce niveau de crédit se rapproche également du crédit maximal offert dans le cadre des options d'électricité interruptible.

Réduit à sa plus simple expression, l'incohérence de cette proposition se révèle. La Régie exige que l'appui financier de l'Option ne couvre que les coûts récurrents des participants, et non pas les coûts d'implantation. Toutefois, le Distributeur considère que les appuis financiers de cette Option doivent, seul, permettre d'attirer de nouveaux participants.

² Ibid., p. 38 du pdf.

³ Ibid., Tableau 12, p. 42 du pdf.

Si l'appui financier de l'Option est suffisamment élevé pour convaincre des non-participants qui n'ont pas les équipements nécessaires d'adhérer à l'Option, et ce en l'absence d'un programme visant à financer l'implantation, c'est signe que cet appui financier est trop élevé pour respecter la décision de la Régie. »⁴

(soulignement dans l'original, notes omises)

Ainsi, le tarif proposé récompense non seulement les coûts récurrents et les inconvénients associés à leur utilisation, cela va de soi, mais il récompense surtout les coûts d'implantation des mesures. Cela explique le fait que le Distributeur n'a fait aucune démarche visant la mise en place d'un programme pour aider ses clients à acquérir de tels équipements.

Il faut cependant reconnaître que les coûts en question sont à la charge du Distributeur, jusqu'au dossier tarifaire de 2025, et donc n'ont pas d'effets sur la clientèle en général.

Le RNCREQ s'en remet donc, pour l'instant, à la Régie en ce qui concerne l'inclusion des coûts d'implantation dans le montant d'appui financier à être versé aux participants.

Cela dit, il considère qu'il sera important de revoir la question dans le cadre du prochain dossier tarifaire et que dans cet optique, il pourrait être opportun d'apporter dès à présent les correctifs appropriés.

3 Le recours aux énergies fossiles

La Régie a déjà reconnu le fait que les groupes électrogènes constituent la mesure la plus utilisée par la clientèle dans le cadre du Programme GDP Affaires.

« [99] Par ailleurs, l'Audit permet d'avoir une meilleure idée de l'importance des quatre principales mesures utilisées par la clientèle ainsi que des coûts récurrents d'exploitation, en fonction des mesures implantées par les participants.

TABLEAU 4

FRÉQUENCE D'UTILISATION DES MESURES D'EFFACEMENT

Catégorie	# clients	% des clients utilisant la catégorie
Chaudière combustible	15	41%
Contrôle systèmes de CVCA	18	51%
Gestion chaîne production	7	19%
Groupe électrogène	20	54%

Source : Pièce B-0080, p. 27.

⁴ Ibid., p. 46 du pdf.

[...]

[114] Par ailleurs, la Régie constate que l’Audit confirme et précise l’importance du recours aux groupes électrogènes comme mesure la plus largement utilisée par les participants. [...]. »⁵

(nos soulignements)

Or, la mise en place d’un tarif qui incite la clientèle à substituer l’électricité du réseau d’Hydro-Québec avec celle de source fossile — et, de surcroît, produite avec un taux d’efficacité relativement faible, comme c’est généralement le cas avec des unités d’urgence — va évidemment à l’encontre des politiques du gouvernement du Québec et d’Hydro-Québec elle-même sur les émissions de GES.

Quoique la Politique énergétique 2030 à laquelle fait référence l’extrait ci-dessous de la preuve du RNCREQ dans le dossier antérieur n’est plus en vigueur, le Plan directeur en transition énergétique fixe une orientation de « réduire la dépendance du Québec aux produits pétrolier » et fixe également comme cible de « réduire de 40 % la quantité de produits pétroliers consommés au Québec. »⁶

« En confiant la responsabilité du Plan directeur au ministre de l’Énergie et des Ressources naturelles, l’ensemble des cibles gouvernementales sont désormais intégrées au Plan directeur. Ainsi, la mise à niveau du Plan directeur jusqu’en 2026 ainsi que le prochain plan directeur, qui entrera en vigueur le 1er avril 2026, permettront ultimement de cheminer vers l’atteinte de toutes les cibles fixées à l’origine par la Politique énergétique du Québec à l’horizon 2030, par rapport à 2013.

- > Améliorer de 15 % l’efficacité avec laquelle l’énergie est utilisée
- > Réduire de 40 % la quantité de produits pétroliers consommés au Québec
- > Augmenter de 25 % la production totale d’énergies renouvelables
- > Augmenter de 50 % la production de bioénergie
- > Éliminer l’utilisation du charbon thermique au Québec »⁷

(nos soulignements)

Or, le Plan indique que cette cible de 40% ne sera pas atteinte d’ici 2030 et que le Ministère proposera d’autres mesures pour combler cet écart :

« Les résultats démontrent que la cible de réduction de la consommation de produits pétroliers de 2030 ne sera pas atteinte (- 40 % par rapport au niveau de 2013). Le scénario Plan directeur (tableau 1) indique une réduction de la consommation de produits pétroliers de 27,5 % par rapport à son niveau 2013,

⁵ D-2021-100, p. 24 et 27.

⁶ <https://transitionenergetique.gouv.qc.ca/plan-directeur-en-transition-energetique>

⁷ <https://transitionenergetique.gouv.qc.ca/fileadmin/medias/pdf/plan-directeur/MERN-Mise-niveau-2026-plan-directeur-transition-energetique.pdf>, p. 2.

soit en dessous de la cible. Dans les années à venir, le MERN proposera des mesures supplémentaires pour combler cet écart. »⁸

La mise en place d'un tarif GDP Affaires qui incite fortement les entreprises à activer leurs génératrices d'urgence au combustible fossile va évidemment directement à l'encontre des politiques gouvernementales.

La Régie a reconnu cette incohérence dans sa décision [D-2019-164](#) :

« [276] La Régie prend acte des motifs invoqués par le Distributeur pour ne pas exclure le recours à des combustibles fossiles dans le cadre du Programme. Puisqu'elle considère qu'il est important que le Programme atteigne son plein potentiel, elle ne juge pas opportun, pour le moment, d'exclure le recours à des équipements utilisant l'énergie fossile dans le cadre du Programme.

[277] Cependant, à l'instar de plusieurs intervenants, elle estime qu'il est souhaitable que le Distributeur envisage dès maintenant une alternative à l'utilisation systématique des groupes électrogènes dans le cadre du Programme. »

(nos soulignements)

Maintenant, 3 ans et demi après l'émission de cette décision, rien n'indique que le Distributeur ait commencé à envisager une telle alternative. Dans les circonstances, le RNCREQ soumet respectueusement que le « moment » auquel fait référence le paragraphe 276 précité est passé. Les politiques énergétiques du gouvernement ont changées et il n'est plus loisible reporter à plus tard cet enjeu : l'heure est venue d'agir.

Dans la preuve du RNCREQ en R-4041-2018, phase 2, nous avons proposé une solution qui respecte ces politiques et aussi l'importance pour le Distributeur d'avoir recours à ces équipements de ses clients en cas d'urgence.

Citons encore une fois le rapport de notre analyste externe en R-4041-2018, phase 2 :

La Politique énergétique du gouvernement du Québec est très claire en ce qui concerne, d'une part, son appui pour l'utilisation de l'efficacité énergétique pour répondre aux besoins énergétiques et, d'autre part, son intention de réduire le plus possible l'utilisation de sources fossiles au Québec.

Comme jamais auparavant, il faut intervenir de façon stratégique et faire les choix qui contribueront à améliorer la qualité de la vie des Québécois, tout en réduisant la consommation d'énergies fossiles responsable d'environ 70 % des émissions de GES du Québec. (p. 14)

Le plan stratégique d'Hydro-Québec abonde dans le même sens.

⁸ Ibid., p. 4.

Le remplacement des énergies fossiles par de l'électricité propre, renouvelable, abordable et produite ici enrichirait le Québec dans son ensemble et améliorerait notre qualité de vie à tous. (p. 17)

Nous disposons d'un large éventail d'options pour répondre aux besoins à long terme en électricité propre, dont l'hydroélectricité, l'énergie éolienne, l'énergie solaire et la gestion de la demande. (p. 34) (nos soulignements)

Aucune mention n'est faite d'une stratégie visant à faire appel aux génératrices d'urgence au diesel pour répondre à la fine pointe du réseau.

Le programme GDP Affaires était conçu originalement comme une mesure d'efficacité énergétique (type *demand response*). Il était donc surprenant d'apprendre dans l'Audit que les mesures impliquant les carburants fossiles sont de loin les plus largement utilisées.

Il est tout à fait souhaitable de mettre en place un système qui permette d'avoir recours à ce type d'équipements, déjà en place, afin de réduire la charge au réseau lorsque cela s'avère absolument nécessaire. Toutefois, il n'est pas souhaitable d'offrir des incitatifs pour l'utilisation de ces moyens quand d'autres moyens du côté de la demande — comme la tarification dynamique, par exemple — sont disponibles. Il est encore moins souhaitable de créer des incitatifs pour l'acquisition de nouveaux équipements de cette nature.

Selon la preuve, quand le Distributeur fait appel aux clients GDP Affaires, il le fait à tous, sans distinguer les moyens utilisés. En fait, il serait difficile d'imaginer comment il pourrait en être autrement.

Pour pouvoir faire une telle discrimination — soit faire appel aux moyens du côté de la demande comme un moyen de GDP, selon un ordonnancement économique, et de faire appel aux installations qui requièrent l'utilisation de carburants fossiles uniquement quand il n'y a pas d'autres options — il faudrait que ces deux types d'installation soient inscrits selon des catégories distinctes, même si les appuis financiers étaient identiques.

(soulignement dans l'original, caractères gras ajoutés, notes omises)

Dans le contexte précis du dossier R-4041-2018 phase 2, la possibilité de faire une telle distinction avait déjà été forclosée. L'analyste a donc terminé sa section comme suit :

Nous comprenons que le présent dossier ne permet pas la mise en place d'une telle distinction. Toutefois, soulignons qu'il serait souhaitable de le faire éventuellement. Cela permettra non seulement de faire appel aux deux catégories selon des circonstances distinctes, sur le plan opérationnel, mais également d'encadrer, limiter ou exclure la mise en place de nouveaux équipements de cette nature, lorsque viendra le temps de mettre en place l'appui aux investissements déjà prévu à la décision D-2019-164.

(nos soulignements)

Or, contrairement au dossier R-4041-2018, le cadre du présent dossier n'exclut pas une telle solution. Le RNCREQ soumet donc respectueusement qu'il est nécessaire de le faire afin d'éviter une situation où Hydro-Québec aurait proposé, et la Régie aurait endossé, une mesure qui va directement à l'encontre des valeurs et priorités de la société québécoise et de son gouvernement.

Conséquemment, le RNCREQ recommande à la Régie de demander au Distributeur de modifier sa proposition tarifaire afin de créer deux tarifs distincts (lesquels pourraient s'intituler « GDP Affaires Régulier » et « GDP Affaires Fossiles » et même avoir pour l'instant les mêmes modalités) pour qu'au niveau opérationnel, les appels de puissance puissent être distingués selon les cas où les clients ont recours ou non à des combustibles fossiles comme moyen d'effacement.

4 Les conséquences pour les adhérents 2020-2021 et 2021-2022

Dans la décision [D-2022-125](#), la Régie indique qu'un des deux sujets à être traité dans la présente phase sera la « *situation des clients ayant bénéficié du Tarif GDP Affaires au cours des hivers 2020-2021 et 2021-2022* ».

Ce sujet découle de la décision rendue par l'honorable Judith Harvie, j.c.s. dans le dossier 500-17-113361-201⁹ (le « **Jugement Harvie** »).

Toutefois, avant d'aborder les conséquences du Jugement Harvie sur les clients ayant bénéficié du Tarif GDP au cours des hivers 2020-2021 et 2021-2022, il convient de faire un rappel du parcours de la GDP Affaires et des différentes décisions qui ont menées à l'institution de la présente phase 2.

4.1 Parcours de la GDP Affaires et décisions antérieures

La « GDP Affaires » débute en 2016, lorsque le Distributeur la lance sous la forme de projet pilote¹⁰. Fort du succès de ce projet pilote, le Distributeur demande à la Régie d'approuver un budget pour les aides financières dans le cadre du dossier tarifaire 2018-2019 ([R-4011-2017](#))¹¹.

Dans sa décision D-2018-025 portant sur le fond de ce dossier tarifaire, la Régie manifeste pour la première fois ses préoccupations quant à la nature juridique exacte de ce programme :

⁹ *Hydro-Québec c. Régie de l'énergie*, [2022 QCCS 3728](#).

¹⁰ [D-2018-025](#), p. 72, par. 238. Voir également R-4011-2017, [B-0041](#), p. 13.

¹¹ [D-2018-025](#), p. 73, par. 241.

« [264] Par ailleurs, la nature juridique exacte du programme est floue en raison du traitement qu'en fait le Distributeur. En effet, ce dernier souligne qu'il s'agit d'un programme pour la gestion de puissance et l'inscrit dans les mesures d'efficacité énergétique. Toutefois, il dépose les informations et gère les aides financières du programme comme s'il s'agissait d'un coût d'approvisionnement. »¹²

Conformément aux instructions la Régie¹³, le Distributeur dépose donc le 22 mai 2018 une demande spécifique au programme GDP Affaires dans le dossier [R-4041-2018](#) (le « **Dossier GDP Affaires** »).

Dans cette demande, le Distributeur indique qu'en raison des préoccupations énoncées par la Régie dans sa décision D-2018-025, il a dû suspendre les inscriptions à la GDP Affaires pour l'hiver 2018-2019¹⁴. De plus, afin de sécuriser son bilan en puissance pour l'hiver 2018-2019 et maintenir les adhésions au programme, il souhaite que la Régie rende une décision au plus tard au début du mois de septembre 2018¹⁵.

La Régie annoncera cependant que toutes choses considérées, il ne sera pas possible de rendre une décision éclairée sur le programme GDP Affaires pour le début du mois de septembre 2018¹⁶. Le 6 août 2018, la Régie annonce toutefois dans une correspondance qu'elle examine la possibilité de rendre une ordonnance de sauvegarde concernant la GDP Affaires et que cette option sera discutée lors de l'audience déjà prévue le 8 août 2018¹⁷.

Le 22 août 2018, la Régie rend sa décision [D-2018-113](#) où elle accueille la première ordonnance de sauvegarde à l'égard de la GDP Affaires. La nature juridique du programme n'étant toutefois toujours pas résolue et l'avenir du programme GDP Affaires n'étant alors pas garanti, la Régie limite la participation à la GDP Affaires 2018-2019 aux seuls participants qui y avaient été déclarés admissibles à l'hiver précédant (2017-2018)¹⁸, tout comme elle limite le montant d'appui financier individuel pouvant leur être accordé à ce qu'ils avaient reçu lors de l'hiver précédent¹⁹.

L'audience au fond sur la nature juridique de la GDP Affaires a lieu en octobre 2018²⁰.

¹² [D-2018-025](#), p. 77, par. 262 à 270.

¹³ [D-2018-025](#), p. 78, par. 269.

¹⁴ R-4041-2018, [B-0002](#), p. 3, par. 16.

¹⁵ Id., par. 22.

¹⁶ Dans le dossier R-4041-2018, voir : la décision procédurale [D-2018-065](#), par. 5 à 7; le procès-verbal de la rencontre préparatoire du 12 juin 2018 ([A-0005](#)), p. 7; et finalement la décision sur la reconnaissance des intervenants [D-2018-076](#), par. 15 et 16.

¹⁷ R-4041-2018, [A-0012](#).

¹⁸ [D-2018-113](#), par. 50.

¹⁹ Id., par. 61.

²⁰ [D-2019-092](#), par. 11.

À l'été 2019, le dossier est toujours en délibéré. Par conséquent, la Régie prend l'initiative de prolonger (avec quelques modifications) l'ordonnance de sauvegarde émise à la décision D-2018-113 pour l'hiver 2019-2020 à venir²¹.

Le 2 décembre 2019, la Régie rend sa décision [D-2019-164](#) sur le fond relativement à la qualification de la GDP Affaires (la « **Décision de qualification** »). Contrairement à la prétention du Distributeur selon laquelle il s'agissait d'un programme énergétique, « la Régie juge que le Programme, tel que mis en œuvre actuellement et avec les caractéristiques préconisées par le Distributeur, constitue plutôt une offre tarifaire, de nature optionnelle »²². En conséquence, la Régie crée une phase 2 dans le Dossier GDP Affaires afin de fixer les modalités de cette nouvelle offre tarifaire²³.

Six jours plus tard, la *Loi visant à simplifier le processus d'établissement des tarifs de distribution d'électricité*²⁴ (la « **Loi sur la simplification** ») entre en vigueur (quoique quelques articles de cette loi n'entreront en vigueur que le 1^{er} avril suivant²⁵).

Suite à l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi, le Distributeur informe la Régie qu'il estime que les ordonnances stipulées à la décision D-2019-164 sont « prématurées et caduques » et propose d'y donner suite dans le cadre de la fixation des tarifs pour l'année tarifaire 2025-2026²⁶.

Cette position mène la Régie à se prononcer sur sa compétence à pouvoir néanmoins fixer le nouveau tarif GDP Affaires. Sur cette question, la Régie conclut dans sa décision [D-2020-095](#) (la « **Décision de compétence** ») que nonobstant l'entrée en vigueur de la Loi sur la simplification, « elle demeure investie de la compétence tarifaire exclusive requise, en vertu de la Loi, pour poursuivre le présent dossier et procéder à l'examen requis pour fixer le tarif GDP Affaires, dans la phase 2 »²⁷.

Dans les jours qui suivent, le Distributeur dépose une demande de révision de cette décision dans le dossier [R-4130-2020](#), accompagné d'une demande de sursis. Il est toutefois peu utile de développer davantage sur l'évolution de ce dossier, puisque ultimement le Distributeur verra à retirer sa demande²⁸.

En revanche, à la fin du mois d'août 2020, le Distributeur institue un pourvoi en contrôle judiciaire devant la Cour supérieure et demande la révision de la Décision de compétence, de même que le sursis du dossier GDP Affaires²⁹.

²¹ Id., par. 16.

²² [D-2019-164](#), p 59, par. 200.

²³ Id., par. 202.

²⁴ [L.Q. 2019, c. 27](#).

²⁵ Id, art. 23.

²⁶ R-4041-2018, [B-0061](#).

²⁷ [D-2020-095](#), p. 31, par. 119.

²⁸ R-4130-2020, [B-0018](#).

²⁹ [Jugement Harvie](#), par. 46.

Parallèlement, le dossier se poursuit devant la Régie et le 14 septembre 2020, celle-ci rend une nouvelle ordonnance de sauvegarde. Cette fois, la Régie fixe pour la première fois un tarif GDP Affaires dans sa décision [D-2020-120](#), lequel est provisoire pour l'hiver 2020-2021. Comme nous le verrons ci-après, **cette décision sera annulée par le Jugement Harvie. La situation des clients qui auront adhéré à ce premier tarif provisoire est donc au cœur de la présente question.**

Soulignons toutefois que dans sa décision D-2020-120, la Régie avait prévu la possibilité que sa décision ne soit pas exécutoire en raison du pourvoi en contrôle judiciaire du Distributeur :

« [69] La Régie ne peut passer sous silence le recours en contrôle judiciaire, assorti d'une demande de sursis d'exécution, à l'égard de sa décision D-2020-095 logé par le Distributeur devant l'Honorable Karen M. Rogers, juge à la Cour supérieure, tout comme elle ne peut faire abstraction de la correspondance de ce dernier demandant qu'elle suspende ses travaux dans le présent dossier.

[70] Dans l'attente d'un jugement de la Cour supérieure, la Régie doit continuer d'exercer ses fonctions et de rendre les décisions requises, particulièrement dans le contexte actuel où la date d'échéance requise par les exigences opérationnelles du Distributeur pour l'inscription des participants à l'option tarifaire GDP est fixée au 15 septembre 2020.

[71] A cet égard, elle juge que l'autorisation du Tarif GDP provisoire est nécessaire pour éviter la matérialisation des préjudices sérieux invoqués par le Distributeur depuis le début du présent dossier et considère que la balance des inconvénients justifie qu'elle ait recours à une ordonnance de sauvegarde pour ce faire.

[72] En tout respect pour la Cour supérieure et avec tous les égards qui sont dus au jugement que cette dernière devra rendre, la Régie doit exercer sa compétence et tient à assurer, par la présente décision, la préservation des droits des clients du Distributeur, dans l'intérêt public, en autorisant le Tarif GDP provisoire, en temps utile, à titre de moyen conservatoire.

[...]

[75] Toutefois, pour les mêmes motifs de déférence à l'égard de la Cour supérieure saisie de la demande de sursis du Distributeur, la Régie formule une condition à la pleine exécution de sa décision et suspend les effets de cette dernière jusqu'à ce que la Cour rende un jugement rejetant la demande de sursis du Distributeur, ou autrement, reconnaissant la compétence de la Régie à fixer le présent Tarif GDP provisoire dans le cadre du présent dossier.

[76] Pour les fins du caractère exécutoire de la présente décision portant sur le Tarif GDP provisoire, la Régie juge que la levée de la condition suspensive, énoncée au paragraphe 75, permettra une application rétroactive de la Décision.

[77] Ainsi, à la levée de cette condition suspensive, la présente décision prendra effet de plein droit et les ordonnances et autres conclusions qu'elle contient seront pleinement exécutoires, rétroactivement à la date de publication de la présente décision, sans que la Régie ait à le confirmer. Ces ordonnances et autres conclusions seront alors réputées avoir produit leur effet à partir de la date de publication de la présente décision. »³⁰

(caractères gras dans l'original)

Cette suspension de la décision D-2020-120 sera toutefois de courte durée, puisque sept jours plus tard, soit le 21 septembre 2020, la Cour supérieure rejette la demande de sursis du Distributeur. La condition suspensive mentionnée par la Régie est donc levée et la décision D-2020-120 prend effet, du moins jusqu'à ce qu'elle soit annulée près d'un an plus tard par le Jugement Harvie.

Toujours est-il qu'en l'absence de sursis, la Régie rend une décision sur le fond relativement au tarif GDP Affaires. C'est la décision [D-2021-100](#) du 30 juillet 2021, laquelle est complétée par la décision [D-2021-141](#) qui approuve le texte final du tarif GDP Affaires dans ses versions françaises et anglaises et la décision [D-2021-141R](#) qui rectifie l'Annexe I de la décision précédente (ces trois dernières décisions étant ci-après communément appelées les « **Décisions finales sur le tarif** »). Ces trois décisions seront également annulées par le Jugement Harvie à venir, puisque le pourvoi en contrôle judiciaire du Distributeur est toujours pendant au moment où ces décisions sont rendues.

Dans l'intervalle, une quantité significative de clients³¹ adhèrent à la GDP Affaires pour l'hiver 2021-2022 et profiteront de cette option tarifaire selon les modalités fixées par les Décisions finales sur le tarif. **Tout comme pour l'hiver précédent, la situation de ces clients est au cœur de la présente question.**

Près d'un an plus tard, la Cour supérieure rend son jugement le 4 octobre 2022 quant au pourvoi en contrôle judiciaire du Distributeur. C'est le Jugement Harvie précédemment mentionné³², lequel conclut que suite à l'entrée en vigueur de la Loi sur la simplification, la Régie n'avait pas la compétence requise pour adopter le tarif GDP Affaires au moment où elle l'a fait. Conséquemment, la Cour supérieure annule la Décision de compétence (D-2020-095), de même que la décision concernant le tarif GDP Affaires fixé provisoirement par ordonnance de sauvegarde (D-2020-120) et les Décisions finales sur le tarif (D-2021-100, D-2021-141 et D-2021-141R).

La Cour supérieure renvoie cependant le dossier devant la Régie de l'énergie afin que soient notamment déterminées les conséquences de l'annulation de ces décisions sur les clients qui ont bénéficié du tarif GDP Affaires.

³⁰ [D-2020-120](#), p. 21-22.

³¹ Précisément 3 109 abonnements selon [B-0015](#), tableau 15, p. 22.

³² Voir note 99.

En conséquence, le Distributeur institue la phase 1 du présent dossier en déposant le 21 octobre 2022 une demande à la Régie afin que celle-ci rende une ordonnance de sauvegarde pour reconduire la GDP Affaires pour l'hiver 2022-2023, et ce, selon les mêmes modalités que celles applicables lors de l'hiver 2021-2022, incluant une indexation des prix.

La Régie fait droit à cette demande le 11 novembre 2022 dans sa décision [D-2022-125](#) et elle fixe également à cette occasion le cadre d'examen du présent dossier.

Enfin, le Distributeur dépose sa demande et sa preuve dans la présente phase 2 le 24 avril 2023³³.

4.2 Les conclusions du Jugement Harvie et son renvoi devant la Régie

Les conclusions du Jugement Harvie sont les suivantes :

« [201] **ACCUEILLE** en partie le pourvoi en contrôle judiciaire d'Hydro-Québec;

[202] **ANNULE** la décision D-2020-095 de la Régie de l'Énergie ainsi que les décisions D-2020-120, D-2021-100, D-2021-141 et D-2021-141R de la Régie de l'énergie, à l'exception des quatrième, cinquième et sixième conclusions de la décision D-2021-141 qui concernent les frais des intervenants;

[203] **RENVOIE** le dossier devant la Régie de l'énergie, notamment pour que soient déterminées les conséquences de l'annulation des décisions prévues au paragraphe 202 sur les clients qui ont bénéficié du Tarif GDP; [...] »

(caractères gras dans l'original, coquilles corrigées)

Le Jugement Harvie annule donc sans ambiguïté la Décision de compétence de la Régie, de même que les décisions en vertu desquelles le tarif GDP a été approuvé (autant celui provisoire que final).

Rappelons ici que lorsqu'une décision administrative est subséquentement annulée par un tribunal de révision, cette décision administrative ne peut pas avoir d'effet, quel qu'il soit. Conséquemment, que ce soit dans sa version provisoire ou finale, le tarif GDP Affaires ne peut donc pas avoir produit d'effet pour les hivers 2020-2021 et 2021-2022 (les « **Hivers 2020 et 2021** »).

³³ [B-0013](#).

C'est d'ailleurs précisément pour cette raison que le Jugement Harvie renvoie le dossier à la Régie, car c'est à elle que lui revient le devoir de statuer sur cette situation délicate :

« [197] Quant aux conséquences de l'annulation des décisions en cause sur les clients qui ont bénéficié du Tarif GDP, le dossier doit être renvoyé à la Régie afin qu'elle se penche sur cet aspect. Cette question soulève un ensemble de considérations qui bénéficieront des représentations des parties prenantes et de l'expertise hautement spécialisée de la Régie dans le domaine énergétique. En effet, la preuve démontre amplement l'importance de la GDP en raison des nombreux clients d'affaires qui s'en prévalent et de ses caractéristiques complexes.

[198] Il s'agit d'un cas où il convient « de renvoyer l'affaire au décideur pour qu'il revoie [l'impact de] la décision, mais à la lumière cette fois des motifs donnés par la cour » [Vavilov, paragr. 141]. Cela s'impose d'autant plus considérant les vastes pouvoirs et fonctions de la Régie que lui accorde le législateur. La Loi sur la Régie prévoit que cette dernière a compétence exclusive pour « décider de toute autre demande soumise en vertu de la présente loi » [Art. 31 (1) 5 de la *Loi sur la Régie*] et qu'elle peut « rendre toute décision ou ordonnance qu'elle estime propre à sauvegarder les droits des personnes concernées » [Art. 34 de la *Loi sur la Régie*]. **Ainsi, la Régie peut user de ses larges pouvoirs pour déterminer les suites à donner au présent jugement.** »³⁴

(nos caractères gras)

Or, dans la preuve qu'il a déposée dans le présent dossier, le Distributeur dit bien peu de choses quant aux impacts de cette décision de la Cour supérieure sur les clients qui ont bénéficié de la GDP Affaires durant les Hivers 2020 et 2021. Sa preuve se résume à un tableau qui présente le nombre d'abonnements inscrits, les MW d'effacement et la rémunération totale versée aux participants³⁵, en plus des commentaires suivants :

« 54. Le Distributeur souligne que les clients ayant participé à la GDP Affaires durant ces deux hivers l'ont fait conformément aux règles alors applicables. Ils se sont effacés et ont ainsi contribué à l'équilibre offre-demande.

55. Ceux-ci ont été rémunérés suivant les règles applicables à chacun de ces hivers.

56. Il est respectueusement soumis qu'il ne devrait y avoir aucune conséquence pour ces clients de l'annulation des décisions de la Régie.

57. Le Distributeur demande ainsi à la Régie de prendre acte de la situation pour les hivers 2020-2021 et 2021-2022. »³⁶

³⁴ [Jugement Harvie](#), p. 43, par. 197.

³⁵ [B-0015](#), p. 21-22.

³⁶ [B-0013](#), p. 10.

Le RNCREQ constate avec égard, que le Distributeur fait fausse route dans ses commentaires lorsqu'il indique que « *Ceux-ci ont été rémunérés suivant les règles applicables à chacun de ces hivers* ». Comme nous l'avons vu, le tarif GDP Affaires ne peut pas avoir produit d'effet puisqu'il s'appuyait sur une décision *ultra vires*. Conséquemment, les clients des Hivers 2020 à 2022 ne peuvent pas avoir été *rémunérés suivant les règles applicables* puisque ces règles en vertu desquelles ils ont été rémunérés n'étaient pas applicables.

Cela veut-il dire que les clients doivent être tenus de remettre les montants qu'ils ont reçus en vertu du tarif GDP Affaires subséquemment annulé ? À cette question, nous répondrons que ce n'est pas nécessairement le cas, mais nous reviendrons sur ce point lorsque nous traiterons des effets de la nullité contractuelle ci-après.

Dans tous les cas, la Régie ne saurait « *prendre acte de la situation* » tel que le propose le Distributeur puisque cette situation n'est pas conforme. En effet, le Jugement Harvie n'a certainement pas renvoyé le dossier à la Régie pour qu'elle fasse simplement *prendre acte* d'une situation passée, laquelle est, au surplus, irrégulière. À cet égard, s'il fallait simplement prendre acte d'une situation quelconque, le Jugement Harvie aurait pu tout aussi bien le faire sans renvoyer le dossier devant la Régie.

Conséquemment, si la Cour supérieure a renvoyé le dossier, c'est parce que la Régie a un exercice décisionnel à faire et il y a effectivement une situation sur laquelle elle doit se prononcer (et non pas simplement prendre acte).

Comme nous le verrons ci-dessous, cet exercice auquel la Régie doit se livrer est de déterminer si l'annulation du tarif GDP Affaires, après qu'il ait produit des effets, entraîne un avantage indu pour l'une ou l'autre des parties et, le cas échéant, remédier à cet avantage indu.

Évidemment, cet exercice fait appel à différentes notions de droit qui ne relèvent pas d'une « preuve » à proprement parler. Cela dit, l'application de ces règles de droit à la détermination ou non d'un avantage indu est ultimement une question d'appréciation factuelle. Conséquemment, nous élaborerons davantage en argumentation à l'audience sur les règles de droit et mécanismes juridiques qui mènent aux composantes factuelles, mais pour une pleine compréhension de l'enjeu, il convient de les présenter comme un tout ici.

Enfin, pour faciliter la lecture et la compréhension de ce qui suit, le RNCREQ indique dès à présent que sa recommandation est à l'effet que la Régie devrait appliquer le mécanisme de restitution des prestations et user de sa discrétion de façon à que les clients ayant bénéficié de la GDP Affaires n'aient pas à remettre quelque somme que ce soit au Distributeur.

4.3 La nullité contractuelle et la restitution des prestations

4.3.1 La nullité des contrats de GDP Affaires

Comme nous l'avons vu, le Jugement Harvie annule les décisions ayant fixées les modalités de la GDP Affaires pour les Hivers 2020 et 2021.

L'annulation de ces décisions entraîne donc une cascade de nullités où le tarif GDP Affaires n'est pas valable et par conséquent, les ententes contractuelles liant le Distributeur à ses clients pour ce tarif ne le sont pas plus. Ce sont en effet les articles [53](#) et [54](#) LRÉ qui prévoient que les ententes qui ne sont pas conformes à un tarif sont sans effet.

À cet égard, personne ne doute que toutes les parties étaient de bonne foi lorsqu'elles ont signé des ententes concernant le tarif GDP Affaires pour les Hivers 2020 et 2021. Là n'est pas la question. La réalité demeure cependant que le parcours de la GDP Affaires et le pourvoi en contrôle judiciaire du Distributeur ont fait en sorte que ces ententes ont été subséquemment annulées et la bonne ou la mauvaise foi d'une partie n'y change rien³⁷.

Il convient alors d'examiner quels sont les effets de l'annulation de ces différents contrats de GDP Affaires conclus entre le Distributeur et ces clients.

Pour mener à bien cet exercice, il faut cependant identifier précisément quelles sont ces ententes contractuelles qui s'avèrent finalement nulles. Ce sont en fait les ententes prévues à l'ancien article 4.75 des Tarifs d'électricité³⁸, tel que l'avait approuvé la décision [D-2021-141](#).

« 4.75 Modalités d'adhésion

Pour adhérer à la présente option, le client doit soumettre une demande écrite à Hydro-Québec au plus tard le 15 septembre. Après analyse, Hydro-Québec peut demander que des modifications y soient apportées.

Hydro-Québec avise le client par écrit de sa décision d'accepter ou non la demande. Si elle est acceptée, les parties doivent signer une entente pour la période d'hiver à venir, précisant l'abonnement visé et la station météorologique la plus proche du point de livraison. »

(notre soulignement)

³⁷ Voir notamment : *Montréal (ville) c. Octane*, [\[2019\] 4 R.C.S. 138](#), par. 66-67, *Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, [\[2008\] QCCA 2329](#), par. 32 et *Les amusements St-Gervais inc. c. Legault*, [\[2000\] CanLII 11304 \(Q.C.A.\)](#), par. 28-32.

³⁸ Pour consulter le texte de cet ancien article, il est possible de se référer à la pièce R-4041-2018, [B-0158](#), p. 5.

Cet article des tarifs prévoit bien qu'une entente doit être signée entre Hydro-Québec et son client pour que les modalités de la GDP Affaires trouvent application lors de la période d'hiver à venir. C'est donc cette entente, et uniquement cette entente, qui est compromise par les annulations découlant du Jugement Harvie.

À cet égard, il importe aussi de préciser que cette « entente » entre Hydro-Québec et son client ne prévoit rien de plus qu'un mécanisme en vertu duquel Hydro-Québec peut demander à son client « réduire son appel de puissance »³⁹ pour une période donnée, en contrepartie de quoi Hydro-Québec lui verse un certain montant d'argent, appelé « crédit »⁴⁰. Le tout est évidemment sujet à certaines modalités et conditions, mais c'est là l'essentiel de l'« entente » qui intervient entre Hydro-Québec et son client, lorsque celui-ci choisit d'adhérer à la GDP Affaires.

En d'autres mots, le contrat qui se trouve à être annulé par les effets du Jugement Harvie est celui où le Distributeur s'oblige à verser un montant d'argent (crédit) à ses clients lorsque ceux-ci s'effacent à sa demande.

Voyons maintenant qu'est-ce que cela implique et si, vu la nullité de ce contrat, les clients sont tenus de rembourser le Distributeur.

4.3.2 La restitution des prestations

La LRÉ ne prévoit rien en ce qui a trait à la nullité des contrats conclus entre le Distributeur et ces clients. La [Loi sur Hydro-Québec](#) et la [Loi sur la simplification](#) n'en font pas davantage. Il faut donc s'en remettre au droit commun prévu dans le Code civil.

Tout d'abord, l'article 1376 C.c.Q. nous confirme que toutes les dispositions du Livre cinquième du Code civil qui traite « Des obligations » s'appliquent de façon supplétive à Hydro-Québec qui est une personne morale de droit public :

1376. Les règles du présent livre s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables.

Ensuite, les articles 1413 et 1417 C.c.Q. nous indiquent que le contrat qui est contraire à l'ordre public est nul de nullité absolue. C'est précisément le cas d'un contrat de GDP Affaires qui aurait été conclu en l'absence d'un tarif valable et donc en contravention des articles 53 et 54 LRÉ.

1413. Est nul le contrat dont l'objet est prohibé par la loi ou contraire à l'ordre public.

³⁹ Ancien article 4.73 des Tarifs d'électricité.

⁴⁰ Ancien article 4.80 des Tarifs d'électricité.

[1417.](#) La nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général

L'article 1418 C.c.Q. ajoute que la nullité absolue d'un contrat doit être soulevée d'office par le tribunal :

[1418.](#) La nullité absolue d'un contrat peut être invoquée par toute personne qui y a un intérêt né et actuel; le tribunal la soulève d'office.

Le contrat frappé de nullité absolue n'est pas susceptible de confirmation.

Sur les effets de la nullité, l'article 1422 C.c.Q. précise qu'un contrat nul est réputé n'avoir jamais existé. Cet article ajoute cependant une notion fort importante : la restitution des prestations.

II. — Des effets de la nullité

[1422.](#) Le contrat frappé de nullité est réputé n'avoir jamais existé.

Chacune des parties est, dans ce cas, tenue de restituer à l'autre les prestations qu'elle a reçues.

Cette notion de restitution des prestations est plus amplement détaillées aux articles 1699 C.c.Q. et suivants. Toutefois, pour les fins des présentes, seuls les articles 1699 et 1700 C.c.Q. sont d'intérêt :

[1699.](#) La restitution des prestations a lieu chaque fois qu'une personne est, en vertu de la loi, tenue de rendre à une autre des biens qu'elle a reçus sans droit ou par erreur, ou encore en vertu d'un acte juridique qui est subséquent anéanti de façon rétroactive ou dont les obligations deviennent impossibles à exécuter en raison d'une force majeure.

Le tribunal peut, exceptionnellement, refuser la restitution lorsqu'elle aurait pour effet d'accorder à l'une des parties, débiteur ou créancier, un avantage indu, à moins qu'il ne juge suffisant, dans ce cas, de modifier plutôt l'étendue ou les modalités de la restitution.

[1700.](#) La restitution des prestations se fait en nature, mais si elle ne peut se faire ainsi en raison d'une impossibilité ou d'un inconvénient sérieux, elle se fait par équivalent.

L'équivalence s'apprécie au moment où le débiteur a reçu ce qu'il doit restituer.

Notons ici que « la restitution des prestations a lieu *chaque fois* [...] qu'un acte juridique est subséquent anéanti de façon rétroactive ». Ce n'est donc pas une situation qu'il serait loisible d'ignorer, et ce, peu importe que l'on soit en matière de distribution

d'énergie, de vente ordinaire selon le droit commun ou de droit municipal. C'est d'ailleurs ce que confirme la Cour suprême dans l'affaire *Montréal (Ville) c. Octane*⁴¹ et sur laquelle nous reviendrons en argumentation à l'audience.

Ainsi, il s'avère que la stricte application de ces articles du Code civil mènerait au résultat que les clients devraient remettre au Distributeur les sommes qu'ils ont reçues en vertu des contrats de GDP Affaires, mais en retour ils n'obtiendraient rien du Distributeur puisque celui-ci n'a rien à leur rendre. En effet, la contrepartie au versement d'une somme d'argent par le Distributeur était de s'abstenir de faire quelque chose, à savoir consommer de l'électricité. Or, ce n'est pas là une prestation que le Distributeur pourrait « remettre » aux clients, contrairement à eux qui peuvent aisément lui remettre les sommes reçues.

Il y a donc quelque chose de choquant dans ce résultat : l'annulation des contrats ferait en sorte que le Distributeur obtiendrait la restitution des sommes qu'il a versées, mais il conserverait en outre les bénéfices que lui ont procuré les effacements de ses clients, et ce, uniquement parce que « l'abstention de consommer » n'est pas quelque chose qui se restitue. Cette situation a toutes les apparences d'un avantage indu au bénéfice du Distributeur.

Heureusement, la loi prévoit la possibilité pour un tribunal de remédier à une telle situation. C'est d'ailleurs l'exercice judiciaire auquel la Régie a le devoir de se livrer suite au Jugement Harvie. Elle doit déterminer si, conformément à l'article 1699 C.c.Q., la restitution des prestations qui découle de la nullité des ententes contractuelles conclues entre le Distributeur et ses clients entraîne un avantage indu pour l'une ou l'autre des parties. Bref, la Régie doit répondre à la question de savoir si elle devrait oui ou non avoir recours au pouvoir exceptionnel prévu au deuxième alinéa de l'article 1699 C.c.Q.

À la lumière de ce qui précède, nous soumettons qu'il ne fait pas de doute que le Distributeur tirerait un avantage indu si l'on devait simplement restituer les prestations échangées en vertu des contrats de GDP Affaires.

Conséquemment, c'est sans hésiter que nous recommandons à la Régie d'avoir recours au pouvoir discrétionnaire du tribunal prévu à l'article 1699 C.c.Q. et intervenir dans la restitution des prestations afin d'empêcher que le Distributeur n'en tire un avantage indu.

Il demeure cependant une question : en application de ce deuxième alinéa de l'article 1699 C.c.Q., la Régie devrait-elle tout simplement refuser la restitution (dans ce cas les clients conserveraient la totalité des sommes reçues) ou devrait-elle en modifier l'étendue pour s'assurer que les clients ne conservent pas plus que ce qu'ils ne devraient ?

Répondre à cette question demande un examen factuel un peu plus poussé comme nous le verrons ci-après.

⁴¹ [\[2019\] 4 R.C.S. 138](#), précité note 37, par. 40.

4.4 Le remède : refuser entièrement la restitution ou modifier plutôt son étendue ?

Lorsque les circonstances se prêtent à l'application du deuxième alinéa de l'article 1699 C.c.Q., le tribunal a alors un grand pouvoir discrétionnaire pour déterminer ce que constitue le remède approprié.

« À cet égard, le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal est un pouvoir d'équité qui doit être exercé dans le but d'atteindre un équilibre entre les parties (Langevin, par. 71; Baudouin et Jobin, n° 921; Fréchette, p. 423-424). L'opportunité de recourir au tempérament de l'al. 2 de l'art. 1699 C.c.Q. doit être évaluée au cas par cas, et non sur la base d'automatismes ou de règles préétablies comme le suggère la Ville. »⁴²

Certes, dans le cas qui nous occupe, la Régie pourrait déterminer qu'un refus pur et simple de la restitution des prestations serait le remède approprié. Après tout, les sommes versées par le Distributeur durant les Hivers 2020 et 2021 l'ont été sur la base de ce qu'avait décidé la Régie dans ses décisions D-2020-120 (tarif GDP provisoire) et D-2021-100 (tarif GDP final). Bien que ces décisions aient été subséquemment annulées, on pourrait reprendre le raisonnement et les motifs qui sous-tendent la détermination du montant de « crédit » à être versé à l'époque pour justifier que le résultat était convenable. En effet, nul ne saurait prétendre qu'au terme de son exercice décisionnel, la Régie fixe des tarifs qui sont inéquitables ou qui procurent en soient des avantages indus à l'une ou l'autre des parties. Dans cette perspective, refuser la restitution des prestations confirmerait l'équité qui doit exister entre le Distributeur et ses clients suite à l'annulation des contrats de GDP Affaires.

Nous faisons toutefois une nuance entre le tarif GDP Affaires qui s'appliquait à l'hiver 2020-2021 (le tarif provisoire) par rapport à celui qui s'appliquait à l'hiver 2021-2022 (le tarif final).

⁴² *Montréal (Ville) c. Octane*, précité note 37, par. 45.

Dans le cas du tarif final appliqué lors de l'hiver 2021-2022, il ne fait aucun doute que l'équité et l'équilibre sont atteints en refusant tout simplement la restitution des prestations. En effet, au terme de cet hiver, les participants à la GDP Affaires avaient reçu du Distributeur exactement ce que prévoyait le tarif final. Selon le tableau 2 produit par le Distributeur⁴³ et reproduit ci-après, les participants avaient reçu une rémunération de 22 259 048 \$ pour 395 401 kW d'effacement :

**TABLEAU 2 :
DONNÉES RELATIVES AUX ADHÉSIONS À LA GDP AFFAIRES -
HIVERS 2020-2021 ET 2021-2022**

	Hiver 2020-2021	Hiver 2021-2022
Tarif en vigueur	Tarif provisoire fixé par la D-2020-120	Tarif GDP fixé par la D-2021-141
Nombre d'abonnements inscrits	2 660	3 109
Effacement (kW)	365 018	395 401
Rémunération versée	25 551 260 \$	22 259 048 \$

Ainsi, pour l'hiver 2021-2022, le Distributeur a versé en moyenne 56,29 \$ par kW d'effacement. Cela est conforme avec le niveau d'appui moyen de 60 \$/kW mentionné dans la décision D-2021-100⁴⁴.

Lorsque l'on sait que l'objectif de cet appui financier est de compenser les clients pour leurs coûts récurrents et « l'ensemble des inconvénients et risques subis »⁴⁵, on peinerait à voir un avantage indu de part ou d'autre si les clients devaient conserver des sommes qui correspondent précisément à ce qu'ils ont véritablement subi comme coûts récurrents, inconvénients et risques.

La situation ne pose donc pas de difficulté pour l'hiver 2021-2022, mais il en va autrement pour l'hiver 2020-2021.

Lors de l'hiver 2020-2021, le tarif GDP Affaires n'avait pas encore fait l'objet d'un examen judiciaire complet, d'où son caractère provisoire. Évidemment, le tarif s'appuyait sur la décision D-2020-120, mais la question du montant de rémunération fixé à 70 \$/kW d'effacement n'avait pas encore fait l'objet d'une preuve complète. En fait, ce montant était tout simplement réitéré en raison du fait qu'il avait été retenu lors de l'ordonnance de sauvegarde initiale ([D-2018-113](#)). Rien ne confirmait donc que ce montant soit le bon afin de compenser les clients de leurs coûts récurrents et de « l'ensemble des inconvénients et risques subis ». A posteriori, nous savons même que ce n'était pas le

⁴³ [B-0015](#), p. 22.

⁴⁴ [D-2021-100](#), par. 125 et [B-0015](#), p. 9.

⁴⁵ [B-0015](#), p.9.

cas puisque la décision sur le fond D-2020-120 a effectivement réduit ce montant à un crédit moyen de 60 \$/kW.

Certains pourraient donc prétendre que la juste compensation des coûts récurrents et « inconvéniens et risques subis » pour l'hiver 2020-2021 ne devrait pas être supérieure à ce qui a été versé l'hiver suivant, à savoir un crédit moyen de 56,29 \$/kW selon la preuve du Distributeur⁴⁶.

L'argument a certainement du mérite, puisque l'on sait sur la base du Tableau 2 ci-haut que le crédit moyen pour l'hiver 2020-2021 était de 70 \$/kW d'effacement, donc environ 13,71 \$/kW plus élevé que ce qui a été versé en 2021-2022.

De plus, il ne serait pas fondamentalement inéquitable ou injuste qu'en application des règles de restitution des prestations les participants de l'hiver 2021-2022 aient à rembourser une petite partie des montants qu'ils ont reçus. En effet, pour cet hiver précis, les clients savaient qu'ils adhéraient à un tarif provisoire qui était sujet à changement et la Régie indiquait pertinemment dans sa décision [D-2019-092](#) :

[24] Dans la Décision, un des motifs retenus également pour restreindre l'accès au Programme à de nouveaux participants était la possibilité que ces derniers ne récupèrent pas les investissements qui auraient été nécessaires pour participer au Programme. Ce motif demeure car le Programme pourra être modifié lorsque la décision finale sera rendue. Toutefois, la Régie considère que cet obstacle peut être levé **dans la mesure où le Distributeur avise tout nouveau participant que le Programme est présentement en cours d'examen et peut, en conséquence, être modifié. Cet avis devrait permettre à tout nouveau participant de prendre des décisions en toute connaissance de cause.**

(notre caractères gras)

Cela dit, quoique l'exercice soit intéressant, le RNCREQ soumet qu'il n'est pas nécessaire que la Régie tranche cette question. En effet, il se trouve que dans le cadre de son pourvoi en contrôle judiciaire, le Distributeur a expressément renoncé à réclamer quelques sommes que ce soit de ses clients qui ont participé à la GDP Affaires pour les Hivers 2020 et 2021.

Comme le relate le Jugement Harvie⁴⁷, le 8 décembre 2021 le Distributeur a déposé une déclaration judiciaire où il s'engage « [à] ne pas réclamer les sommes liées au programme GDP Affaires incluant les charges d'exploitation encourues jusqu'en 2025 [...] ».

Conséquemment, dans le cadre de l'application du mécanisme prévu au deuxième alinéa de 1699 C.c.Q., il n'est pas nécessaire de se demander ici si les clients doivent conserver

⁴⁶ [B-0015](#), p. 22.

⁴⁷ Précité note 9, par. 193.

l'ensemble ou une partie des sommes reçues, puisque dans tous les cas le Distributeur a expressément renoncé à ce qu'on les lui rende. Cette déclaration étant contraignante à l'égard du Distributeur, la Régie devrait en prendre acte dans sa décision sur la restitution des prestations, d'autant plus que la renonciation à ces sommes ne porte aucunement atteinte aux intérêts des autres consommateurs d'électricité ou de l'intérêt public, comme le reconnaît aussi le Distributeur à la fin de sa déclaration judiciaire.

Ainsi, le RNCREQ recommande à la Régie de rendre les conclusions suivantes quant à la situation des clients ayant bénéficié du tarif GDP Affaires lors des Hivers 2020 et 2021 :

- **VU la nullité du tarif GDP Affaires durant les hivers 2020-2021 et 2021-2022 et la nullité des ententes qui en découlent;**
- **VU la déclaration judiciaire du 8 décembre 2021 où le Distributeur renonce expressément à réclamer à ses clients les sommes versées en lien avec la GDP Affaires;**
- **le RNCREQ recommande que la Régie USE de son pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 1699 C.c.Q. et REFUSE que les clients soient tenus de remettre au Distributeur les sommes que celui-ci leur a versées en vertu du tarif GDP Affaires pour les hivers 2020-2021 et 2021-2022.**